



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, 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) 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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 46006/22.10.2020, formulată de către ..., cu sediul în ..., societate condusă în sistem dualist, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., număr de înmatriculare în Registrul Asigurărilor RA-..., reprezentată legal de ..., reprezentată convențional de ..., împotriva rezultatului procedurii, respectiv privind decizia de declarare neconformă și inacceptabilă a ofertei contestatorului, precum și privind decizia de anulare a procedurii, acte emise de către ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „*Acord-cadru 24 luni – Servicii de asigurare*”, se solicită anularea Raportului Procedurii nr. 60922/14.10.2020 în ceea ce privește declararea ofertei contestatorului drept neconformă și inacceptabilă, pe cale de consecință impunându-se anularea deciziei entității contractante prin care a declarat oferta contestatorului drept neconformă și inacceptabilă, anularea Raportului procedurii în ceea ce privește anularea procedurii și anularea oricăror alte acte juridice subsecvente emise de entitatea contractantă în acest sens, inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii transmise participanților la procedură, inclusiv comunicarea rezultatului procedurii transmisă cu nr. 8514/14.10.2020, precum și obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei contestatorului din punctul de vedere al admisibilității ofertei tehnice, în sensul declarării acestei oferte drept conformă și admisibilă.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 46006/22.10.2020, ... contestă rezultatul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul învederează că, potrivit Raportului procedurii, la această procedură au depus oferte patru operatori economici, inclusiv ... Conform aceluiași Raport al procedurii, în urma evaluării ofertelor celorlalți trei participanți, acestea au fost declarate inacceptabile/neconforme de către comisia de evaluare în urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate.

În ceea ce privește oferta contestatorului, se arată că aceasta a fost declarată conformă și admisibilă în ceea ce privește îndeplinirea condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, însă inacceptabilă și neconformă în urma evaluării propunerii tehnice, fiind respinsă.

Contestatorul precizează că, potrivit Raportului procedurii, motivele care au stat la baza acestei decizii de respingere a ofertei sale au constat din transmiterea unui răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări a entității contractante privind nivelul profitului în anul 2019 și a reasigurării și, respectiv, transmiterea unui răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări a entității contractante privind faptul că valoarea ofertată pentru factorul de evaluare Quantum Retur Primă ar fi fost condiționată.

Astfel, prin Comunicarea rezultatului procedurii nr. 8514/14.10.2020, contestatorul a fost informat că oferta sa a fost declarată neconformă și inacceptabilă.

Față de faptul că toate ofertele depuse au fost declarate inadmisibile, entitatea contractantă a hotărât anularea procedurii, în temeiul art. 224 lit. (b) și art. 225 alin. (1) lit. (a) din Legea 99/2016, decizie statuată la punctul 6 din Raportul procedurii.

Contestatorul arată că cerințele privind nivelul profitului și a asigurării sunt, conform legii, cerințe nescrise, fiind cerințe de participare exclusiv menționate în Caietul de sarcini și, în mod greșit, entitatea contractantă a considerat răspunsul la clarificări neconcludent. Entitatea contractantă a evaluat drept neconcludent răspunsul la solicitarea de clarificări privind nivelul profitului în anul 2019 și privind reasigurarea. Astfel, prin adresa nr. 57186/29.09.2020, entitatea contractantă a solicitat clarificări cu privire la îndeplinirea următoarei cerințe din Caietul de sarcini (pag. 3, alin. b): *„La procedura de licitație vor participa doar firmele de asigurări care au înregistrat profit în anul 2019 și sunt reasigurate la o valoare de 800 milioane euro”*.

Contestatorul subliniază că, prin adresa din data de 30.09.2020, a răspuns entității contractante, arătând în esență că cerințele cu privire la care se solicită clarificare reprezintă criterii de calificare care au fost incluse exclusiv în Caietul de sarcini, fără nicio referire la acestea în Anunțul de participare sau în Fișa de date și, prin urmare, raportat la prevederile art. 36 din Normele de aplicare ale Legii 99/2016 (aprobate prin H.G. 394/2016), aceste criterii se consideră nescrise. Prin urmare, conformitatea ofertei trebuia evaluată fără a se lua în considerare cerințele sus

menționate. Cu toate acestea, din Raportul procedurii reiese că entitatea contractantă a calificat acest răspuns ca fiind neconcludent, în Raportul procedurii nefiind prezentate niciun fel de motive/argumente care să susțină faptul că argumentele contestatorului din răspunsul la solicitarea de clarificări nu ar fi temeinice și pertinente. Astfel, în Raportul procedurii se concluzionează simplist faptul că: *„Răspunsul transmis este neconcludent: ofertantul prin răspunsul dat nu a precizat nivelul profitului în anul 2019 și nu a precizat forma de reasigurare solicitată prin caietul de sarcini, prin urmare recunoaște că nu are profit și nu este reasigurat conform cerințelor solicitate prin caietul de sarcini.”*

Contestatorul precizează că entitatea contractantă nu a analizat argumentele legale invocate, ci s-a limitat la a respinge oferta pentru faptul că prin răspunsul la clarificări, ofertantul nu a indicat o cifră a profitului sau formă de reasigurare, abordate nelegală și care încalcă normele legale aplicabile în materia achizițiilor sectoriale.

Contestatorul invocă prevederile art. 36 din H.G. 394/2016, alin. (4) și (6) și învederează că, astfel cum este menționat chiar în solicitarea de clarificări, cerințele ca *„La procedura de licitație vor participa doar firmele de asigurări care au înregistrat profit în anul 2019 și sunt reasigurate la o valoare de 800 milioane euro”* au fost incluse doar în Caietul de sarcini (pag. 3) alin. b), iar în răspunsul consolidat postat în SEAP în data de 11.09.2020, entitatea contractantă a arătat doar că își menține aceste cerințe, care nu au fost incluse nici în Anunțul de participare simplificat, nici în Fișa de date a achiziției. Ambele cerințe, atât cea cu privire la existența anterioară a unui profit, cât și privind reasigurarea, reprezintă criterii de calificare.

Se arată că aceasta rezultă din chiar formularea din Caietul de sarcini, unde se arată, la pagina 3, cu titlu general, ceea ce trebuie să conțină oferta în general. Prin urmare, așa cum în această secțiune se face referire, la punctul a), la documentele de calificare, la fel, cerințele de participare de la punctul b) sunt de fapt criterii de calificare pentru a putea accede la procedură, iar nu specificații tehnice privind serviciile solicitate, în condițiile în care la punctul c), cerințele aferente propunerii tehnice sunt menționate separat.

Contestatorul invocă prevederile art. 176, 185 și 188 din Legea nr. 99/2016, precizând că cerințele privind profitul înregistrat și reasigurarea au fost avute în vedere de către entitatea contractantă drept criterii de calificare, ele vizând capacitatea de a executa contractul, iar nu îndeplinirea unor specificații tehnice.

Se arată că, potrivit art. 22 alin. (10) din H.G. 394/2016: *„Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității entității contractante.”* Or, este evident că nici cerința de a avea profit sau de a fi reasigurat nu erau prevăzute în Caietul de sarcini drept specificații tehnice care descriau serviciile de

asigurare solicitate (descrise de altfel în restul Caietului de sarcini), ci drept cerințe de participare, după cum chiar entitatea contractantă le denumește, fiind prin urmare criterii de calificare. Or, aceste cerințe nu au fost menționate nici în Anunțul de participare, nici în Fișa de date.

Contestatorul învederează că, raportat la prevederile art. 36 din H.G. 394/2016, criteriile de calificare ce nu sunt menționate în Anunțul de participare simplificat sunt considerate clauze nescrise, iar oferta sa nu poate fi declarată neconformă în temeiul art. 143 alin. (3) lit. (a) din H.G. 394/2016, în sensul că nu ar satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini. Se arată că practica C.N.S.C. este constantă în sensul în care, atunci când se constată existența unor clauze nescrise, decizia autorității/entității contractante de a respinge o ofertă bazat pe acele cerințe este invalidată. Prin urmare, atunci când a evaluat conformitatea ofertei, entitatea contractantă era obligată de normele legale aplicabile să nu ia în considerare aceste cerințe și, prin urmare să nu respingă oferta raportat la neîndeplinirea unor astfel de cerințe. Mai mult, față de faptul că s-a răspuns în termen la solicitarea de clarificări, prezentând toate aceste elemente detaliat prin răspunsul la clarificări transmis, acesta nu putea fi calificat drept neconcludent.

Se arată că se impune a fi invalidată decizia entității contractante de a respinge oferta pentru motivele ce țin de cerințele de participare sus menționate și, deși contestatorul a învederat faptul că acele cerințe erau nescrise, în loc să ia măsuri pentru remedierea propriei greșeli, entitatea contractantă a persistat în aplicarea cerințelor din Caietul de sarcini, deși legea o obliga să nu le ia în considerare.

Față de aceste considerente și norme legale, contestatorul solicită anularea deciziei entității contractante prin care răspunsul în ceea ce privește cerințele de participare de la pag. 3 b) din Caietul de sarcini a fost considerat neconcludent, iar oferta sa a fost evaluată drept neconformă și inacceptabilă.

Contestatorul arată că valoarea pe care a ofertat-o pentru factorul de evaluare Quantum Retur Primă nu a fost condiționată, iar entitatea contractantă a făcut o greșită interpretare, respingând nelegal oferta sa și, în mod greșit, considerând răspunsul neconcludent.

Se precizează că, prin Fișa de date a achiziției, punctul II.2.5, s-au stabilit o serie de factori de evaluare, printre care factorul Quantum Retur de Primă, pentru care s-a prevăzut:

„- CUANTUM RETUR DE PRIMĂ [%] în cazul polițelor pentru care nu s-au acordat despăgubiri - Componenta Tehnică - 10%

Punctaj maxim factor: 10;

Algoritm de calcul: Cel mai mare quantum ofertat [%] - max. 10 pct.;

alte quantumuri ofertate = (C ofertat/C cel mai mare) x 10 pct.; Descrierea componentei se va face în cadrul ofertei tehnice.”

Contestatorul subliniază că acestea au fost singurele cerințe din întreaga documentație de atribuire cu privire la acest factor de evaluare. Raportat la faptul că, potrivit celor de mai sus, descrierea factorului de

evaluare trebuia făcută prin oferta tehnică, în cuprinsul ofertei tehnice, ofertantul a precizat:

„Cuantum retur de primă - în condițiile în care rata daunei, la finalizarea contractului cadru (după finalizarea ultimului contract subsecvent), nu depășește 10% (rata daunei se calculează ca raport între suma daunelor achitate de Asigurător și rezerva de daună creată și existentă la finalul contractului cadru și primele încasate de Asigurător de la Asigurat), Asigurătorul se obligă să returneze Asiguratului un retur de primă de 118,594,00 lei ce reprezintă 10 % din valoarea contractului.”

Contestatorul subliniază că paragraful sus citat a avut în vedere stabilirea cuantumului de retur primă (10%) în cazul în care nu se înregistrează daune și, suplimentar, acordarea unui retur de primă chiar și în cazul în care se înregistrează un anumit nivel de daune, dar acestea nu depășesc un anumit nivel al ratei de daună (10%). Având în vedere că ambele cazuri se refereau la returul de primă, ambele cazuri au fost prevăzute practic comasat în același paragraf din cuprinsul ofertei tehnice.

Se arată că, prin adresa nr. 59441/07.10.2020, entitatea contractantă a transmis o serie de solicitări de clarificări, între care la punctul 3, clarificările au vizat factorul de evaluare Quantum Retur Primă, astfel:

„Referitor la factorul de punctaj quantum retur de primă și efectul acestuia în cadrul viitorului acord cadru/contract subsecvent, comisia de evaluare a constatat că oferta dumneavoastră este condiționată în ceea ce privește acordarea acestuia, mai exact propunerea dumneavoastră condiționează acordarea de nedepășirea a 10% a ratei daunei. „Cuantum retur de primă - În condițiile în care rata daunei, la finalizarea contractului cadru (după finalizarea ultimului contract subsecvent), nu depășește 10% (rata daunei se calculează ca raport între suma daunelor achitate de Asigurător și rezerva de daună creată și existența la finalul contractului cadru și primele încasate de Asigurător de la Asigurat), Asigurătorul se obligă să returneze Asiguratului un retur de primă de 118.594,00 lei ce reprezintă 10% din valoarea contractului.”

Or, cerințele documentației de atribuire sunt clare și fără echivoc, entitatea contractantă neputându-și stabili limite și/sau condiții pentru obținerea factorului-primă de retur, nici măcar în mod proporțional cu depășirea propusă!”

Contestatorul învederează că, prin adresa de răspuns la această solicitare de clarificări a arătat că cerința nedepășirii unui nivel de 10% din rata daunei nu intră în contradicție cu documentația de atribuire, în condițiile în care Fișa de date are în vedere că acordarea returului de primă este solicitată pentru situația în care nu se înregistrează daune pe parcursul derulării Acordului Cadru. Or, contestatorul a ofertat returul de primă de 10% și în condițiile în care s-ar înregistra eventuale daune minore pe parcursul derulării contractului, respectiv până când indicatorul Ratei Daunei înregistrează un nivel de până la 10%.

Se arată că, prin Raportul procedurii (pag. 7, 8), entitatea contractantă a considerat acest răspuns ca fiind neconcludent, citând

trunchiat din ofertă doar partea cu *„în condițiile în care rata daunei, la finalizarea contractului cadru (după finalizarea ultimului contract subsecvent) nu depășește 10%”*, considerând că această formulare *„nu ar respecta cerințele impuse prin caietul de sarcini”*.

Contestatorul învederează că prin Caietul de sarcini nu se impun niciun fel de condiții/cerințe/indicații cu privire la acest factor de evaluare, iar în ofertă a oferit entității contractante un retur de primă de 10% din valoarea contractului și, suplimentar, același nivel de retur de primă dacă rata daunei (calculată conform indicatorilor din ofertă) nu depășește 10%. Or, și dacă s-ar merge pe raționamentul entității contractante, cum că factorul de evaluare ar fi fost condiționat, un simplu calcul va da ca rezultat faptul că întotdeauna dacă nu se înregistrează daune, entitatea contractantă va primi returul de primă de 10%. Astfel, așa-zisa condiționare vizează atingerea unei rate a daunei de până la 10%, unde rata daunei este calculată ca raport între suma daunelor achitate de Asigurător și rezerve de daună creată și existentă la finalul contractului, precum și primele încasate de Asigurător de la Asigurat.

Contestatorul subliniază că, dacă nu se plătesc daune, rezultă că valoarea va fi zero (0), iar rata daunei va rezulta a fi zero (0), prin urmare sub 10%. Lipsa daunelor va determina întotdeauna faptul că returul de primă ofertat va fi acordat în quantumul de 10% din valoarea contractului.

Contestatorul precizează că factorul de evaluare nu a fost acordat condiționat, fiind în valoare de 10% din valoarea contractului. Mențiunea privind acordarea returului de primă *„în condițiile în care rata daunei nu depășește 10%”* a vizat exclusiv un beneficiu acordat suplimentar entității contractante, care nu poate fi sancționat cu declararea ofertei drept neconformă. Prin urmare, interpretarea entității contractante cu privire la factorul de evaluare Quantum Retur Primă ofertat este eronată, oferta fiind conformă, întrucât menționează acest factor. Totodată, răspunsul la solicitarea de clarificări cu privire la acest factor, transmis în termen, a explicat faptul că factorul nu a fost dat condiționat, fiind un răspuns concludent. Prin urmare, se impune anularea deciziei entității contractante de a declara neconformă și inacceptabilă oferta în ceea ce privește modul în care s-a formulat factorul de evaluare Quantum Retur Primă.

Contestatorul învederează că motivele de respingere a ofertei sale fiind nelegale, decizia de anulare a procedurii devine lipsită de fundament și se impune a fi anulată, oferta sa urmând a fi reevaluată din punct de vedere al conformității ofertei tehnice.

Fată de toate aceste motive, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, contestatorul invocă prevederile legale menționate în contestație, precum și orice alte prevederi legale incidente.

Prin adresa nr. 8830/26.10.2020, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 46486/26.10.2020, entitatea contractantă ... a transmis „Punct de vedere asupra contestației depusă de ...”, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată și menținerea deciziei de declarare a ofertei contestatoarei

drept neconformă și inacceptabilă și deciziei de anulare a procedurii simplificate, inclusiv Raportul procedurii nr. 60922/14.10.2020, ca legale și temeinice, pentru următoarele motive:

Entitatea contractantă invocă excepția tardivității formulării contestației, precizând că societatea contestatoare a invocat în contestația formulată aspecte privitoare la conținutul documentației de atribuire, și anume anunțul de participare simplificat și caietul de sarcini, susținând faptul că în caietul de sarcini sunt inserate clauze considerate de legiuitor nescrise. În acest sens, entitatea contractantă invocă dispozițiile art. 7 alin. (2) din Legea 101/2016, potrivit căreia *„În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”*. Astfel, termenul de formulare a contestației asupra aspectelor invocate de contestatoare este de 7 zile, termen ce începe să curgă de la luarea la cunoștință de conținutul documentației de atribuire, și nu de la data luării la cunoștință de decizia de declarare a ofertei contestatoarei drept neconformă și inacceptabilă.

Entitatea contractantă precizează că, prin însăși înscrierea contestatoarei la procedura simplificată, aceasta și-a asumat conținutul documentației de atribuire și implicit ofertarea în condițiile solicitate de entitatea contractantă. Preliminar analizării aspectelor invocate de contestatoare, este de remarcat faptul că documentația de atribuire alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele și modelul de contract nu a fost contestată de niciun operator economic participant, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru ... La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici cu privire la prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul imperativ de decădere prevăzut de art. 8 din Legea 101/2016. Astfel, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe cerințele, sens în care dispune și art. 149 din H.G. 394/2016.

Pe de altă parte, faptul că societatea contestatoare formulează contestație împotriva raportului procedurii, dar invocă în realitate clauze ale caietului de sarcini nelegale/nescrise precum și neconcordanțe între prevederile acestuia și cele ale anunțului de participare/fișa de date, nu este decât o contestație mascată asupra documentației de atribuire, caz în care aceasta ar trebui respinsă ca tardiv formulată, fără soluționarea pe fond. Mai mult, contestatoarea ar fi avut calea solicitării de clarificări în situația în care nu ar fi înțeles conținutul caietului de sarcini, or presupusa neconcordanță între dispozițiile anunțului de participare simplificat și cele ale caietului de sarcini, însă contestatoarea nu a uzitat de această cale.

Entitatea contractantă consideră nefondată contestația formulată de ..., pentru următoarele considerente:

1. Referitor la afirmațiile contestatoarei cu privire la cerința privind înregistrarea profitului, potrivit caietului de sarcini (pag. 3): *„La procedura de licitație vor participa doar firmele de asigurări, care au înregistrat profit în anul 2019 și sunt reasigurate la o valoare de 800 milioane de euro”*. În mod greșit contestatoarea invocă dispozițiile art. 36 alin. 6 din H.G. 394/2016 potrivit căroră *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clase nescrise”*. Procedura contestată este una simplificată, în înțelesul Legii 99/2016, iar potrivit art. 126 alin. (11) din Legea 99/2016: *„Dacă entitățile contractante prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a) și b) decid să solicite criterii de calificare și selecție, entitățile contractante prevăzute la art. 4 alin. (1) Ut. a) și b) pot solicita doar cerințe privind:*

a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul V, secțiunea a 6-a, paragraful 2;

b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 187;

c) experiența similară, în conformitate cu art. 192 lit. a) și b)”.

Se arată că, din cuprinsul dispozițiilor precizate anterior rezultă că entitatea contractantă nu a intenționat să includă cele două cerințe în categoria criteriilor de calificare și selecție privind capacitatea economică și financiară a ofertanților, legislația impunând entităților contractante anumite criterii de calificare și selecție permise în cazul procedurilor simplificate. Practic, în cazul procedurilor simplificate, dispozițiile art. 36 alin. (6) din H.G. 394/2016 nu își găsesc aplicabilitatea, atât timp cât solicitările prevăzute în Caietul de sarcini (pag. 3) nu sunt considerate de entitate criterii de calificare și selecție privind capacitatea economică și financiară a ofertanților, ci doar cerințe de asigurare a unui parteneriat eficient în executarea contractului. Chiar în condițiile sesizării din oficiu a C.N.S.C. cu privire la cerința în cauză, raportat la consolidarea documentației de atribuire și momentul formulării contestației, cerința nu este de calificare sau de natură de a fi eliminată, cerința vizând înlăturarea riscului neîndeplinirii viitorului contractului. De asemenea, nivelul profitului nu a fost impus, sigura cerință fiind ca acesta să fie pozitiv, iar în ceea ce privește reasigurarea nu se poate vorbi de o cerință de calificare, ci de siguranța/certitudinea resurselor în caz de despăgubiri.

Cu privire la posibilitatea includerii acestei cerințe în cadrul caietului de sarcini, entitatea contractantă invocă dispozițiile art. 22 alin. (10) din H.G. 394/2016 și precizează că, în cazul contractului de servicii, sintagma *„specificații tehnice”* are o însemnătate mult mai largă decât în cazul contractelor de produse și/sau lucrări, vizând de fapt modalități și certitudini de îndeplinire a cerințelor caietului de sarcini.

2. Referitor la afirmațiile contestatoarei cu privire la cuantumul retur de primă, entitatea contractantă redă cerințele documentației de atribuire și precizează că a constatat că oferta contestatoarei nu îndeplinește sub două aspecte cerințele documentației de atribuire, respectiv:

a) returul de primă conform ofertei contestatoarei se acordă și este aplicabil tuturor polițelor, nu doar celor pentru care nu s-au acordat despăgubiri, ceea ce contravine cerințelor autorității contractante, dar este condiționat;

b) returul de primă conform ofertei contestatoarei este condiționat în condițiile în care rata daunei, la finalizarea contractului cadru (după finalizarea ultimului contract subsecvent) nu depășește 10% (rata daunei se calculează ca raport între suma daunelor achitate de asigurator și rezerva de dauna create și existentă la finalul contractului cadru și primele încasate de asigurător de la asigurat), aspect ce determină caracterul neconform al propunerii tehnice depuse.

În drept, entitatea contractantă invocă dispozițiile O.U.G. nr. 99/2016, ale H.G. 394/2016 și ale Legii nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 47135/29.10.2020, contestatorul a formulat „Note Scrise” cu privire la punctul de vedere transmis de entitatea contractantă cu nr. 8830/26.10.2020, prin care solicită respingerea celor invocate în cadrul acestuia, ca fiind lipsite de fundament, pentru următoarele motive:

Referitor la excepția tardivității invocată de entitatea contractantă, contestatorul precizează că aceasta se impune a fi respinsă, ca fiind lipsită de fundament deoarece demersul formulat prin contestație a fost îndreptat nu împotriva documentației de atribuire (anunț de participare simplificat nr. SCN1074440, caiet de sarcini etc.), ci împotriva rezultatului procedurii, rezultat consemnat în Raportul procedurii nr. 60922/14.10.2020, de care a luat cunoștință prin intermediul Comunicării rezultatului nr. 8514/14.10.2020. De altfel, încă din partea introductivă a contestației a arătat că ceea ce se contestată este rezultatul procedurii. Raportat la data emiterii Raportului procedurii și a transiterii Comunicării rezultatului, respectiv data de 14.10.2020, contestația a fost transmisă în termen (atât prin e-mail cât și prin poștă), în data de 21.10.2020, în ultima zi a termenului legal de contestare de 7 zile, calculat conform art. 8 alin. (1) lit. (b) coroborat cu art. 5 din Legea 101/2016, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal. Referirile făcute în cuprinsul contestației la Caietul de sarcini, raportat la prevederile Anunțului de participare simplificat și la Fișa de date au avut drept scop fundamentarea criticilor privind rezultatul procedurii contestat și nicidecum atacarea respectivelor documente.

Se arată că demersul a vizat dovedirea faptului că aspectele imputate cu privire la profit și reasigurare reprezintă criterii de calificare, care, fiind solicitate exclusiv prin Caietul de sarcini, reprezintă clauze nescrise și, prin urmare, decizia de respingere a ofertei bazată pe aceste cerințe considerate de lege nescrise este nelegală. Nicidecum demersul nu a vizat atacarea documentației de atribuire, ci exclusiv atacarea rezultatului procedurii, bazat pe aplicarea nelegală a unor cerințe ce nu au fost corect prevăzute, sancționate prin lege, drept clauze nescrise. Este adevărat că documentația de atribuire, nefiind atacată, și-a consolidat forța obligatorie, însă legea stabilește expres cazurile în care anumite prevederi din documentația de

atribuire sunt considerate nescrise, prin urmare o decizie de respingere a unei oferte bazată pe astfel de clauze nescrise este o decizie nelegală.

Pentru toate aceste considerente, contestatorul solicită constatarea faptului că a formulat în termenul legal contestația îndreptată împotriva rezultatului procedurii și respingerea excepției tardivității, ca fiind nefondată.

Pe fondul cauzei, cu privire la susținerile privind cerințele referitoare la profitul solicitat și reasigurare, contestatorul arată că argumentația entității contractante nu face decât să susțină, o dată în plus, faptul că cerințele privitoare la profit și reasigurare sunt clauze nescrise, drept pentru care decizia de respingere a ofertei sale este nelegală. Astfel, entitatea contractantă arată că i-ar fi aplicabile prevederile art. 126 alin. (11) din Legea 99/2019, care stabilesc o limitare a entității contractante cu privire la cerințele de participare pe care aceasta le poate impune ofertanților.

Contestatorul arată că articolul invocat de entitatea contractantă este relevant în măsura în care aceasta se încadrează în categoria de la art. 4 alin. (1) lit. (b) din Legea 99/2016. Raportat la profilul activității (producere și distribuie a apei potabile și colectării, epurării și evacuării în emisar a apelor uzate) și la licența ANRSC deținută, publicată pe site-ul propriu, aceasta pare a se încadra în prevederile art. 4 alin. (1) lit. (c) din Legea 99/2016. Și dacă este incident, articolul sus menționat nu permite entității contractante să folosească drept criteriu de calificare „situația economică și financiară” menționată la art. 185 alin. (1) lit. (b) din Legea 99/2016, care, potrivit art. 188 alin. (2) din Legea 99/2016 ar putea permite stabilirea unor cerințe de participare cum ar fi cea privind profitul, reasigurarea. Or, faptul că o cerință de participare nu este deloc permisă de lege, aceasta nu înseamnă că entitatea contractantă poate să o îmbrace sub forma unei așa zise cerințe tehnice, incluzând-o în Caietul de sarcini. Acest fapt s-ar constitui într-o eludare a normelor imperative. Practic, entitatea contractantă (dacă se încadrează în prevederile art. 4 alin. (1) lit. (b) din Legea 99/2016), știind că nu are voie să includă cerințe de participare privind situația economico-financiară în anunțul de participare, a inclus totuși astfel de cerințe în Caietul de sarcini, tocmai pentru a elimina ofertanți pe criterii economico-financiare deși legea îi interzice practic acest lucru.

Se precizează că argumentele entității contractante în sensul că prevederile art. 36 alin. (6) din H.G. 394/2016 nu ar fi aplicabile datorită prevederilor art. 126 alin. (11) din Legea 99/2016 sunt nefondate. Faptul că o cerință de calificare (privind profitul/reasigurarea, ce se încadrează în noțiunea de „situație economică și financiară”) nu este permisă pentru anumite entități, nu transformă caracterul respectivei cerințe, de a fi o cerință de participare, și nu înlătură în niciun caz caracterul de clauză nescrisă, în cazul în care respectiva cerință este inclusă exclusiv în Caietul de sarcini. În plus, prin punctul său de vedere, entitatea contractantă a încercat să dovedească faptul că respectivele cerințe nu ar fi fost de fapt cerințe de participare, ci veritabile cerințe tehnice. Susținerile entității

contractante în acest sens sunt, în primul rând, contrazise atât de propriul Caiet de sarcini, cât și de afirmațiile din punctul de vedere, dar și de prevederile legale.

Contestatorul subliniază că, din însuși modul în care entitatea contractantă a structurat și redactat cerința de la punctul b) pag. 3 din cuprinsul Caietului de sarcini, rezultă că această cerință, privind profitul și reasigurarea, este o cerință de participare, iar nu o cerință cu privire la serviciile care urmează a fi oferite. Mai mult, prin chiar punctul său de vedere, la pag. 3, entitatea contractantă afirmă că cerințele privind profitul și reasigurarea vizau „înlăturarea riscului neîndeplinirii viitorului contract”. Or, tocmai acesta este rolul cerințelor de participare, de a asigura că ofertantul are capacitatea de a duce la bun sfârșit contractul - de aceea se impune, de exemplu, în general o cifră de afaceri, pentru a se asigura faptul că dispune de lichidități, sau o experiență similară pentru a asigura că poate îndeplini acel tip de contract. Dacă cerințele ar fi fost realmente specificații tehnice așa cum invocă entitatea contractantă, tocmai art. 22 alin. (10) din H.G. 394/2016 invocată expres și de entitatea contractantă, arată expres că acestea ar fi trebuit să „descrie serviciul dorit”, astfel încât, desigur să satisfacă o nevoie a entității contractante.

Se arată că nici profitul, nici reasigurarea nu descriau serviciul dorit - servicii de Asigurare, acesta fiind descris la pag. 4 și următoarele din Caietul de sarcini (unde se stabilește ce riscuri se asigură, eventuale limitări, durata serviciilor etc.), ci stabileau cerințele prealabile pentru a putea participa la procedură. Argumentele entității contractante în sensul că nu s-a impus un nivel al profitului, în primul rând nu transformă cerința într-o specificație tehnică ce descrie serviciul dorit, și nu schimbă caracterul de cerință de participare. În orice caz, cerința era: „care au înregistrat profit”, ceea ce înseamnă să se admiteau la procedură doar cei cu profit pozitiv, mai mare decât zero.

Cât privește argumentele privind faptul că cerința privind reasigurarea a vizat „siguranța/certitudinea resurselor în caz de despăgubiri”, nefiind prin urmare o cerință de calificare, contestatorul învederează că, iarăși, argumentul invocat susține tocmai contrariul. Astfel, de exemplu, o cerință privind cifra de afaceri (cerință clară de participare) vizează tocmai asigurarea resurselor pentru derularea contractului - ceea ce invocă și entitatea contractantă că s-a dorit prin stabilirea acestei cerințe. Este evident astfel că cerința impusă de entitatea contractantă a avut tocmai acest rol, de cerință de participare, iar nu de specificație tehnică.

Contestatorul precizează că argumentele entității contractante în sensul că legea a impus doar un conținut minim obligatoriu al Caietului de sarcini, fără a exclude posibilitatea de a cuprinde în acesta alte cerințe, nu sunt de natură a justifica validitatea unor cerințe de participare incluse exclusiv în Caietul de sarcini, fără a fi fost incluse și în anunțul de participare. Aceste argumente în niciun caz nu înlătură de la aplicare prevederile art. 36 alin. (6) din H.G. 394/2016, care stabilesc în mod expres

că o cerință de calificare/participare inclusă doar în Caietul de sarcini se consideră a nu fi fost scrisă.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită constatarea caracterului nefondat al argumentelor entității contractante cu privire la cerințele privind profitul și reasigurarea, a faptului că aceste cerințe sunt cerințe de participare, prevăzute exclusiv în Caietul de sarcini, ce se constituie astfel în clauze nescrise, precum și stabilirea caracterului nelegal al deciziei de respingere a ofertei sale pentru neîndeplinirea acestor cerințe.

Cu privire la susținerile privind factorul de evaluare „quantum retur primă”, contestatorul învederează că, prin comunicarea rezultatului nr. 8514/14.10.2020, entitatea contractantă nu l-a informat în mod transparent cu privire la existența a două motive de respingere, de care a aflat acum prin punctul de vedere. Astfel, prin comunicarea rezultatului, după ce citează din solicitarea de clarificări privind factorul de evaluare Quantum Retur Primă, se menționează următoarele: „Răspunsul transmis este neconcludent: ofertantul a prezentat o poliță condiționată *„În condițiile în care rata daunei, la finalizarea contractului cadru (după finalizarea ultimului contract subsecvent), nu depășește 10%”*, prin urmare nu respectă cerințele impuse prin caietul de sarcini/documentația de atribuire.”, însă, conform art. 228 alin. (1) și alin. (2) lit. (b) din Legea 99/2016, entitatea contractantă era obligată să-l informeze cu privire la *„motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a solicitării sale de participare”*. Prin urmare, raportat la faptul că motivul de la punctul a) din punctul de vedere nu a fost menționat în comunicarea rezultatului, dacă acesta a fost într-adevăr inclus în Procesul verbal de evaluare, acesta se constituie într-un motiv în plus de anulare a comunicării rezultatului procedurii.

Evaluarea conformității ofertei ar trebui limitată la aspectele cu privire la care ofertantul a fost informat prin comunicarea rezultatului. Returul de primă oferit pentru situația în care nu se înregistrează despăgubiri nu a fost condiționat. Așa zisa condiționare viza exclusiv situația în care deși se înregistrează o anumită rată a daunei (maxim 10%), totuși ofertantul a dorit să acorde suplimentar entității contractante un retur de primă.

Factorul de evaluare nu a fost acordat condiționat, fiind în valoare de 10% din valoarea contractului. Mențiunea privind acordarea returului de primă *„în condițiile în care rata daunei nu depășește 10%”* a vizat exclusiv un beneficiu acordat suplimentar entității contractante, ce nu poate fi sancționat cu declararea ofertei drept neconformă.

Contestatorul consideră că se impune anularea deciziei entității contractante de a declara neconformă și inacceptabilă oferta în ceea ce privește modul în care ofertantul a formulat factorul de evaluare Quantum Retur Primă.

Fată de toate aceste considerente și de cele invocate prin contestație, ... solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de entitate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Acord-cadru 24 luni – Servicii de asigurare”, cod CPV 66510000-8 Servicii de asigurare (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ...

Valoarea estimată a contractului de servicii este de 1.560.000 RON, iar criteriul de atribuire ales este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

În conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecință, Consiliul va lua în considerare apărările și argumentele aduse de petenți formulate și înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Potrivit *Procesului-verbal nr. 57183/29.09.2020 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare* la procedura în cauză au depus oferte un număr de 4 ofertanți, iar în urma evaluării și analizării ofertelor, cele 4 oferte au fost respinse din procedură și ca urmare entitatea contractantă a anulat procedura de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 224 lit. b) și art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea 99/2016, toate aceste aspecte fiind precizate în cuprinsul Raportului procedurii nr. 60922/14.10.2020.

Autoritatea contractantă a comunicat rezultatul procedurii autoarei contestației prin intermediul adresei nr. 8514/14.10.2020, respectiv:

„Prin prezenta, vă facem cunoscut faptul că în urma finalizării procesului de evaluare, oferta dumneavoastră a fost declarată neconforma și inacceptabilă fiind respinsă în baza prevederilor art. 143 alin. (3), lit.a), coroborat cu art. 140, alin. (4) din HG nr. 394/2016 cu modificările și completările ulterioare, prin raportare la răspunsurile neconcludente la solicitările de clarificare adresate de comisia de evaluare, după cum urmează:

Solicitare de clarificare:

Având în vedere prevederile Documentației de Atribuire, respectiv caietul de sarcini (pag. 3) alin. b) „La procedura de licitație vor participa doar firmele de asigurări care au înregistrat profit în anul 2019 și sunt reasigurate la o valoare de 800 milioane euro” și răspunsul consolidat al entității contractante la solicitările de clarificări, postat în SEAP în data de 11.09.2020, cum înțelegeți să îndepliniți cerința mai sus menționată, sens în care vă solicităm prezentarea de documente suport care să ateste îndeplinirea cerinței.

Răspunsul transmis este neconcludent: ofertantul prin răspunsul dat nu a precizat nivelul profitului în anul 2019 și nu a precizat/prezentat forma de reasigurare solicitată în caietul de sarcini, prin urmare recunoaște că nu are profit și nu este reasigurat conform cerințelor solicitate prin caietul de sarcini.

Solicitare de clarificare:

1. Referitor la factorul de punctaj quantum retur de primă și efectul acestuia în cadrul viitorului acord cadru/contract subsecvent, comisia de evaluare a constatat că oferta dumneavoastră este condiționată în ceea ce privește acordarea acestuia, mai exact propunerea dumneavoastră condiționează acordarea de nedepășirea a 10% a ratei daunei: „Quantum retur de primă - În condițiile în care rata daunei, la finalizarea contractului cadru (după finalizarea ultimului contract subsecvent), nu depășește 10%

(rata daunei se calculează ca raport între suma daunelor achitate de Asigurător și rezerva de daună creată și existentă la finalul contractului cadru și primele încasate de Asigurător de la Asigurat), Asigurătorul se obligă să returneze Asiguratului un retur de primă de 118.594,00 lei ce reprezintă 10% din valoarea contractului.”

Or, cerințele documentației de atribuire sunt clare și fără echivoc, entitatea contractantă neputându-și stabili limite și/sau condiții pentru obținerea factorului-primă de retur, nici măcar în mod proporțional cu depășirea propusă!

Pe cale de consecință, clarificați neconcordanța sesizată, entitatea contractantă urmând a stabili conformitatea propunerii.

Răspunsul transmis este neconcludent: ofertantul a prezentat o poliță condiționată „În condițiile în care rata daunei, la finalizarea contractului cadru (după finalizarea ultimului contract subsecvent), nu depășește 10% prin urmare nu respectă cerințele impuse prin caietul de sarcini/ documentația de atribuire.

Urmare a finalizării activității de evaluare a ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire mai sus menționate, suntem în măsură să vă informăm că aceasta a fost anulată în temeiul art. 224 lit. b) și art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea 99/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Motivul concret pe baza căruia s-a fundamentat această decizie: în cadrul procedurii au fost depuse numai oferte inacceptabile și/sau neconforme.”

Ulterior evaluării ofertelor și comunicării rezultatului procedurii de către entitatea contractantă, pentru motivele evocate anterior, luând la cunoștință despre cele precizate în cuprinsul comunicării mai sus redată, ... a formulat contestația în analiză.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul de evaluare al ofertei sale. Astfel sunt avute în vedere aspecte legate de concludența răspunsurilor furnizate de ... vizavi de cele două motive care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de acesta.

Trecând la analiza celor mai sus reclamate, Consiliul are în vedere că primul motiv care a stat la baza deciziei de respingere l-a constituit faptul că *ofertantul prin răspunsul dat nu a precizat nivelul profitului în anul 2019 și nu a precizat/prezentat forma de reasigurare solicitată în caietul de sarcini.*

Autoarea contestației reclamă că cerințele privind *nivelul profitului și a asigurării sunt*, conform legii, *cerințe nescrise*, fiind cerințe de participare exclusiv menționate în caietul de sarcini și în mod greșit, entitatea contractantă a considerat răspunsul neconcludent.

S-a adăugat că valoarea ofertată pentru factorul de evaluare *Quantum Retur Primă* nu a fost condiționată. În opinia contestatoarei, în mod greșit entitatea contractantă a considerat răspunsul drept neconcludent, respectiv entitatea contractantă a făcut o greșită interpretare, respingând nelegal oferta depusă.

Se are în vedere că vizavi de primul aspect reclamat, entitatea contractantă a precizat în cuprinsul caietului de sarcini, la fila 3 următoarele:

”Oferta va conține:

a) documentele de calificare solicitate în Fișa de date;

b) la procedura de licitație vor participa doar firmele de asigurări, care au înregistrat profit în anul 2019 și sunt reasigurate la o valoare de 800 milioane de euro;

c) propunerea tehnică: care se va elabora în conformitate cu cerințele specificate în Caietul de sarcini. În acest scop propunerea tehnică va conține o descriere a riscurilor acoperite de asigurare astfel încât să se poată verifica corespondența acesteia cu cerințele Caietului de sarcini;

d) propunerea financiară: se va prezenta prețul total în lei fără TVA pentru prestarea serviciilor de asigurare solicitate în caietul de sarcini pentru fiecare formă de asigurare indicată. Propunerea financiară va cuprinde și un centralizator care va detalia valoarea primei de asigurare pentru fiecare tip de asigurare."

Important de reținut este faptul că vizavi de cerința stabilită de entitatea contractantă la pct. b) s-au solicitat clarificări, la care achizitoarea a formulat răspunsul nr. 53072 /11.09.2020, respectiv:

"Întrebare 9:

In caietul de sarcini ati trecut ca oferta va conține : la punctul b) următoarele:

La procedura de licitație vor participa doar firmele de asigurări care au înregistrat profit în anul 2019 și sunt reasigurate la o valoare de 800 milioane de euro.

Va rugăm să specificați mai clar la ce vă referiți când spuneți și sunt reasigurate la o valoare de 800 milioane de euro. Nu înțelegem care este motivul impunerii acestei cerințe și ce tipuri de asigurări vizează. Rugăm clarificare dacă se va renunța la această cerință.

Răspuns:

Ne menținem prevederea din caietul de sarcini care face obiectul licitației. Prevederea respectivă este determinată de faptul că ... derulează atât proiecte cu finanțare europeană cât și contracte de împrumut cu instituții financiare europene (BEI și BERD) care solicită asigurarea bunurilor patrimoniale, raportat la valoarea investițiilor efectuate."

Așadar din economia celor mai sus redată rezultă că entitatea contractantă a precizat rațiunea pentru care a impus respectiva cerință și faptul că o menține, aspect adus la cunoștința operatorilor economici.

Se are în vedere și faptul că pe parcursul derulării etapei de verificare, entitatea contractantă a adresat societății contestatoare cu actul nr. 57186/29.09.2020 următoarea clarificare:

"1. Având în vedere prevederile Documentației de Atribuire, respectiv caietul de sarcini (pag. 3) alin. b) „La procedura de licitație vor participa doar firmele de asigurări care au înregistrat profit în anul 2019 și sunt reasigurate la o valoare de 800 milioane euro" și răspunsul consolidat al entității contractante la solicitările de clarificări, postat în SEAP în data de 11.09.2020, cum înțelegeți să îndepliniți cerința mai sus menționată, sens în care vă solicităm prezentarea de documente suport care să ateste îndeplinirea cerinței."

Răspunsul furnizat de ... a fost transmis prin intermediul adresei FN/30.09.2020, prin care acesta a precizat următoarele:

"Cu privire la solicitarea dumneavoastră de clarificări nr. 57186/29.09.2020, arătăm că:

1. După cum menționați chiar în solicitarea de clarificări, cerințele ca "La procedura de licitație vor participa doar firmele de asigurări care au înregistrat profit în anul 2019 și sunt reasigurate la o valoare de 800 milioane euro"

au fost incluse doar în Caietul de Sarcini (pag. 3) alin. b), în răspunsul consolidat postat în SEAP în data de 11.09.2020 arătând că vă mențineți aceste cerințe.

Aceste cerințe nu au fost incluse nici în Anunțul de participare simplificat, nici în Fișa de date a achiziției.

2. Ambele cerințe, atât cea cu privire existența anterioară a unui profit, cât și privind reasigurarea, reprezintă criterii de calificare.

Astfel, potrivit art. 176, 185 și 188 din Legea nr. 99/2016:

- Art. 176. (1) Entitățile contractante au dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile de calificare și selecție referitoare la:

- a) motive de excludere a candidatului/ofertantului;

- b) capacitatea candidatului/ofertantului. [...]

- Art. 185. (1) Entitatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile privind capacitatea referitoare la: [...]

- b) situația economică și financiară; [...] Art. 188.-[...]

(2) Cerințele privind situația economică și financiară stabilite de entitatea contractantă pot viza elemente cum ar fi: [...]

- b) anumite niveluri ale altor indicatori economico-financiarți relevanți, precum nivelul de lichiditate anuală;

- c) un nivel corespunzător al asigurării de risc profesional.

3. Conform Normelor metodologice de aplicare a Legii 99/2016 (aprobată prin HG 394/2016) cerințele de calificare care nu sunt trecute în anunțul de participare/ simplificat, ci doar în caietul de sarcini, cum este cazul nostru în procedura de față, sunt considerate nescrise. Astfel, conform art. 36 din HG 394/2016:

Art. 36.

(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de entitatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.

4. Prin urmare, cerințele la care vă referiți, cităm:

"La procedura de licitație vor participa doar firmele de asigurări care au înregistrat profit în anul 2019 și sunt reasigurate la o valoare de 800 milioane euro"

fiind cerințe de calificare ce nu au fost menționate în anunțul de participare simplificat nr. SCN1074440, sunt cerințe nescrise pentru ofertanți, inclusiv pentru subscrisa. Având în vedere aceste prevederi legale, conformitatea ofertei subscrisei trebuie evaluată fără a se lua în considerare cerințele sus menționate."

Din economia răspunsului furnizat, reiese faptul că ... nu aduce nicio precizare vizavi de modul de îndeplinire a cerinței, argumentele aduse fiind de natura faptului că cerința de calificare (*privind profitul/ reasigurarea, ce se încadrează în noțiunea de "situație economică și financiară"*) chiar dacă este consemnată la nivelul caietului de sarcini nu transformă caracterul respectivei cerințe, de a fi o cerință de participare, și nu înlătură în niciun caz caracterul de clauză nescrisă, în cazul în care respectiva cerință este inclusă exclusiv în caietul de sarcini.

Astfel contestatoarele apreciază că respectivei cerințe îi sunt incidente dispozițiile art. 36 alin. (6) din H.G. nr. 394/2016 potrivit cărora: *Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise*, aspect care condiționează entitatea contractantă de a stabili conformitatea ofertei fără a se lua în considerare cerințele în discuție.

Ori, o asemenea conduită adoptată de autoarea contestației astfel cum este precizată în cuprinsul actului de răspuns, mai sus redat, precum și în cuprinsul contestației, nu poate fi primită de Consiliu, vizavi de legalitatea solicitării îndeplinirii respectivei cerințe precum și de încadrarea acestei cerințe ca cerință de calificare/cerință vizavi de conformitatea ofertei, atâta vreme cât la acest moment al derulării procedurii, respectiv etapa de comunicare a rezultatului procedurii, nu poate fi analizat de Consiliu, sub aspectul legalității solicitării respectivei cerințe, întrucât contestatoarea a luat la cunoștință despre cerința în discuție ca element component al propunerii tehnice, încă de la data publicării documentației de atribuire, respectiv la 03.09.2020, aspect reconfirmat de entitatea contractantă la data de 11.09.2020 cu ocazia publicării răspunsului consolidat la solicitările adresate de operatorii economici.

Odată depășit termenul de notificare/contestare a documentației, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliului îi este interzis să o cerceteze și să se pronunțe inclusiv sub aspectul legalității.

Dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016 prevăd:

Art. 8. – (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;

b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) În cazul în care **contestația privește conținutul documentației de atribuire**, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, **data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.**

Așadar, raportat la normele art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele ale art. 248 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor din documentația de atribuire.

Dacă autoarea contestației ar fi fost diligentă și prudentă, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la criticarea aspectului în discuție, astfel încât să permită apoi jurisdicției Consiliului să poată analiza pe fond cererile ce fac obiectul contestației.

Așa cum a fost mai sus reținut, odată depășit termenul de notificare/contestare a documentației, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliului îi este interzis să o cerceteze și să se pronunțe inclusiv sub aspectul legalității rațiunii care a stat la baza solicitării respectivei cerințe.

În considerarea celor antemenționate sunt și precizările achizitoarei, potrivit cărora *"Pe de altă parte, faptul că contestațoarea formulează contestație împotriva raportului procedurii, dar invocă în realitate clauze ale caietului de sarcini nelegale/nescrise, precum și neconcordanțe între prevederile acestuia și cele ale anunțului de participare/fișa de date, nu este decât o contestație mascată asupra documentației de atribuire, caz în care opinăm că aceasta ar trebui respinsă ca tardiv formulată fără soluționarea pe fond, urmând ca C.N.S.C. să analizeze și să dispună în consecință.*

Mai mult decât atât, contestațoarea ar fi avut calea solicitării de clarificări în situația în care nu ar fi înțeles conținutul caietului de sarcini, ori presupusa neconcordanță între dispozițiile anunțului de participare simplificat și cele ale caietului de sarcini, însă contestațoarea nu a uzitat de această cale."

Așadar, Consiliul constată că în mod întemeiat achizitoarea, luând la cunoștință despre cele precizate de ..., a stabilit neconcurența răspunsului.

Argumentele aduse de autoarea contestației în cuprinsul concluziilor scrise, precum că *demersul subscrisei a vizat dovedirea faptului că aspectele imputate cu privire la profit și reasigurare reprezintă criterii de calificare, care, fiind solicitate exclusiv prin Caietul de sarcini, reprezintă clauze nescrise și, prin urmare, decizia de respingere a ofertei subscrisei bazată pe aceste cerințe considerate de lege nescrise este o decizie nelegală* nu sunt judicioase în cauză prin prisma etapei la care a intervenit acest demers al contestațoarei.

În același sens este și practica judiciară, relevante fiind spre pildă Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire *au acceptat să se supună rigorilor acestora*. Și decizia civilă nr. 1095 din 26 aprilie 2010 a aceleiași instanțe își are însemnătate în fundamentarea concluziei de mai sus – *„Curtea reține că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici sunt datori, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia."*

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul achiesează la concluzia la care a ajuns achizitoarea, respectiv neconcludența răspunsurilor furnizate la solicitările de clarificare adresate de comisia de evaluare, în temeiul dispozițiilor art. 143 alin. (3), lit. a), coroborat cu art. 140, alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, constatând netemeinicia criticii sub aspectul reclamat.

Referitor la cel de-al doilea motiv care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de ..., Consiliul constată temeinicia acestuia din considerentele mai jos prezentate.

Potrivit fișei de date a achiziției, entitatea contractantă a stabilit pentru factorul de evaluare "*quantum retur de prima*" următorul algoritm de punctare:

CUANTUM RETUR DE PRIMA [%] in cazul polițelor pentru care nu s-au acordat despăgubiri	Componenta Tehnica 10%	Punctaj maxim factor: 10
Algoritm de calcul: Cel mai mare quantum ofertat [%]- max. 10 pct; alte quantumuri ofertate = (C ofertat/ C cel mai mare) x 10 pct.; Descrierea componentei se va face in cadrul ofertei tehnice.		

Luând la cunoștință despre cele precizate de ... în cuprinsul propunerii tehnice, la fila 261 din dosarul achiziției publice:

"Quantum retur de primă - în condițiile în care rata daunei, la finalizarea contractului cadru (după finalizarea ultimului contract subsecvent), nu depășește 10% (rata daunei se calculează ca raport între suma daunelor achitate de Asigurător și rezerva de daună creată și existentă la finalul contractului cadru și primele încasate de Asigurător de la Asigurat), Asigurătorul se obligă să returneze Asiguratului un retur de primă de 118.594,00 lei ce reprezintă 10 % din valoarea contractului", entitatea contractantă a solicitat ofertantei în cauză prin adresa nr. 59441/07.10.2020 clarificarea următorului aspect:

"Referitor la factorul de punctaj quantum retur de prima si efectul acestuia in cadrul viitorului acord cadru /contract subsecvent, comisia de evaluare a constatat ca oferta dumneavoastră este condiționată în ceea ce privește acordarea acestuia, mai exact propunerea dumneavoastră condiționează acordarea de nedepășirea a 10% a ratei daunei. „Quantum retur de primă - În condițiile în care rata daunei, la finalizarea contractului cadru (după finalizarea ultimului contract subsecvent), nu depășește 10%(rata daunei se calculează ca raport între suma daunelor achitate de Asigurător si rezerva de dauna creata si existenta la finalul contractului cadru si primele încasate de Asigurător de la Asigurat), Asigurătorul se obliga sa returneze Asiguratului un retur de prima de 118.594,00 lei ce reprezintă 10% din valoarea contractului."

Or, cerințele documentației de atribuire sunt clare si fără echivoc, entitatea contractanta neputând-si stabili limite si/sau condiții pentru obținerea factorului-prima de retur, nici măcar in mod proporțional cu depășirea propusă!

Pe cale de consecință, clarificați neconcordanța sesizată, entitatea contractanta urmând a stabili conformitatea propunerii."

Prin intermediul răspunsului furnizat, ... a precizat următoarele aspecte:

"Returul de primă menționat în cadrul ofertei tehnice, de 10%, respectiv în quantumul de 118.594 RON, acordat condiționat de nedepășirea unui nivel de 10% al indicatorului Rata Daunei la finalul acordului cadru nu intră în contradicție cu niciunul dintre documentele procedurii de atribuire emise de autoritatea contractantă. Mai mult decât atât, în documentul Fișa de date publicat, la capitolul 11.2.5 Criterii de atribuire, se menționează că unul dintre criteriile de punctare este returul de primă, din tabelul respectiv reieșind ideea că este înțeles, permis și acceptat că acest retur poate fi condiționat și acordat numai în condițiile inexistenței/neînregistrării unor daune pe parcursul derulării acordului cadru

Denumire factor evaluare	Descriere	Pondere
CUANTUM RETUR DE PRIMĂ [%] în cazul polițelor pentru care nu s-au acordat despăgubiri	Componenta Tehnică	10% Punctaj maxim factor: 10

Algoritm de calcul: Cel mai mare quantum ofertat [%]- max. 10 pct; alte quantumuri ofertate = (C ofertat/ C cei mai mare) x 10 pct.; Descrierea componentei se va face în cadrul ofertei tehnice.

Cu toate acestea, vă rugăm să luați în considerare faptul că ASIROM a ofertat returul de primă sus-menționat chiar și în condițiile existenței unor eventuale daune minore pe parcursul derulării contractului cadru, respectiv dacă indicatorul Rata Daunei înregistrează un nivel de până la 10%, ceea ce reprezintă o facilitate acordată în favoarea autorității contractante."

Răspunsul transmis de ... a fost analizat de membrii comisiei de evaluare în data de 13.10.2020, ocazie cu care a fost elaborat *Procesul-verbal nr. 60543/13.10.2020 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare* concluzia consemnată fiind neconcludența răspunsului transmis motivat de *prezentarea unei polițe condiționate*, respectiv:

"Răspunsul transmis este neconcludent: ofertantul a prezentat o poliță condiționată „În condițiile în care rata daunei, la finalizarea contractului cadru (după finalizarea ultimului contract subsecvent), nu depășește 10%" prin urmare nu respecta *cerințele* impuse prin caietul de sarcini / *documentația* de atribuire."

Raționamentul conturat de ..., în favoarea faptului că:

"-returul de primă oferit de subscrisa pentru situația în care nu se înregistrează despăgubiri nu a fost condiționat. Așa zisa condiționare viza exclusiv situația în care deși se înregistrează o anumită rată a daunei (maxim 10%), totuși subscrisa a dorit să acorde suplimentar Entității contractante un retur de primă;

-este astfel evident că factorul de evaluare nu a fost acordat condiționat de subscrisa, fiind în valoare de 10% din valoarea contractului;

-mențiunea privind acordarea returului de primă "în condițiile în care rata daunei nu depășește 10%" a vizat exclusiv un beneficiu acordat suplimentar Entității contractante, ce nu poate fi sancționat cu declararea ofertei drept neconformă"

nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele mai jos prezentate.

Practic contestatoarea se prevalează de propria culpă în acceptarea conformității ofertei depuse, pe considerentul că *mențiunea privind acordarea returului de primă "în condițiile în care rata daunei nu depășește 10%" a vizat exclusiv un beneficiu acordat suplimentar Entității contractante, ce nu poate fi sancționat cu declararea ofertei drept neconformă.*

Ori argumentul adus nu este în spiritul dispozițiilor art. 40 din H.G. nr. 394/2016 potrivit căroră: *art. 40. - În cazul în care criteriul utilizat este "prețul cel mai scăzut", astfel cum este prevăzut la art. 209 alin. (3) lit. a) din Lege, stabilirea ofertei câștigătoare se realizează numai prin compararea prețurilor prezentate în cadrul ofertelor admisibile, fără să fie cuantificate alte elemente de natură tehnică sau alte avantaje care rezultă din modul de îndeplinire a contractului sectorial/acordului-cadru de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire.*

Iar pe de altă parte nimic nu o împiedica pe autoarea contestației, luând la cunoștință despre modul de acordare a punctajului pentru factorul de evaluare *"quantum retur de prima"* să clarifice cu achizitoarea

posibilitatea acordării unui beneficiu suplimentar, astfel cum a apreciat și precizat în cadrul ofertei depuse.

De nenumărate ori atât Consiliu, cât și instanțele superioare de judecată au statuat faptul că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul acordului-cadru și al contractului subsecvent de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 88 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale – *ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire, însoțită de DUAЕ sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informații privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă*, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 – *ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca

toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea aceluiași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

Sunt relevante în soluționare argumentele achizitoarei potrivit cărora:

"Prin urmare, Comisia de evaluare a constatat că oferta contestatoarei nu îndeplinește sub două aspecte cerințele documentației de atribuire, respectiv:

a) returul de primă conform ofertei contestatoarei se acordă și este aplicabil tuturor polițelor, nu doar celor pentru care nu s-au acordat despăgubiri, ceea ce contravine cerințelor autorității contractante, dar este condiționat;

b) returul de primă conform ofertei contestatoarei este condiționat în condițiile în care rata daunei, la finalizarea contractului cadru (după finalizarea ultimului contract subsecvent) nu depășește 10% (rata daunei se calculează ca raport între suma daunelor achitate de asigurator și rezerva de dauna create și existentă la finalul contractului cadru și primele încasate de asigurator de la asigurat)", aspect ce determină caracterul neconform al propunerii tehnice depuse."

Aspectul invocat de contestatoare, precum că în cuprinsul actului de comunicare, entitatea contractantă nu a detaliat în mod expres, așa cum a detaliat în cuprinsul punctului de vedere, cu privire la existența a două motive de respingere, nu este de natură a aprecia că ... nu a fost informată pe deplin de motivul care a stat la baza deciziei de respingere, comunicarea faptului că: *"Răspunsul transmis este neconcludent: ofertantul a prezentat o poliță condiționată „În condițiile în care rata daunei, la finalizarea contractului cadru (după finalizarea ultimului contract subsecvent), nu depășește 10%" prin urmare nu respecta cerințele impuse prin caietul de sarcini / documentația de atribuire, fiind suficientă, cele 2 aspecte detaliate în cuprinsul punctului de vedere decurg din cuprinsul conținutului modului de comunicare al nendeplinirii cerinței reclamate.*

În raport de cele mai sus reținute, conduita achizitoarea de a nu accepta justificarea contestatoarei vizavi de aspectul precizat în cuprinsul

ofertei depuse (în referire la factorul de evaluare *"quantum retur de prima"*) prin raportare la modul de redactare al modalității de acordare a punctajului pentru factorul de evaluare reclamat este justă prin prisma dispozițiilor legale anterior redacte.

În concluzie, Consiliul achiesează la concluziile la care a ajuns *autoritatea contractantă, respectiv de inacceptabilitate/neconformitate a ofertei depusă de ... și susține că ofertanții au obligația de a întocmi ofertele cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, după cum rezultă din dispozițiile art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, potrivit cu care „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)"*.

În atari condiții, respingerea ofertei sale fiind legală, cele susținute de contestatoare sunt nefondate. Neexistând motive întemeiate pentru infirmarea măsurii luate de autoritate sau pentru anularea rezultatului procedurii de atribuire, Consiliul urmează să respingă criticile formulate de societatea contestatoare.

Așadar, prin depunerea ofertei în cadrul procedurii și prin nerespectarea întocmai a conținutului documentației de atribuire, al cărui conținut și-a consolidat caracterul definitiv prin nemodificare (inclusiv în ceea ce privește *profitul și reasigurarea și factorul de evaluare quantum retur de prima*) ... și-a asumat riscul respingerii ofertei, cum corect și legal a procedat entitatea contractantă cu privire la oferta acestuia.

În raport de cele mai sus evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare, expres și imperativ prevăzute de lege, Consiliul constată că decizia de respingere a ofertei depuse de ... (*neconforma si inacceptabila fiind respinsa in baza prevederilor art. 143 alin. (3), lit.a), coroborat cu art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, prin raportare la răspunsurile neconcludente la solicitările de clarificare adresate de comisia de evaluare*) este temeinică.

În consecință, pentru motivele reținute anterior, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă ... ca nefondată.

Mentține decizia de anulare a procedurii de atribuire (în temeiul art. 224 lit. b) și art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale).

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de către ..., reprezentată convențional de ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă

Mentține decizia de anulare a procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...