CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 937/07.05.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 18231/08.05.2018, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ...având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ... reprezentată convenţional de SCA ... cu sediul în ..., formulată împotriva procedurii simplificate online privind atribuirea contractului de servicii având ca obiect „Servicii de asigurare de răspundere civilă auto RCA pentru autovehiculele aflate în proprietatea CNTEE Transelectrica SA”, organizată de către ... cu sediul în ... în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat modificarea şi completarea prevederilor fişei de date a achiziţiei, în ceea ce priveşte prevederile cerinţei de la pct. 2 din Secţiunea lll.1.1.b) „Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale", în sensul completării acestei cerinţe prin introducerea unei precizări exprese care să aibă următoarea formulare: *"sau dovada autorizării emise de Autoritatea de Supraveghere Financiară (ASF), din care să reiasă că are calitatea de broker de asigurare autorizat să efectueze tipul de asigurare solicitat, în conformitate cu prevederile Legii nr. 32/2000, valabilă la momentul prezentării, precum şi dovada că are dreptul să emită documentele de asigurare în numele asigurătorului"*.

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

Prin contestaţia nr. 937/07.05.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 18231/08.05.2018, SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat să participe la procedura de atribuire în cauză, critică prevederile fişei de date a achiziţiei mai sus menţionate, în ceea ce priveşte prevederile Cerinţei de la pct. 2 din Secţiunea lll.1.1.b) „Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale",

care are următoarea formulare: *"2. Decizie emisă de Autoritatea de Supraveghere Financiara privind autorizarea societăţii de practicare a serviciilor care fac obiectul asigurării în anul 2018 - Document în baza căruia ofertantul este autorizat şi are drept de practicare a activităţii de subscriere pentru riscurile de răspundere civilă a vehiculelor, prevăzute la Anexa 1, Secţiunea B, punctul 6 la Legea 237/19.10.2015"*, solicitând în acest sens completarea acestei cerinţe prin introducerea unei precizări exprese care să aibă următoarea formulare: *"sau dovada autorizării emise de Autoritatea de Supraveghere Financiară (ASF), din care să reiasă că are calitatea de broker de asigurare autorizat să efectueze tipul de asigurare solicitat, în conformitate cu prevederile Legii nr. 32/2000, valabilă la momentul prezentării, precum şi dovada că are dreptul să emită documentele de asigurare în numele asigurătorului"*.

Contestatoarea menţionează că în acest sens, a formulat notificarea în data de 26.04.2018, la care entitatea contractantă i-a răspuns prin adresa nr. 18710/02.05.2018, în sensul că nu va adopta măsuri de remediere, după cum urmează:

„Urmare a Notificării prealabile postată de dumneavoastră în noul SEAP în data de 26.04.2018, ora 21.21, înregistrată la CNTEE Transelectrica SA cu nr. 18374 din 27.04.2018, vă comunicăm răspunsul nostru:

Conform Legii nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, un operator economic este orice persoană fizică sau juridică, de drept public sau de drept privat sau grup ori asociere de astfel de persoane care este autorizată conform prevederilor art. 207 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, care oferă în mod licit pe piaţă executarea de lucrări şi/sau a unei construcţii, furnizarea de produse sau prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două sau mai multe dintre aceste entităţi.

Brokerul de asigurare - reasigurare nu furnizează servicii de asigurare, ci intermediază servicii de asigurare. Astfel, brokerul de asigurare - reasigurare nu este un operator economic apt să depună oferte în nume propriu, acesta având posibilitatea de a participa în calitate de împuternicit al unui asigurator sau în asociere cu o societate de asigurări.

Prezenta procedură are Cod CPV: 66516100-1 „Servicii de asigurare de răspundere civila auto" şi nu Cod CPV: 66518100-5 „Servicii de brokeraj de asigurări".

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea menţionează că în raport de obiectul achiziţiei, formularea condiţiilor de participare (aşa cum figurează în prezent în fişa de date în cerinţa de la pct. nr.2 din Secţiunea lll.1.1.b) „Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale", este restrictivă şi nu asigură îndeplinirea de către entitatea contractantă a obligaţiei de a acorda operatorilor economici un tratament egal şi nediscriminatoriu, favorizând în mod expres o anumită categorie de operatori economici - respectiv asigurători.

Entitatea contractantă, prin răspunsul formulat, încalcă dreptul unui broker de asigurare de a participa în calitate de ofertant în această procedură de atribuire.

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

În acest sens, contestatoarea a arătat entităţii contractante că Legea nr. 32/2000 privind activitatea şi supravegherea intermediarilor în asigurări şi reasigurări, cu modificările si completările ulterioare, prevede în mod expres la art. 35 alin.(10) că: *"Brokerii de asigurare şi/sau de reasigurare, sub condiţia împuternicirii primite din partea asigurătorilor şi/sau reasiguratorilor, au dreptul să colecteze primele, să plătească despăgubirile în numele acestora, în moneda prevăzută în contractul de asigurare sau de reasigurare, după caz, cu respectarea prevederilor legale în vigoare, şi să emită documentele de asigurare sau de reasigurare în numele asigurătorului sau reasigurătorului, după caz."*

Astfel, brokerul de asigurare emite documentele de asigurare în numele asigurătorului, fără a fi obligat să îşi asigure susţinerea unor terţi asigurători sau să aducă vreun subcontractant asigurator şi fără a se asocia în procedură cu vreun asigurător, cum menţionează în mod eronat entitatea contractantă în răspunsul său.

Contestatoarea învederează că CNSC s-a pronunţat în mod expres în alte cauze în sensul că:

- *"Prestarea serviciului respectiv nu justifică impunerea prezentării doar a autorizării emise de ASF din care să reiasă că societatea are dreptul de a practica asigurări pentru subscrierea riscurior prevăzute în prezenta procedură. Nu se poate afirma că operatorii economici care nu deţin o astfel de autorizare însă deţin o autorizare emisă de ASF din care să reiasă că are calitatea de broker de asigurare autorizat să efectueze tipul de asigurare solicitat, nu au potenţialul şi capacitatea necesare de a îndeplini contractul şi de a rezolva eventualele dificultăţi legate de îndeplinirea acestuia".* (Decizia C.N.S.C nr. .....).

Aceleaşi aspecte se regăsesc şi în alte decizii similare ale Consiliului:

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

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

Faţă de cele de mai sus, contestatoarea are calitatea de operator economic autorizat să efectueze exact tipul de asigurare solicitat, în conformitate cu prevederile Legii nr. 32/2000, motiv pentru care se impune completarea criteriilor de calificare menţionate la Cerinţa de la pct. 2 din Secţiunea lll.1.1.b) „Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale" a fişei de date.

Astfel, contestatoarea apreciază că îndeplineşte condiţiile legale necesare pentru a asigura prestarea serviciilor de asigurare civilă auto

obligatorie ce fac obiectul prezentei proceduri de achiziţie publică în mod legal, în temeiul prevederilor legale care îi guvemează activitatea, fapt pe care îl justifică cu următoarele:

1. a arătat că are calitatea de broker de asigurare-reasigurare (în baza Autorizaţiei de funcţionare nr. 3815 din data de 06.03.2003, societatea fiind înscrisă în Registrul Brokerilor - cu număr de înmatriculare în Registrul Brokerilor: RBK - 151 din data de 04.10.2003) - interogarea acestui Registru fiind şi publică pe site-ul Autorităţii de Supravegere Financiară.

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

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

Mai mult, cotestatoarea a indicat entităţii contractante în baza notificării prealabile că acelaşi tip de contracte, având ca obiect servicii de asigurare de tip RCA au fost încheiate în cadrul a numeroase proceduri de achiziţie publică, cu diverse autorităţi contractante, din care a exemplificat în notificare:

1. Contract de prestări servicii nr. A-5761/23.06.2016, încheiat cu autoritatea contractantă M.A.P.N., prin U.M. 01836;
2. Contract de achiziţie publică de servicii nr. 15/11.02.2015, încheiat cu autoritatea contractantă M.A.P.N., prin U.M. 01575;
3. Contract de servicii nr. 16635/19.02.2016, încheiat cu autoritatea contractantă Serviciul de Ambulanţă Judeţean Buzău;
4. Acord-cadru de servicii nr. 16544/14.01.2016, încheiat cu autoritatea contractantă Serviciul de Ambulanta Judeţean Buzău;
5. Contract de servicii nr. 444/27.11.2015, încheiat cu autoritatea contractantă Direcţia Silvică Harghită;
6. Contract de servicii asigurare CASCO și RCA nr. 11453/17.09.2015, încheiat cu autoritatea contractantă Direcţia Silvică Giurgiu;
7. Contract de servicii nr. 6113/02.12.2015 încheiat cu autoritatea contractantă Direcţia Silvică Călăraşi;
8. Contract de prestări servicii nr. 126451/27.01.2016, încheiat cu autoritatea contractantă Inspectoratul de Poliţie al Judeţului Satu Mare;
9. Contract de prestări servicii nr. 16499/22.12.2015, încheiat cu autoritatea contractantă Inspectoratul de Politie Judeţean Buzău;

10. Acord-cadru de prestări servicii nr. 1596689/24.06.2016, încheiat cu autoritatea contractantă MAI.

Contestatoarea învederează că deţine şi documentele constatatoare referitoare la îndeplinirea obligaţiilor contractuale în contractele mai sus menționate:

1. Document constatator privind îndeplinirea obligaţiilor contractuale nr. 63308/03.01.2017, emis de Inspectoratul de Poliție al Jud. Vaslui;

2. Document constatator final privind îndeplinirea obligaţiilor contractuale nr. 127 din 16.01.2017, emis de Serviciul de Ambulanţă Judeţean Buzău;

3. Constatator la contractul nr. 15/11.02.201,5 emis de M.A.P.N, prin U.M. 01575;

4. Document constatator nr. 616/28.02.2017, referitor la îndeplinirea obligaţiilor contractuale, emis de Serviciul de Ambulanţă Hunedoara;

5. Document constatator emis în data de 09.01.2017, privind îndeplinirea obligaţiilor contractuale, emis sub nr. A 204 din 10.01.2017, de Unitatea Militara 01836;

6. Certificat constatator privind îndeplinirea obligaţiilor contractuale nr. 1657997, emis în data de 10.07.2017, de MAI - Direcţia Generală de Protecţie Internă;

7. Certificat constatator privind îndeplinirea obligaţiilor contractuale nr.16621256 emis în data de 27.12.2017 de MAI - Direcţia Generală de Protecţie Internă;

8. Document constatator nr. 17465 din data de 16.11.2017, referitor la îndeplinirea obligaţiilor contractuale, emis de MAI - IPJ Constanţa;

9. Document constatator nr. 16938, din data de 17.10.2017, referitor la îndeplinirea obligaţiilor contractuale emis de MAI - IPJ Constanţa;

10. Document constatator nr. 16939, din data de 17.10.2017, referitor la îndeplinirea obligaţiilor contractuale, emis de MAI - IPJ Constanţa;

11. Document constatator nr. 15650, din data de 01.08.2017, referitor la îndeplinirea obligaţiilor contractuale, emis de MAI - IPJ Constanţa;

12. Document constatator nr. 16130 din data de 31.08.2017, referitor la îndeplinirea obligaţiilor contractuale, emis de MAI - IPJ Constanţa;

13. Document constatator nr. 16131 din data de 31.08.2017, referitor la îndeplinirea obligaţiilor contractuale emis de MAI - IPJ Constanţa;

14. Document constatator nr. 16132 din data de 31.08.2017, referitor la îndeplinirea obligaţiilor contractuale emis de MAI - IPJ Constanţa;

15. Document constatator nr. 16133 din data de 31.08.2017, referitor la îndeplinirea obligaţiilor contractuale emis de MAI - IPJ Constanţa;

16. Document constatator nr. 17906 din data de 15.12.2017, referitor la îndeplinirea obligaţiilor contractuale emis de MAI - IPJ Constanţa.

În raport de toate aspectele mai sus menţionate, contestatoarea învederează că prin formularea restrictivă a cerinţei de la pct. nr. 2 din Secţiunea lll.1.1.b) a fişei de date a achiziţiei, într-o manieră nelegală şi netemeinică, entitatea contractanta a încălcat principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică, respectiv nediscriminarea, tratamentul egal și proporţionalitatea, încălcând flagrant prevederile art. 2 din Legea nr. 98/2016, iar prin elaborarea unor cerinţe de calificare excesive, entitatea contractantă a elaborat o documentaţie de atribuire şi respectiv derulează o procedură care nu asigură îndeplinirea de către entitatea contractantă a obligaţiei de a acorda operatorilor economici un tratament egal şi nediscriminatoriu.

Entitatea contractantă a depus un set de documente necesare soluţionării cauzei precum şi punctul de vedere nr. 20273/11.05.2018, înregistrat la Consiliu sub nr. 19062/11.05.2018, cu privire la contestaţia formulată de către SC ...SRL.

Entitatea contractantă menţionează că Societatea ... i-a transmis o notificare prealabilă, prin care i-a solicitat să adopte următoarea măsură:

"1. să dispuneţi modificarea şi completarea prevederilor fişei de date a achiziţiei mai sus menţionate, în ceea ce priveşte prevederile cerinţei de la pct. 2 din Secţiunea Ill.1.1.b) „Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale", care are următoarea formulare:

Cerinţa 2. Decizie emisă de Autoritatea de Supraveghere Financiară privind autorizarea societăţii de practicare a serviciilor care fac obiectul asigurării în anul 2018 - Document în baza căruia ofertantul este autorizat şi are drept de practicare a activităţii de subscriere pentru riscurile de răspundere civilă a vehiculelor, prevăzute la Anexa 1, Secţiunea B, punctul 6 la Legea nr. 237/19.10.2015, în sensul completării acestei cerinţe prin introducerea unei precizări exprese care să aibă următoarea formulare:

"sau dovada autorizării emise de Autoritatea de Supraveghere Financiara (ASF), din care să reiasă că are calitatea de broker de asigurare autorizat să efectueze tipul de asigurare solicitat, în conformitate cu prevederile Legii nr.32/2000, valabilă la momentul prezentării, precum şi dovada că are dreptul să emită documentele de asigurare în numele asigurătorului"."

Urmare a notificării prealabile transmisă de ...SRL, entitatea contractantă i-a precizat prin adresa nr. 18710/02.05.2018, următoarele: "*Conform Legii nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, un operator economic este orice persoană fizică sau juridică, de drept public sau de drept privat sau grup ori asociere de astfel de persoane care este autorizată conform prevederilor art. 207 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, care oferă în mod licit pe piaţă executarea de lucrări şi/sau a unei construcţii, furnizarea de produse sau prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două sau mai multe dintre aceste entităţi. Brokerul de asigurare - reasigurare nu furnizează servicii de asigurare, ci*

intermediază servicii de asigurare. Astfel, brokerul de asigurare - reasigurare nu este un operator economic apt să depună oferte în nume propriu."

Entitatea contractantă învederează că solicitarea contestatoarei nu poate fi acceptată din următoarele considerente:

- s-a specificat clar în documentaţia postată în SEAP faptul că se încheie un contract de prestare servicii de asigurare răspundere civilă auto RCA cu un asigurator RCA care are dreptul de a practica pe teritoriul României asigurarea RCA şi nu cu un intermediar de servicii de asigurare; codul CPV specificat în fişa de date este 66516100-1 „Servicii de asigurare de răspundere civilă auto";

- în fişa de date, pct. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale - pct. 1, se solicită următoarele: „Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească...faptul că au capacitatea profesională de a realiza activităţile obiectului contractului", pct.2 Decizie emisă de ASF privind autorizarea societăţii de practicare a serviciilor care fac obiectul asigurării în anul 2018, iar în opinia autorităţii contractante această calitate o deţine numai firma de asigurare, în conformitate cu domeniul de activitate cuprins în codul CAEN al societăţii de asigurare. Astfel, operatorii economici interesaţi trebuie să aibă înscris ca obiect de activitate (principal sau secundar) prestarea serviciilor de asigurare.

Entitatea contractantă îşi menţine punctul de vedere exprimat în adresa nr. 18710/02.05.2018 şi anume că operatorul economic care nu furnizează servicii de asigurare, ci intermediază servicii de asigurare, nu este un operator economic apt să depună oferte în nume propriu în cadrul acestei proceduri de achiziţie publică, acesta având posibilitatea de a participa în asociere cu o societate de asigurări.

Dacă s-ar permite brokerului de asigurare să participe în nume propriu la procedură, entitatea contractantă s-ar afla în imposibilitatea de a verifica dacă asigurătorul, în numele căruia acţionează brokerul, îndeplineşte condiţiile legale pentru practicarea pe teritoriul României a unor astfel de asigurări RCA. O astfel de verificare nu poate fi realizată de Achizitor, întrucât, dacă participă în nume propriu, brokerul nu are obligaţia de a completa DUAE şi pentru asigurator.

În mod eronat contestatoarea susţine că, în calitate de broker, societatea este autorizată să desfăşoare/presteze serviciile de asigurare ce se doresc a fi achiziţionate de către entitatea contractantă, pe baza împuternicirilor exprimate expres în contractele încheiate cu asigurătorii, întrucât codul CPV al acestei achiziţii este 66516100-1 - „Servicii de asigurare de răspundere civilă auto" şi nu 66518100-5 - „Servicii de brokeraj de asigurări".

Pentru motivele enunţate mai sus, entitatea contractantă solicită respingerea contestaţiei ca nefondată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată online privind atribuirea contractului de servicii având ca obiect „Servicii de asigurare de răspundere civilă auto RCA pentru

autovehiculele aflate în proprietatea CNTEE Transelectrica SA”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SICAP anunţul de participare simplificat nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 152.892 lei, data limită de depunere a ofertelor fiind 11.05.2018.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire, ... SRL a formulat notificare prealabilă, și apoi contestație, solicitând completarea Cerinţei de la pct. 2 din Secţiunea lll.1.1.b), „Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale", care are următoarea formulare: *"2. Decizie emisă de Autoritatea de Supraveghere Financiara privind autorizarea societăţii de practicare a serviciilor care fac obiectul asigurării în anul 2018 - Document în baza căruia ofertantul este autorizat şi are drept de practicare a activităţii de subscriere pentru riscurile de răspundere civilă a vehiculelor, prevăzute la Anexa 1, Secţiunea B, punctul 6 la Legea 237/19.10.2015"*, prin introducerea unei precizări exprese, care să aibă următoarea formulare: *"**sau dovada autorizării emise de Autoritatea de Supraveghere Financiară (ASF), din care să reiasă că are calitatea de broker de asigurare autorizat să efectueze tipul de asigurare solicitat, în conformitate cu prevederile Legii nr. 32/2000, valabilă la momentul prezentării, precum și dovada că are dreptul să emită documentele de asigurare în numele asigurătorului"*.**

Consiliul observă că, așa cum este menționată în SICAP, cerința de calificare, ea nu permite participarea brokerilor la procedura de atribuire, ci permite doar participarea societăților de asigurare.

Contestatoarea își susține punctul de vedere arătând că documentația de atribuire, așa cum este publicată, încalcă dreptul brokerului de a participa la o astfel de procedură.

Contestatoarea invocă următoarele argumente:

-în calitate de broker, are dreptul să emită polițe în numele asigurătorului, pe baza împuternicirilor exprese din contractele încheiate cu societățile de asigurare, în temeiul art. 35 alin. (10) din Legea nr. 32/2000;

-pentru emiterea documentelor respective, nu trebuie să fie susținut de un terț asigurător, de vreun subcontractant asigurător sau să se asocieze cu un asigurător.

Contestatoarea invocă unele decizii din practica Consiliului și a instanțelor, care susțin punctul său de vedere.

Din analiza proprie a Consiliului, rezultă că practica în această materie este disputată atât la nivelul Consiliului, cât și al instanțelor de judecată, motiv pentru care este necesară analiza cauzei și prin prisma altor argumente față de cele prezentate în deciziile citate de contestatoare, fiind necesară definirea exactă a obiectului contractului a cărui atribuire se urmărește, stabilirea cadrului legislativ general și a celui special, respectiv cum, anume, se aplică legislația specifică a asigurărilor RCA, în raport cu legislația specifică a achizițiilor publice, în cazul de speță, Legea nr. 99/2016.

Multe dintre argumentele invocate de contestatoare sau de autoritate nu vizează prevederea a cărei introducere în cadrul cerinței criticate se solicită, ci se referă la etapa de verificare a îndeplinirii

cerințelor de calificare, având rolul mai mult de dezbatere teoretică, decât de solicitare de remediere a unui act vătămător. De pildă, argumentele contestatoarei referitoare la lipsa obligativității susținerii acesteia de către o firmă de asigurare, în calitate de terț susținător, subcontractant sau asociere, nu au legătură cu textul cerinței criticate, ci vizează etapa de evaluare a ofertelor, o parte din practica invocată referindu-se exact la această etapă de evaluare. Prin urmare, practica Consiliului invocată de contestatoare nu este întru-totul relevantă în cauză, existând și spețe care vizează modalitatea de evaluare a unor oferte, în baza unor clauze deja stabilite în documentația de atribuire. În același timp, unele dintre argumentele contestatoarei sunt contradictorii, aceasta arătând, pe de o parte, că cerința îi permite participarea la procedură, iar pe de altă parte, plângându-se de ea, solicitând modificarea sa, întrucât este discriminatorie.

În cauză, pentru a aprecia asupra necesității și oportunității modificării cerinței în cauză, Consiliul apreciază ca fiind relevante următoarele aspecte:

-în ce măsură cerința de calificare vizată restricționează accesul la procedură al brokerilor de asigurare;

-în ce măsură autoritatea contractantă are dreptul a restricționa participarea brokerilor la prezenta procedură;

-dacă este justificată, prin raportare la complexitatea contractului și obiectul lui, restricționarea accesului brokerilor la prezenta procedură.

La prima dintre chestiunile relevante, Consiliul reține că, așa cum este prevăzută cerința de calificare, respectiv „Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale", care are următoarea formulare: *"2. Decizie emisă de Autoritatea de Supraveghere Financiara privind autorizarea societăţii de practicare a serviciilor care fac obiectul asigurării în anul 2018 - Document în baza căruia ofertantul este autorizat şi are drept de practicare a activităţii de subscriere pentru riscurile de răspundere civilă a vehiculelor, prevăzute la Anexa 1, Secţiunea B, punctul 6 la Legea 237/19.10.2015",* este cert că aceasta se referă exclusiv la asigurător, și nu la broker, între decizia emisă de ASF pentru asigurător, și cea emisă pentru broker, fiind diferențe considerabile, neputând fi pus semnul egalității între cele două activități, și, mai cu seamă, nu pot fi considerate documente echivalente.

Dacă cerința, astfel cum este ea prevăzută, nu ar restricționa accesul brokerilor, ci dimpotrivă, le-ar permite accesul la procedură, așa cum susține contestatoarea la un moment dat, invocând o decizie a Consiliului, atunci contestația ar fi inadmisibilă, deoarece nimeni nu poate pretinde remedierea unui act care nu îi produce vătămare, fiind relevante, în acest sens, dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ,,Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi''.

Diferențele dintre cele două tipuri de activități sunt unele considerabile, atât de obiect, cât și de reglementare. Astfel, în timp de activitatea de asigurare-reasigurare este reglementară de dispozițiile cap. XVI secțiunea a 4-a din Codul civil și Legea nr. 237/2015 privind autorizarea și supravegherea activității de asigurare și reasigurare, activitatea de brokeraj pentru asigurări este reglementată de dispozițiile cap. XI din Codul civil și Legea nr. 32/2000 privind activitatea și supravegherea intermediarilor în asigurări și reasigurări.

De asemenea, în timp ce brokerul oferă servicii de intermediere în domeniul asigurărilor, respectiv negociază pentru clienții săi, persoane fizice sau juridice, asigurați ori potențiali asigurați, încheierea contractelor de asigurare sau de reasigurare și acordă asistență înainte și pe durata derulării contractelor ori în legătură cu regularizarea daunelor, după caz (art. 2 pct. 8 din Legea nr. 32/2000), el nefiind parte în contractul de asigurare, contractele nefiind încheiate în nume propriu, ci în numele asigurătorului, nepreluând riscul asigurat, asigurătorul semnează în nume propriu contractul de asigurare, preluând riscul asigurat, în condițiile contractului.

Deci, de esența contractului de asigurare este preluarea riscului asigurat de la proprietar la asigurător, preluare pe care nu o poate face niciodată un broker de asigurare. Activitatea de asigurare înseamnă, în mod evident, și emiterea poliței**, dar nu emiterea poliței este esența contractului, așa cum în mod greșit își construiește pledoaria contestatoarea, polița fiind instrumentul cerut *ad probationem*, în condițiile art. 2200 din codul civil, ci preluarea riscului, care nu poate fi făcută decât de asigurător, în condițiile art. 2199 din același act normativ.** Sub acest aspect, cerința criticată restricționând accesul brokerilor, contestația astfel cum a fost formulată, este una admisibilă, Consiliul urmând a analiza în ce măsură respectiva restricționare este justificată sau nu.

Dispozițiile relevante în stabilirea caracterului justificat al cerinței de calificare criticate sunt următoarele:

- art. 35 alin. (1) din HG nr. 394/2016:

Criteriile de calificare au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

- art. 37 alin. (1) din HG nr. 394/2016:

Entitatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru prin introducerea unor criteriile minime de calificare, care:

*a) **nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit**;*

*b) **sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit**.*

- art. 33 alin. (1) din Legea nr. 32/2000:

Intermediarii în asigurări și în reasigurări sunt, după caz, înregistrați la sau autorizați de către Comisia de Supraveghere a Asigurărilor, în conformitate cu normele emise în aplicarea prezentei legi, sau la autoritatea competentă din statul membru de origine.

- art. 35 alin. (1) și (10) din Legea nr. 32/2000:

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

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

-următoarele dispoziții din codul civil:

-Art. 2199 -Noțiune

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

(2) Contractantul asigurării este persoana care încheie contractul pentru asigurarea unui risc privind o altă persoană ori pentru bunuri sau activităţi ale acesteia şi se obligă faţă de asigurător să plătească prima de asigurare.

-Art. 2200 Forma şi dovada

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

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

(3) Documentele care atestă încheierea unei asigurări pot fi semnate şi certificate prin mijloace electronice.

Art. 2201 -Poliţa de asigurare

(1) Poliţa de asigurare trebuie să indice cel puţin:

a) numele sau denumirea, domiciliul ori sediul părţilor contractante, precum şi numele beneficiarului asigurării, dacă acesta nu este parte la contract;

b) obiectul asigurării;

c) riscurile ce se asigură;

d) momentul începerii şi cel al încetării răspunderii asigurătorului;

e) primele de asigurare;

f) sumele asigurate.

(2) Alte elemente pe care trebuie să le cuprindă poliţa de asigurare se stabilesc prin norme adoptate de organul de stat în a cărui competenţă, potrivit legii, intră supravegherea activităţii din domeniul asigurărilor.
SECŢIUNEA a 4-a Asigurarea de răspundere civilă, Art. 2224- Drepturile terţelor persoane păgubite
(1) Drepturile terţelor persoane păgubite se exercită împotriva celor răspunzători de producerea pagubei.
(2) Asigurătorul poate fi chemat în judecată de persoanele păgubite în limitele obligaţiilor ce îi revin acestuia din contractul de asigurare.
- Următoarele dispoziţii din Ordonanţa de urgenţă nr. 54/2016 privind asigurarea obligatorie de răspundere civilă auto pentru prejudicii produse terţelor persoane prin accidente de vehicule şi de tramvaie
- art. 11 *(1) În baza aceleiaşi prime, valabile pe întreg teritoriul statelor membre, asigurarea RCA acoperă prejudicii produse terţelor persoane prin accidente de vehicule şi tramvaie.*

(2) ***Asigurătorul RCA acordă despăgubiri pentru prejudiciile produse terţilor prin accidente de vehicule şi tramvaie şi pentru cheltuielile făcute de aceştia în procesul civil****, în conformitate cu:*

a) nivelul minim impus de legislaţia statului membru al Uniunii Europene, ale statelor părţi la Acordul privind Spaţiul Economic European pe teritoriul căruia s-a produs accidentul sau la nivelul prevăzut în legislaţia din România în cazul în care acesta din urmă este mai mare;

b) nivelul minim impus de legislaţia din România, în cazul în care persoanele prejudiciate sunt cetăţeni ai unor state membre ale Uniunii Europene, ale statelor părţi la Acordul privind Spaţiul Economic European, în timpul unei călătorii ce leagă direct două teritorii în care se aplică Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene, dacă nu există birou naţional auto competent pe teritoriul traversat în care s-a produs accidentul.

(3) Despăgubirile se acordă în cuantum egal cu întinderea prejudiciului până la limita maximă de răspundere a asigurătorului RCA care este egală cu valoarea cea mai mare dintre limita de răspundere prevăzută în legislaţia aplicabilă, potrivit prevederilor alin. (2), şi cea prevăzută în contractul RCA.
art. 12- ,,(1) Asigurătorul RCA are obligaţia de a despăgubi partea prejudiciată pentru prejudiciile dovedite suferite în urma accidentului produs prin intermediul vehiculului asigurat.

(2) Fără a se depăşi limitele de răspundere prevăzute în contractul RCA, potrivit art. 7 alin. (5) şi (6) şi în condiţiile în care evenimentul asigurat s-a produs în perioada de valabilitate a contractului RCA, asigurătorul RCA acordă despăgubiri în bani pentru:

a) vătămări corporale sau deces, inclusiv pentru prejudicii fără caracter patrimonial;

b) prejudicii materiale, inclusiv costuri de radiere şi înmatriculare, costuri cu taxe de timbru, cheltuieli cu limitarea prejudiciului, dovedite cu acte, cheltuieli aferente diminuării valorii vehiculului după reparaţii, dovedite cu acte sau expertiză;

c) prejudicii reprezentând consecinţa lipsei de folosinţă a vehiculului avariat, inclusiv înlocuirea temporară a vehiculului, pe baza opţiunii persoanei prejudiciate;

d) cheltuieli de judecată efectuate de către persoana prejudiciată sau cheltuieli aferente în cazul soluţionării alternative a litigiului dacă soluţia este favorabilă persoanei prejudiciate;

e) cheltuielile legate de transportul vehiculului avariat, aparţinând terţului păgubit, de la locul accidentului la locaţia în care se găseşte centrul de constatare daune, la unitatea reparatoare aleasă de păgubit în vederea reparării vehiculului, cel/cea mai apropiat/apropiată de locul producerii accidentului sau de domiciliul persoanei prejudiciate, după caz, dacă respectivul vehicul nu se mai poate deplasa prin mijloace proprii, iar asigurătorul nu asigură transportul.

(3) Indiferent de locul în care s-a produs accidentul de vehicul - pe drumuri publice, pe drumuri care nu sunt deschise circulaţiei publice, în incinte şi în orice alte locuri, atât în timpul deplasării, cât şi în timpul staţionării vehiculului asigurat, asigurătorul RCA acordă despăgubiri până la limita de răspundere prevăzută în contractul RCA pentru:

a) prejudiciul produs de dispozitivele sau instalaţiile cu care a fost echipat vehiculul, inclusiv pentru prejudiciul produs din cauza desprinderii accidentale a remorcii, semiremorcii ori a ataşului tractat de vehicul;

b) prejudiciul produs din culpa conducătorului vehiculului asigurat;

c) prejudiciul produs prin fapta lucrului, când prejudiciul îşi are cauza în însuşirile, acţiunea sau inacţiunea vehiculului, prin intermediul altui lucru antrenat de deplasarea vehiculului, prin scurgerea, risipirea ori căderea accidentală a substanţelor, materialelor sau a obiectelor transportate;

d) prejudiciile provocate terţilor, drept consecinţă a deschiderii uşilor vehiculului, în timpul mersului sau atunci când vehiculul este oprit ori staţionează, de către pasagerii acestuia, fără asigurarea că nu se pune în pericol siguranţa deplasării celorlalţi participanţi la trafic;

e) prejudiciile provocate terţelor persoane, în situaţia conducerii vehiculului sub influenţa băuturilor alcoolice sau a stupefiantelor.

(4) Prevederile alin. (3) lit. b) se aplică inclusiv în cazurile în care la data accidentului conducătorul vehiculului:

a) a condus vehiculul fără consimţământul expres sau prezumat al asiguratului;

b) nu este titularul unui permis care atestă dreptul să conducă vehiculul respectiv;

c) nu a respectat obligaţiile legale de ordin tehnic cu privire la starea şi siguranţa vehiculului respectiv.

(5) Membrii familiei asiguratului, conducătorului auto sau oricărei altei persoane a cărei răspundere civilă este angajată într-un accident de vehicule şi este acoperită de asigurarea obligatorie RCA nu sunt excluşi, datorită acestei legături de rudenie, de la beneficiul asigurării pentru propriile lor vătămări corporale".

Fiind un contract riguros reglementat în legislația românească, riscurile asigurate fiind cele expres enumerate de legiuitor, beneficiari fiind terții, și nu autoritatea contractantă, nu prezintă importanță dacă cel

ce prestează efectiv contractul, respectiv asigurătorul, este sau nu parte în prezentul contract. Dacă autoritatea ar fi urmărit încheierea unui contract de asigurări de bunuri proprii, respectiv clădiri, instalații, utilaje, persoana asigurătorului, respectiv cel ce preia riscul, constată și evaluează paguba, era necesar a fi parte a contractului, deoarece acesta este cel care prestează, efectiv, serviciul pentru autoritatea contractantă. În cazul asigurării RCA, la producerea cazului asigurat, respectiv prejudiciul produs terțului de către mașina sau șoferul autorității, în condițiile art. 12 din OUG nr. 54/2016, citat mai sus, despăgubirea se stabileşte pe baza convenţiei dintre asigurat, persoana păgubită şi asigurător, potrivit contractului de asigurare. Dacă nu se ajunge la un consens, atunci despăgubirile vor fi stabilite de către instanţa de judecată.

În împrejurarea în care părţile ajung în instanţă, terţul păgubit poate acţiona direct pe asigurător pentru a fi obligat la despăgubiri în limitele obligaţiilor ce-i revin în temeiul convenţiei de asigurare. Aşadar, legiuitorul reglementează o acţiune directă a păgubitului împotriva asigurătorului deşi, pe de o parte, persoana păgubită nu este parte contractantă şi nici cuprinsă în contractul de asigurare şi, pe de altă parte, asigurătorul nu este responsabil de producerea prejudiciului, persoana păgubită având acţiune împotriva asigurătorului, deşi nu are cu acesta nici raporturi contractuale, nici delictuale. **Deci, nu autoritatea este beneficiar al serviciilor respective**, ea încheind un contract de răspundere civilă față de terți, prin urmare, nu este necesar ca la un contract în care acoperirea riscurilor asigurate este strict reglementată, să se impună o cerință care să îi excludă pe brokeri, existența poliței fiind suficientă pentru autoritatea contractantă, modul în care asigurătorul, care nu este parte în contractul de achiziție publică, își îndeplinește obligațiile legale, fiind urmărit nu de autoritatea contractantă, ci de terțul beneficiar și organele specializate ale statului. Alta ar fi fost, însă, situația în care autoritatea ar fi încheiat un contract în beneficiul propriu, într-un domeniu care nu beneficiază de reglementări atât de stricte.

Normele de principiu în materia achizițiilor publice stabilesc că un contract de achiziție publică este executat de cel în favoarea căruia s-a atribuit, în urma unei proceduri de achiziții, beneficiar al serviciilor, lucrărilor și bunurilor fiind autoritatea contractantă. În cazul de față, singurul ,,bun'' de care beneficiază autoritatea este polița de asigurare, serviciul de asigurare propriu-zis, respectiv riscul preluat, fiind prestat în favoarea terților. Este lipsit de relevanță dacă se achiziționează servicii de asigurare sau servicii de brokeraj în asigurări, din moment ce răspunderea civilă față de terți oricum este transferată asigurătorului.

Prin urmare, Consiliul reține că, deși riscul (care, în fapt, reprezintă obiectul contractului) nu este preluat de broker, acesta are posibilitatea emiterii poliței de asigurare, suficientă pentru autoritate în cazul asigurării RCA. Cum cerințele de calificare se stabilesc în raport cu natura și complexitatea contractului, în conformitate cu dispozițiile art. 37 alin. (1) din HG nr. 394/2016, Consiliul reține că, **pentru servicii asigurare obligatorie RCA nu se justifică excluderea brokerului**, astfel că se impune completarea cerinței de calificare prin completarea pct. 2 din

Secţiunea lll.1.1.b) „Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale", prin introducerea precizării, în conformitate cu solicitarea contestatoarei: *"sau dovada autorizării emise de Autoritatea de Supraveghere Financiară (ASF), din care să reiasă că are calitatea de broker de asigurare autorizat să efectueze tipul de asigurare solicitat, în conformitate cu prevederile Legii nr. 32/2000, valabilă la momentul prezentării, precum şi dovada că are dreptul să emită documentele de asigurare în numele asigurătorului"*.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ...” SA și va dispune completarea cerinței „Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale", conform solicitărilor contestatoarei, astfel cum rezultă din motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... SA și dispune completarea cerinței „Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale", conform solicitărilor contestatoarei, astfel cum rezultă din motivare, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

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

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 15 (cincisprezece) pagini.