

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

DECIZIE

Nr. 1943 / C9 / 2062

Data: 15.09.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41470/22.08.2022, depusă de (...), cu sediul profesional în (...), în calitate de avocat coordonator, privind procedura proprie, organizată de (...), cu sediul în (...), în calitate de entitate contractantă, pentru atribuirea contractului având ca obiect *Servicii juridice de consultanță și/sau reprezentare juridică externă a (...)SA în activitatea de furnizare gaze naturale*, cod CPV 79110000-8, contestatoarea a solicitat:

În principal, anularea procedurii și a întregii documentații de atribuire aferente acesteia, precum și anularea tuturor actelor subsecvente efectuate în cadrul achiziției, având în vedere nulitatea sa absolută față de aplicarea greșită a exceptării prevăzute de art. 37 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii cu aplicabilitatea integrală a Legii nr. 99/2016 și respectarea următoarelor principii:

(i) aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” în loc de criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”;

(ii) permiterea participanților la procedură de a oferta onorarii avocațiale per jurisdicție în loc de obligarea acestora la ofertarea unui onorariu unic pentru toate jurisdicțiile;

(iii) neinclusiunea în onorariul avocațial a cheltuielilor aferente îndeplinirii mandatului de către avocat și suportarea separată a acestora de către autoritatea contractantă;

(iv) eliminarea mandatelor privind asistență juridică și reprezentare privind litigii eventuale, necunoscute la data prezentei de către autoritate

În subsidiar, dispunerea următoarelor măsuri:

- obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere constând în modificarea/eliminarea unor specificații tehnice din caietul de sarcini conform celor arătate la pct. 1 de mai sus și criticate în cuprinsul contestației, în sensul:

(i) aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” în loc de criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”;

(ii) permiterii participanților la procedură de a oferta onorarii avocațiale per jurisdicție în loc de obligarea acestora la ofertarea unui onorariu unic pentru toate jurisdicțiile;

(iii) neincluserii în onorariul avocațial a cheltuielilor aferente îndeplinirii mandatului de către avocat și suportarea separată a acestora de către autoritatea contractantă;

(iv) eliminării mandatelor privind asistența juridică și reprezentare privind litigii eventuale, necunoscute la data prezentei de către autoritate;

- obligarea autorității contractante la stabilirea unui nou termen limită pentru depunerea ofertelor;

- suspendarea procedurii de atribuire până la data soluționării contestației, în baza art. 22 din Legea nr. 101/2016.

Cererea de suspendare a fost respinsă, ca nefondată, prin Încheierea nr. 2180/C9/2062 din 24.08.2022.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul (...) critică documentația de atribuire aferentă procedurii proprii, organizate de (...), pentru atribuirea contractului având ca obiect *Servicii juridice de consultanță și/sau reprezentare juridică externă a (...)sa în activitatea de furnizare gaze naturale*, cod CPV 79110000-8, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că, în data de 12.08.2022, în urma studierii anunțului publicat pe site-ul entității contractante, a înțeles să formuleze cerere de prelungire a termenului de depunere al ofertelor, ținând cont că în cauză se impunea contactarea a unor case de avocatură din alte 5 state (Anglia, Grecia, Bulgaria, Croația și Turcia) pentru formarea unui eventual consorțiu și, totodată, din cele 7 zile puse la dispoziție de autoritate pentru depunerea de oferte, 2 erau zile nelucrătoare și 1 era stabilită prin lege ca fiind sărbătoare legală.

În urma analizării documentației de atribuire, la analiza cerințelor minime de calificare respectiv a capacității tehnice și a capacității profesionale a ofertantului, precum și a criteriilor de atribuire, s-au constatat următoarele:

(a) Potrivit caietului de sarcini: „Achiziționarea serviciilor juridice este exclusă de la aplicarea Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale potrivit dispozițiilor art. 37 al. 1) lit. d) și al. 3) însă vor fi respectate principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale (...)”.

Din consultarea obiectului mandatului avocațial pe care entitatea contractantă dorește să îl contacteze, a rezultat faptul că cea mai mare

parte a activităților îl reprezintă consultanța juridică specifică și un singur caz ipotetic de reprezentare în caz de litigii (de drept comun și/sau arbitraje), fără caracter actual sau iminent.

Un astfel de mandat nu se încadrează în excepția invocată de către entitate de la aplicarea Legii nr. 99/2016, acest act normativ fiind astfel aplicabil procedurii de față.

(b) La punctul VIII din anunțul de participare, a indicat drept criteriu de atribuire: „Prețul cel mai scăzut aferent tarifului mediu orar ofertat pe fiecare legislație în parte (tarif mediu orar). Prețul ofertei va fi exprimat în lei și va include toate cheltuielile aferente serviciilor prestate”.

Ca urmare a celor constatate la pct. (a) și raportat la nivelul de complexitate al mandatului (achiziția de gaze de pe piața externă din surse diversificate), precum și importanța pentru societate, în cauză era incident art. 209 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 99/2016 care obliga (...)la aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate –preț”.

(c) Autoritatea impune un onorariu unic pentru toate jurisdicțiile, nefiind permisă o ofertă diferențiată per jurisdicție: „Prețul cel mai scăzut aferent tarifului mediu orar ofertat pe fiecare legislație în parte (tarif mediu orar). Prețul ofertei va fi exprimat în lei și va include toate cheltuielile aferente serviciilor prestate”.

Cu privire la acest punct, precizează că poate participa la prezenta achiziție, doar într-un consorțiu împreună cu case de avocatură străine care să ofere serviciile juridice pe legea engleză, bulgară, greacă, croată și turcă. Ca atare, în structura ofertei consorțiului către entitatea contractantă fiecare casă de avocatură membră a consorțiului are onorarii proprii corespunzătoare pieței pe care activează și serviciilor solicitate acesteia.

Or, prin cerința unui onorariu unic, entitatea contractantă obligă membrii consorțiului din jurisdicții diferite la ofertarea aceluiași onorariu, chiar dacă aceștia activează pe piețe diferite (piața serviciilor juridice specifice legii engleze, piața serviciilor juridice specifice legii bulgare, piața serviciilor juridice specifice legii române, piața serviciilor juridice specifice legii grecești, piața serviciilor juridice specifice legii croate și piața serviciilor juridice specifice legii turce) și au fiecare echipe și structuri de costuri diferite.

Precizează că o astfel de abordare afectează concurența, de vreme ce obligă/impune unor participanți cu structuri de costuri diferite să oferteze un tarif necorelat cu acestea, favorizând participanții care au birouri în jurisdicții multiple (de exemplu, România și Anglia) de vreme ce aceștia pot gestiona intern participarea într-un astfel de proiect, spre deosebire de participanții independenți care acționează în consorțiu, lipsește de transparentă onorariile de vreme ce este limpede că structurile diferite de costuri nu pot fi ignorate, iar membrii participanți vor fi nevoiți la încheierea de aranjamente oculte pentru redistribuirea

onorariilor, ofertarea onorariul unic fiind doar simulată, iar (...)ajunge să achite un onorariu care nu este corelat cu piața, contrar regulilor unei bune gestiuni financiare și principiilor de desfășurare a achizițiilor publice.

(d) Entitatea impune includerea în onorariul oferat a tuturor cheltuielilor aferente serviciilor avocațiale prestate.

O astfel abordare încalcă prevederile Legii avocaturii nr. 51/1995 care diferențiază între onorariu și cheltuielile pentru efectuarea mandatului (care sunt în sarcina clientului).

(e) Entitatea a inclus între serviciile juridice și reprezentare juridică pentru litigii eventuale. Din parcurgerea caietului de sarcini se constată însă că aceste litigii nu există la data prezentei, nu sunt iminente și nici individualizate în vreun fel.

Contestatoarea precizează că, la data de 12.08.2022, a formulat o solicitare de clarificare către entitatea contractantă, referitoare la modalitatea de decontare a cheltuielilor.

Ulterior, în data de 15.08.2022, a formulat o altă solicitare de clarificare, precum și dispunerea de măsuri de remediere a criteriului de stabilire a ofertei câștigătoare prin raportare la criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut aferent tarifului mediu orar, oferat pe fiecare legislație în parte”.

În lipsa oricărui răspuns din partea autorității contractante, a transmis în data de 17.08.2022 o nouă solicitare de clarificare, prin care a reiterat criticile sale.

Entitatea contractantă a răspuns la data de 18.08.2022, fără însă a reveni asupra deficiențelor constatate și care în opinia sa atrag nulitatea procedurii.

Contestatoarea susține că procedură nu este exceptată de la dispozițiile Legii nr. 99/2016. Invocând în susținere cazurile în care legiuitorul a apreciat că se poate face o excepție de la Legii nr. 99/2016, respectiv art. 37 alin. (3) lit. a), lit. b) și lit. c) din Legea nr. 99/2016.

Altfel spus, serviciile de asistență și consultanță juridică în aceste cazuri sunt accesorii și servesc unei dispute, iar nu de sine stătătoare.

Orice alte servicii avocațiale decât cele de la (a), adică servicii juridice reprezentând consultanță pentru tranzacții, nu sunt exceptate de la aplicarea actului normativ și a principiilor exprimate de acesta.

Prin urmare, redând conținutul caietului de sarcini, susține că, în cazul de față, asistența și consultanța juridică ce constituie obiect al achiziției au caracter principal, independent și de sine stătător față de activitățile de reprezentare juridică în instanță, iar caietul de sarcini nu furnizează vreo justificare pentru gruparea acestor servicii cu servicii juridice de genul celor exceptate de la aplicarea Legii nr. 99/2016.

În fapt, în cazul de față, entitatea contractantă nu poate justifica necesitatea achiziționării serviciilor de reprezentare juridică arbitraj/litigii în general, doar pentru orice eventualitate.

Serviciile juridice pretins exceptate de la aplicarea Legii nr. 99/2016 au doar caracter eventual, motiv pentru care ele nu trec testul excepției prevăzute de art. 37 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, care impune un caracter concret al acestora.

Pentru motivele de mai sus dispozițiile Legii nr. 99/2016 sunt aplicabile procedurii în cauză.

Pe cale de consecință, consideră că entitatea contractantă trebuia să facă aplicarea prevederilor art. 209 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 99/2016, incident în procedură fiind criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, iar nu criteriul „prețul cel mai scăzut”.

Utilizarea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut” nu se justifică financiar, raportat la activitatea financiară a entității contractate care prezintă un profit net consolidat în prima jumătate a anului 2020 de 1,73 miliarde de lei, în creștere cu 126%.

Pentru motivele de mai sus, consideră că sunt îndeplinite condițiile pentru aplicarea obligatorie a criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” prevăzut de Legea nr. 99/2016, iar ponderea alocată factorului preț nu poate fi mai mare de 40%.

Cu privire la cerința privind obligativitatea onorariului unic, indiferent de jurisdicție, consideră că este nelegală și încalcă cel puțin dispozițiile art. 4 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996.

Referitor la cerința ce privește includerea cheltuielilor aferente serviciilor prestate în onorariile avocațiale, susține că aceste cheltuieli nu reprezintă onorariu avocațial. Onorariul se datorează pentru serviciile intelectuale prestate. Cheltuielile aferente serviciilor prestate sunt cheltuieli accesorii, ocazionate de îndeplinirea mandatului, achitate terților (transportator, executor etc), cum ar fi cheltuieli de cazare și transport, onorarii executori etc. Fiind efectuate în interesul clientului, regula este că aceste cheltuieli se suportă de către client, nu de către avocat.

Referitor la includerea în procedură a unor servicii juridice pentru litigii eventuale, contestatoarea precizează că, din parcurgerea caietului de sarcini, se constată însă că aceste litigii nu există la data formulării contestației, nu sunt iminente și nici individualizate în vreun fel.

Dincolo de faptul că această generalitate, reprezentare juridică în situația unor eventuale neînțelegeri, face imposibilă evaluarea efortului avocațial aferent ofertei, ofertarea serviciilor respective de către entitatea contractantă nu este necesară și justificată în cauză altfel decât pentru invocarea artificială a prevederilor art. 37 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

Prin adresa nr. 1196/25.08.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 42258/25.08.2022, (...) SPARL solicită restricționarea accesului contestatoarei la documentele aferente ofertei sale, depuse în cadrul procedurii, întrucât acestea sunt confidențiale.

Prin adresa nr. 31597/26.08.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 42719/26.08.2022, entitatea contractantă transmite dosarul achiziției și punctul de vedere cu privire la dosarul achiziției, prin care solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată și lipsită de obiect, aducând în susținere argumentele expuse în continuare.

Precizează că (...)SA se încadrează în prevederile art. 4 din Legea nr. 99/2016 ce are obligația aplicării prevederilor legii pentru realizarea achizițiilor de produse/servicii/lucrări destinate desfășurării activității sale relevante, excepțiile de la aplicarea prezentei legi fiind reglementate expres în Capitolul II „Excepții” din legea antemenționată.

Invocând art. 37 alin. (1) lit. d) și alin. (3), art. 82 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 și art. 3 alin. (1) din legea 101/2016, consideră că procedura privind contractul de „Servicii juridice de consultanță, de asistență și/sau reprezentare juridică externă a (...)S.A. în activitatea de furnizare gaze naturale” se atribuie cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale și conform procedurii interne de lucru cu nr. 25541/12.07.2022.

În ceea ce privește solicitarea privind anularea procedurii și a documentației aferente acesteia, pentru aplicarea greșită a excepției prevăzute la art. 37 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, și solicitarea privind eliminarea mandatelor pentru asistență juridică și reprezentare privind litigii eventuale, în temeiul art. 37 alin. (3), lit. c), sunt exceptate serviciile de asistență și consultanță juridică acordată de un avocat, anticipat sau în vederea pregătirii oricăreia dintre procedurile prevăzute la lit. a) și b) sau în cazul în care există indicii concrete și o probabilitate ridicată ca speță în legătură cu care sunt acordate asistență și consultanță juridică să facă obiectul unor astfel de proceduri.

Chiar dacă aparent, conform Legii nr. 99/2016, achiziția serviciilor juridice privind doar mandatul de reprezentare termenele sunt foarte scurte, atrage atenția asupra faptului că este obligată la îndeplinirea măsurilor corporative anterior demarării procedurii de achiziție, prin urmare cel mai scurt termen pentru îndeplinirea acestei proceduri ar fi de aproximativ 60 de zile. În acest moment o amânare/tergiversare de 60 de zile poate produce blocaje cu impact asupra întregului sistem energetic național.

Potrivit OUG nr. 26/2012 privind unele măsuri de reducere a cheltuielilor publice și întărirea disciplinei financiare și de modificare și completare a unor acte normative (...)este obligată la obținerea aprobării Adunării Generale a Acționarilor pentru aprobarea acestor servicii. Astfel, având în vedere că procesul de convocare al Adunării Generale Acționarilor, în temeiul Legii societăților nr. 31/1990 și ale actului constitutiv, se realizează în termen de 30 de zile după ședința Consiliului de Administrație, iar întrunirea se realizează în termen de până la 60 de zile de la data primirii cererii; convocarea Consiliului de Administrație se realizează în termen de 5 zile de la stabilirea necesității privind

convocarea, iar la nivelul conducerii societății mai sunt necesare și alte termene de aprobare pentru documentele privind achiziția, prin urmare, întregul proces privind achiziția de servicii juridice urgente se poate extinde pe perioade destul de lungi.

Referitor la criteriul de atribuire, precizează că a solicitat prin caietul de sarcini anumite condiții de calificare, astfel încât doar ofertanții care se califică din acest punct de vedere să poată participa la procedură. În urma selecției în temeiul criteriilor de calificare, consideră că atribuirea se poate face în temeiul criteriului celui mai mic preț ofertat.

Cu privire la onorariul avocațional, precizează că nu a impus un tarif, ci a solicita ca în oferta ce se va transmite, în cadrul prețului ofertat să se regăsească toate elementele (onorariu și alte cheltuieli aferente serviciilor), modul de calcul și cum se va compune acest tarif nu are relevanță. Pe lângă asigurarea transparenței și trasabilității tarifului, această solicitare are menirea de a facilita modul de urmărire și aprobare a facturilor ce vor urma la plată, neafectând sub nici o formă tariful pe care contestatoarea va dori să îl oferteze.

Aceeași argumentare stă și la baza solicitării privind onorariul unic și nu diferențiat pe jurisdicții. Nu a limitat tariful și nici nu consideră că obligă ofertanții la „practici oculte” pentru negocierea unui tarif unic (mai ales că niciunul dintre ceilalți ofertanți nu au considerat astfel). Tariful unic nu este imposibil de negociat din punct de vedere legal și transparent, entitatea susținând că încearcă să își asigure toate măsurile de facilitare a urmăririi contractului.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 43951/05.09.2022, (...)solicită interzicerea accesului contestatoarei la documentele aferente ofertei sale, depuse în cadrul procedurii, întrucât acestea sunt confidențiale.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 43043/30.08.2022, contestatoarea transmite concluzii scrise prin care solicită înlăturarea apărărilor invocate prin punctul de vedere al entității contractante, ca neîntemeiate și admiterea contestației formulată.

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

În vederea atribuirii contractului având ca obiect *Servicii juridice de consultanță și/sau reprezentare juridică externă a (...)sa în activitatea de furnizare gaze naturale, cod CPV 79110000-8, (...)*, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura proprie, prin publicarea pe site-ul propriu a anunțului de participare nr. 29999/ 11.08.2022.

Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului este de 1.411.356,00 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este ”prețul cel mai scăzut” aferent tarifului mediu ofertat pe fiecare legislație în parte (tarif mediu orar), iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 25.08.2022, ora 12:00.

Nemulțumită fiind de procedura aleasă și de documentația de atribuire (...) a depus contestația în analiză, solicitând cele redactate în partea introductivă.

Contestatoarea a constituit cautiunea în sumă de 28.228,00 lei, conform 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 208340587/1 eliberată de CEC BANK, Sucursala Victoria, la data de 23.08.2022.

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că, în principal, s-a solicitat anulare procedurii și a întregii documentații de atribuire aferente acesteia, precum și anularea tuturor actelor subsecvente efectuate în cadrul achiziției, având în vedere nulitatea absolută față de aplicarea greșită a exceptării art. 37 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii cu aplicabilitatea integrală a Legii nr. 99/2016.

Analizând caietul de sarcini, Consiliul constată că procedura aleasă de entitatea contractantă este procedură proprie, excepție de la Legea nr. 99/2016.

De asemenea, s-au prevăzut, în caietul de sarcini, următoarele:

Unitatea beneficiara în cadrul societății urmează a fi Direcția Comercializare Gaze, care va derula contractul de servicii juridice de consultanță, asistență și/sau reprezentare juridică externă a S.N.G.N. (...) S.A. în activitatea de furnizare gaze naturale, potrivit necesităților specifice ale acestei unități.

Alocarea bugetară a fondurilor se regăsește la capitolul (indicatorul) 48 Cheltuieli privind consultanța juridică (reprezentate exclusiv de contractele de consultanță, asistența și reprezentare juridică încheiate ca urmare a aprobării prin Hotărârea Adunării Generale a Acționarilor, conform legii și nu cuprind contractele de consultanță economică sau de afaceri care trebuie să urmeze procedurile de achiziție sectoriale) - 3204.91 mii lei pentru anul 2022.

Temei legal

OUG nr. 26 din 6 iunie 2012 privind unele măsuri de reducere a cheltuielilor publice și întărirea disciplinei financiare și de modificare și completare a unor acte normative: Art. I

(1) Autoritățile și instituțiile publice ale administrației publice centrale și locale, indiferent de modul de finanțare și subordonare, societățile naționale, companiile naționale și societățile comerciale cu capital integral sau majoritar de stat, precum și regiile autonome care au în structura organizatorică personal propriu de specialitate juridică nu pot achiziționa servicii juridice de consultanță, de asistență și/sau de reprezentare.

(2) În situații temeinic justificate, în care activitățile juridice de consultanță, de asistență și/sau de reprezentare, necesare autorităților și instituțiilor publice prevăzute la alin. (1), nu se pot asigura de către personalul de specialitate juridică angajat în aceste entități, pot fi achiziționate servicii de această natură, în condițiile legii, numai cu aprobarea: a) ordonatorilor principali de credite pentru autoritățile și instituțiile publice ale administrației publice centrale; (3) În situații temeinic justificate, în care activitățile juridice de consultanță, de asistență și/sau de reprezentare, necesare societăților naționale, companiilor naționale și societăților comerciale, precum și regiilor autonome prevăzute la alin. (1), nu se pot asigura de către personalul de specialitate juridică angajat în aceste entități, pot fi achiziționate servicii de această natură, în condițiile legii, numai cu aprobarea și mandatarea reprezentanților statului sau unităților administrativ-teritoriale în organele de conducere ale acestora: a) de către ordonatorul principal de credite coordonator, în cazul celor la care statul este acționar integral sau majoritar;"

Achiziționarea serviciilor juridice este exclusă de la aplicarea Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale potrivit dispozițiilor art. 37 al. 1) lit. d) și al. 3), însă vor fi respectate principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale, respectiv:

- a) nediscriminarea;
- b) tratamentul egal;

- c) recunoașterea reciprocă;
- d) transparența;
- e) proporționalitatea;
- f) asumarea răspunderii

Achiziția Serviciilor juridice de consultanță, de asistență și/sau de reprezentare externă a S.N.G.N. (...)S.A. în activitatea de furnizare gaze naturale a fost aprobată prin art. 18 din Hotărârea AGO A nr. 3/28.04.2022.

Scopul încheierii contractului:

Asigurarea consultanței, asistenței și/sau reprezentării juridice externe, în vederea asigurării cadrului contractual necesar achiziției de gaze naturale din surse diversificate, inclusiv gaze naturale lichefiate, a vânzării / furnizării acestora pe piața din România și din regiune, precum și a condițiilor legale și de reglementare necesare regazeificării / transportului gazelor, după caz, înspre piețele țintă.

Stadiul Actual

Ținând cont de situația geo-politică actuală și de necesitatea identificării unor soluții pentru diversificarea resurselor în scopul asigurării aprovizionării piețelor de gaze naturale din România și din regiune, în contextul evoluțiilor actuale de pe piața energetică din regiune (...) își propune să achiziționeze gaze naturale din surse diversificate, inclusiv din surse de GNL (cu puncte de livrare în România sau în afara României).

În acest scop, la nivelul companiei s-a inițiat un proces de explorare a alternativelor previzionându-se interferența unor legislații străine, atât din spațiul UE cât și din afara acestuia, care nu pot fi gestionate și acoperite prin aparatul juridic propriu.

Activitatea de achiziționare a gazelor în modul descris anterior și după caz vânzarea unor cantități de gaze naturale, se vor realiza în baza unor contracte care vor fi guvernate de legislații străine precum legislații aferente spațiului UE (legislație croată, legislație grecească, legislație bulgară, etc.) sau legislații specifice din afara UE.

Astfel, se naște necesitatea achiziționării de servicii specializate în interpretarea și aplicarea normelor de drept internațional privat și a standardelor internaționale, precum și de servicii specializate în legislații specifice diverselor state, pentru ca interesele societății să fie protejate și totodată promovate cu cel mai înalt grad de profesionalism

Obiectul Contractului:

Acordarea de servicii juridice de consultanță, asistență și/sau reprezentare juridică a S.N.G.N. (...)S.A. în activitatea de furnizare gaze naturale.

Obligațiile prestatorului:

Prestatorul va acorda servicii de consultanță și asistență juridică pentru realizarea formalităților necesare și utile:

- a) încheierii unor acorduri cadru de furnizare gaze naturale (Mașter Supply Agreements) sub umbrela cărora se vor încheia contracte subsecvente pentru stabilirea aspectelor concrete ale tranzacțiilor (cantități, preț, perioade de livrare, etc.);
- b) încheierii unor contracte de vânzare-cumpărare gaze naturale
- c) încheierii unor contracte de rezervare capacitate la terminale GNL, inclusiv acorduri cadru de utilizare a serviciilor puse la dispoziție de operatorii terminalelor GNL, respectiv: descărcare transport cargo, depozitare temporară, regazeificare;
- d) încheierii unor contracte de rezervare capacitate și de transport, în alte sisteme de transport decât SNT din România (inclusiv puncte de interconectare)
- e) dobândirii de către (...)a calității de utilizator de rețea prin certificarea de către autoritățile de reglementare în domeniul energiei din statele în care se solicită această calitate.
- f) încheierii unor contracte pentru acces la platformele de tranzacționare a capacităților de transport transfrontalier;
- g) în cazul în care va fi necesară extinderea activităților (...)pe teritoriul Turciei, asigurarea asistenței necesare înregistrării unui punct de lucru/sucursală/filială în această țară și obținerii licențelor/autorizațiilor necesare derulării activității pe teritoriul Turciei.
- h) încheierii unor acorduri de confidențialitate

Serviciile de consultanță și asistență juridică externă vor consta în:

- > interpretarea legislației specifice care guvernează documentele juridice enumerate mai sus;

- > interpretarea legislației specifice din țările autorităților și companiilor străine cu care (...)va demara negocieri și conformarea la această legislație; (Grecia, Croația, Bulgaria, Turcia).
- > negocierea și încheierea documentelor juridice descrise mai sus;
- > asigurarea traducerii engleză-română și/sau română-engleză a documentelor sau textelor juridice, după caz.
- > reprezentare juridică în fața organelor judecătorești competente, în situația unui/unor eventuale neînțelegeri cu părțile implicate, ulterior epuizării căilor amiabile de soluționare a disputelor.

Așadar, în soluționarea cauzei, prezintă relevanță dispozițiile art. 37 alin. (1) lit. d) și alin. (3) din Legea nr. 99/2016, care stabilesc următoarele:

- art. 37 alin. (1) Prezenta lege nu este aplicabilă pentru atribuirea contractelor sectoriale de servicii care au ca obiect:

d) oricare dintre serviciile juridice prevăzute la alin. (3);

(3) Serviciile juridice care fac obiectul alin. (1) lit. d) sunt următoarele:

a) asistența și reprezentarea unui client de către un avocat în sensul prevederilor Legii nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată, cu modificările ulterioare, în cadrul unei proceduri de arbitraj sau de mediere ori al altei forme de soluționare alternativă a disputelor desfășurate în fața unei instanțe sau altui organism național de arbitraj sau de mediere ori de soluționare alternativă a disputelor în altă formă din România ori din alt stat sau în fața unei instanțe internaționale de arbitraj sau de mediere ori de soluționare alternativă a disputelor în altă formă;

b) asistența și reprezentarea unui client de către un avocat în sensul prevederilor Legii nr. 51/1995, republicată, cu modificările ulterioare, în cadrul unor proceduri judiciare în fața instanțelor de judecată sau a autorităților publice naționale din România ori din alt stat sau în fața instanțelor de judecată ori a instituțiilor internaționale;

c) asistență și consultanță juridică acordată de un avocat, anticipat sau în vederea pregătirii oricăreia dintre procedurile prevăzute la lit. a) și b) sau în cazul în care există indicii concrete și o probabilitate ridicată ca speța în legătură cu care sunt acordate asistența și consultanța juridică să facă obiectul unor astfel de proceduri;

Vizavi de aplicarea acestor dispoziții legale, contestatoarea a transmis entității contractante

Prezentăm mai jos, pentru evaluare, argumentele noastre în sensul aplicării art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 în cadrul prezentei proceduri și pe cale de consecință a necesității aplicării criteriului de atribuire "cel mai bun raport calitate - pret" în aceasta procedura.

1. Potrivit art. 37 alin. 3) lit. a) din Legea nr. 99/2006, sunt exceptate de la aplicarea legii exclusiv serviciile de asistență juridică și reprezentare acordate autorității contractante în legătură cu o procedură concretă de arbitraj / mediere / soluționare alternativă a disputelor.

2. Potrivit art. 37 alin. 3) lit. b) din Legea nr. 99/2006, sunt exceptate de la aplicarea legii exclusiv serviciile de asistență juridică și reprezentare acordate autorității contractante în legătură cu o procedură judiciară concretă în fața instanțelor de judecată.

3. Potrivit art. 37 alin. 3) lit. c) din Legea nr. 99/2006, sunt exceptate exclusiv serviciile de asistență și consultanță juridică acordată de un avocat, anticipat sau în vederea pregătirii oricăreia dintre procedurile

prevăzute la pct. 1 și 2 de mai sus sau în cazul în care există indicii concrete și o probabilitate ridicată ca speța să facă obiectul unor astfel de proceduri (litigiu/arbitraj). În aceste cazuri, serviciile de asistență și consultanță juridică sunt accesorii și servesc unei dispute, iar nu independente sau de sine statatoare.

4. În concluzie:

(a) cu excepția de la (b) de mai jos, potrivit art. 37 din Legea nr. 99/2016, orice servicii de asistență și consultanță juridică nu sunt exceptate de la aplicarea legii;

(b) serviciile de asistență și consultanță juridică sunt exceptate de la aplicarea legii doar dacă sunt accesorii și servesc unor dispute cu privire la care există indicii concrete și o probabilitate ridicată ca speța să facă obiectul unei astfel de proceduri; astfel, serviciile independente de o anumită dispută nu se califică pe o astfel de excepție;

(c) serviciile de asistență juridică și reprezentare acordate autorității contractante nu sunt exceptate, dacă au doar caracter eventual, fără să existe indicii concrete și o probabilitate ridicată ca speța să facă obiectul unor astfel de proceduri;

(d) chiar dacă se admite că o parte din serviciile obiect al procedurii sunt exceptate, aceasta împrejurare nu poate atrage exceptarea și a altor categorii de servicii juridice doar pentru faptul că sunt cuprinse în același înscris cu cele exceptate. Din contra, în măsura în care o autoritate contractantă apreciază necesară unirea mai multor mandate într-o singură procedură aceasta ar trebui să aplice Legea nr. 99/2016 de vreme ce excepțiile sunt de strictă interpretare.

5. Raportat la cele de mai sus, documentația procedurii cuprinde următoarele prevederi:

(a) mandatele prestatorului prevăzute în Secțiunea "Obligațiile prestatorului", sunt: "interpretarea legislației specifice care guvernează documentele juridice enumerate mai sus, interpretarea legislației specific din țările autorităților și companiilor străine cu care (...) va demara negocieri și conformarea la această legislație (Grecia, Croația, Bulgaria, Turcia), negocierea și încheierea documentelor juridice descrise mai sus, asigurarea traducerii engleza română și/sau română-engleza a documentelor sau textelor juridice, după caz", ce reprezintă activități de asistență și consultanță juridică ce nu pot fi încadrate în excepțiile de la aplicarea Legii nr. 99/2016 după cum aratăm mai sus.

(b) ultima indicație de mandat pentru prestator din Secțiunea "Obligațiile prestatorului" din Caietul de Sarcini menționează: "reprezentarea juridică în fața organelor judecătorești competente, în situația unui/unor eventuale neînțelegeri cu părțile implicate, ulterior epuizării căilor amiabile de soluționare a disputelor". Ca atare, potrivit Caietului de sarcini nu există la data procedurii vreo dispută concretă între părți sau indicii concrete și o probabilitate ridicată ca speța să facă obiectul unor astfel de proceduri, acestea fiind doar eventuale.

6. Totodată, prevederile de la pct. 5 (a) și (b) de mai sus relevă împrejurarea că asistență și consultanță juridică obiect al achiziției au caracter principal, independent și de sine stătător față de activitățile de reprezentare juridică în instanță. Ca test elocvent, autoritatea contractantă ar fi putut oferi exclusiv servicii de asistență și consultanță juridică la acest moment, urmând

ca cele de reprezentare în fața unei instanțe de judecată/arbitrală să fie contractate la momentul la care există concret o dispută sau un litigiu, fără ca interesele sale să fie în vreun fel afectate.

7. Pentru motivele de la pct. 1 - 6 de mai sus, art. 209 alin (8) din Legea nr. 99/2016 este aplicabil Romgaz, procedura nefiind exceptată de la aplicarea Legii nr. 99/2016.

8. Pentru motivele ce urmează, art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 este aplicabil procedurii de fața:

(a) art. 209 alin. (8) are aplicabilitate generală și este incident și în cazul procedurilor proprii ale autorităților contractante;

(b) serviciile juridice solicitate de către (...) reprezintă servicii intelectuale:

(iii) serviciile juridice solicitate de către (...) presupun activități cu nivel de complexitate ridicat. Complexitatea se poate constata din parcurgerea Caietului de sarcini din care rezultă multitudinea de jurisdicții ce se impune a fi acoperită în cadrul proiectului (Grecia, Croația, Bulgaria, Turcia, Marea Britanie, România), precum și din cerințele de experiență necesare (i.e. experiența pentru membrii echipei ofertantului între 7 și 15 ani, participarea directă la cel puțin o tranzacție având ca obiect vânzarea/achiziția transfrontalieră de gaze naturale, implicarea în contracte transfrontaliere cu valori minime de USD 3.000.000, reprezentarea în litigii rezultate din încheierea/derularea unor contracte transfrontaliere având ca obiect pretenții de cel puțin USD 3.000.000).

De altfel, complexitatea proiectului reținută în Caietul de Sarcini reprezintă și fundamentarea derogării de la aplicarea OUG nr. 26/2012 în cazul de fața, în caz contrar, autoritatea neavând dreptul externalizării mandatului.

9. În concluzie, criteriul de atribuire "cel mai bun raport calitate-preț" este singurul criteriu adecvat în cadrul procedurii de fața, iar ponderea alocată factorului preț nu poate fi mai mare de 40%.

10. Precizăm că prin Legea nr. 208/2022 (în vigoare din 13 septembrie 2022) a fost modificat articolul 111, alineatul (6) din Legea nr. 98/2016 prevăzându-se explicit necesitatea atribuirii serviciilor juridice după criteriul "cel mai bun raport calitate preț". Acest fapt demonstrează că legiuitorul apreciază alte criterii decât "cel mai bun raport calitate preț" ca nefiind adecvate în aceste cazuri și susține totodată interpretarea propusă mai sus.

Totodată, există autorități contractate care aplică acest criteriu procedurilor lor de selecție.

Analizând cele de mai sus, Consiliul constată că sunt întemeiate criticile contestatoarei, în sensul că excepția invocată de entitatea contractantă nu era aplicabilă în speță.

Astfel cum a explicat în mod detaliat autoarea contestației, sunt exceptate de la aplicarea Legii nr. 99/2016 exclusiv serviciile care privesc **asistența și reprezentarea unui client de către un avocat în sensul prevederilor Legii nr. 51/1995** pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată, cu modificările ulterioare, **în cadrul unei proceduri de arbitraj sau de mediere ori al altei forme de soluționare alternativă a disputelor desfășurate în fața unei instanțe sau altui organism național de arbitraj sau de mediere ori de soluționare alternativă a disputelor** în altă formă din România

ori din alt stat sau în fața unei instanțe internaționale de arbitraj sau de mediere ori de soluționare alternativă a disputelor în altă formă; asistența și reprezentarea unui client de către un avocat în sensul prevederilor Legii nr. 51/1995, republicată, cu modificările ulterioare, **în cadrul unor proceduri judiciare în fața instanțelor de judecată sau a autorităților publice naționale** din România ori din alt stat sau în fața instanțelor de judecată ori a instituțiilor internaționale; c) **asistență și consultanță juridică acordată de un avocat, anticipat sau în vederea pregătirii oricăreia dintre procedurile prevăzute la lit. a) și b)** sau în cazul în care există indicii concrete și o probabilitate ridicată ca speța în legătură cu care sunt acordate asistența și consultanța juridică să facă obiectul unor astfel de proceduri.

Entitatea contractantă, în punctul său de vedere, a invocat dispozițiile art. 37 alin. (3) lit. c) din lege, care însă se observă că fac referire la serviciile de asistență și consultanță juridică acordată de un avocat anticipat sau în vederea pregătirii oricăreia dintre procedurile prevăzute la lit. a) și b) ale articolului, astfel cum s-a citat mai sus.

De altfel, chiar în caietul de sarcini, s-a precizat expres că reprezentare juridică în fața organelor judecătorești competente va interveni în situația unui/**unor eventuale neînțelegeri** cu părțile implicate, ulterior epuizării căilor amiabile de soluționare a disputelor, așadar, litigiile nu sunt certe.

Serviciile de interpretare a legislației specifice care guvernează documentele juridice enumerate mai sus; interpretarea legislației specifice din țările autorităților și companiilor străine cu care (...)va demara negocieri și conformarea la această legislație; (Grecia, Croația, Bulgaria, Turcia) prevăzute în caietul de sarcini nu sunt servicii exceptate, la care face referire articolul în discuție.

Totodată, asistența și consultanța juridică au caracter principal și nu sunt dependente de proceduri organizate în fața instanțelor sau organism de mediere/arbitraj.

Explicațiile aduse de entitatea contractantă nu au corespondent în dispozițiile legale invocate chiar de ea în aplicarea excepției, justificând mai degrabă posibilitatea de acoperire a unor termene în cazul în care vor interveni anumite litigii, însă prevederile legale nu vizează acest aspect.

Argumentația prezentată nu este în sensul aplicării art. 37 alin. (3) lit. c) din Legea nr. 99/2016.

În considerarea celor prezentate, se constată a fi întemeiate criticile contestatoarei vizavi de aplicarea excepției prevăzute la art. 37 alin. (1) lit. d) coroborat cu art. 37 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

Trecând în continuarea la analiza solicitării referitoare la aplicare dispozițiilor Legii nr. 99/2016, Consiliul constată că, potrivit art. 12:

(1) Entitatea contractantă are obligația publicării unui anunț de participare și/sau de atribuire în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene în cazul achizițiilor a căror valoare estimată, fără TVA, este egală sau mai mare decât următoarele praguri valorice:

a) 2.089.574 lei, pentru contractele sectoriale de produse și de servicii, precum și pentru concursurile de soluții;

b) 26.093.012 lei, pentru contractele sectoriale de lucrări;

c) 4.848.200 lei, pentru contractele sectoriale de servicii care au ca obiect servicii sociale și alte servicii specifice, prevăzute în anexa nr. 2.

(2) Entitățile contractante prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a) și b) au obligația de a atribui contractele sectoriale, acordurile-cadru și organizează concursurile de soluții care privesc achiziții sectoriale a căror valoare estimată este mai mică decât pragurile corespunzătoare prevăzute la alin. (1) lit. a) și b), prin aplicarea procedurii simplificate.

În anexa nr. 2 a legii se face referire la Servicii juridice, în măsura în care nu sunt excluse în temeiul art. 37 alin. (3).

Potrivit art. 82 alin. (1) din lege Fără a aduce atingere prevederilor de la art. 12 alin. (3), procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea contractelor sectoriale/acordurilor-cadru sau organizarea concursurilor de soluții **cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile prevăzute la art. 12 alin. (4)**, sunt următoarele:

a) licitația deschisă;

b) licitația restrânsă;

c) negocierea competitivă;

d) dialogul competitiv;

e) parteneriatul pentru inovare;

f) negocierea fără invitație prealabilă la procedura concurențială de ofertare;

g) concursul de soluții;

h) **procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice;**

i) procedura simplificată.

De asemenea, potrivit art. 124 alin. (1) din lege Procedura de atribuire prevăzută la art. 82 alin. (1) lit. h), aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice prevăzute în anexa nr. 2, este o procedură proprie, entitatea contractantă având obligația respectării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2), iar potrivit alin. (6) al aceluiași articol Criteriul de atribuire utilizat pentru atribuirea contractelor sectoriale/acordurilor-cadru având ca obiect servicii sociale și alte servicii specifice, prevăzute în anexa nr. 2, **și cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut la art. 12 alin. (1) lit. c)** este cel mai bun raport calitate-preț sau cel mai bun raport calitate-cost, prevăzute la art. 209 alin. (3) lit. a) și b), ținându-se seama de criteriile de calitate și de sustenabilitate ale serviciilor sociale.

Din anunțul de participare publicat de entitatea beneficiară rezultă că valoarea estimată este de **1.411.356 lei, sub pragul valoric de 4.848.200 lei prevăzut la art. 12 alin. (1) lit. c) din actul normativ amintit.**

Se constată, așadar, că entitatea contractantă este în situația de a aplica o procedură proprie pentru care trebuie să respecte principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din lege.

Chiar dacă, în mod eronat, a fost făcută referirea la excepția de la art. 37 alin. (1) lit. d) din lege, întrucât valoarea estimată a procedurii nu impune publicarea unui anunț de participare și respectarea

prevederilor legale în consecință, Consiliul constată că o măsură de anulare a procedurii nu se impune, achizitoarea alegând să organizeze o procedură proprie, aferentă serviciilor din anexa nr. 2.

Indicarea unei excepții greșite, câtă vreme s-a prevăzut derularea procedurii cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor, nu poate atrage anularea procedurii, cum a solicitat contestatoarea, neaflându-ne în situația obligativității aplicării Legii nr. 99/2016.

Totodată, întrucât celelalte critici ale petentei vizează aspecte legate de aplicarea unor dispoziții legale pentru situația în care **valoarea estimată este mai mare** decât pragul valoric prevăzut la art. 12 alin. (1) lit. c) **(4.848.200 lei)**, neaplicabil în cauză, ele sunt nefondate.

Motivarea contestației nu a fost construită prin raportare la principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din lege, ci la dispoziții legale neaplicabile.

În privința solicitărilor privind asigurării confidențialității conținutului ofertelor depuse de operatorii economici concurenți, se reține că, la dosarul cauzei, aceste oferte nu au fost depuse, nefiind necesare soluționării contestației.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de (...).

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

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestația formulată de (...), în contradictoriu cu (...).

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.