



Nr. 676.048/04.01.2024

RĂSPUNS CONSOLIDAT NR. 2

la solicitările de clarificări primite din partea unor operatori economici cu privire la documentația de atribuire a acordului-cadru de prestare de servicii de asistență și reprezentare juridică în litigii arbitrare investiționale care se judecă potrivit regulilor Comisiei Organizației Națiunilor Unite pentru Drept Comercial Internațional (UNCITRAL) și potrivit regulilor Centrului Internațional pentru Reglementarea Diferendelor relative la Investiții (CIRDI) 2023_A2_003 și 2023_A2_004

Autoritatea contractantă răspunde după cum urmează:

Întrebarea nr. 1

„Având în vedere formularea „orice documente care justifică activitățile prestate anterior în litigii arbitrare investiționale de către respectivul avocat”, formulare regăsită și în cadrul răspunsului consolidat la întrebarea nr. 12, vă rog să ne clarificați dacă experiența de secretar în cadrul CIRDI, se consideră a fi suficientă pentru a îndeplini cerințele cerute de punctele a.2) din Anexa nr. 2 și pct. 2, lit. c) din Caietul de Sarcini.

Învederăm comisiei faptul că Secretariatul CIRDI, are un rol foarte important și o implicare directă în toate litigiile investiționale.

Rolul principal al Secretariatului CIRDI este să ofere suport în soluționarea litigiilor dintre investitori și state. Este implicat în toate aspectele procesului, incluzând:

- acționând ca registrator în proceduri (de exemplu, primirea, examinarea și înregistrarea cererilor de arbitraj și conciliere și autentificarea hotărârilor);*
- asistând în constituirea Comisiilor de Conciliere, Tribunalelor Arbitrale și Comitetelor ad-hoc;*
- asistând părțile și Comisiile, Tribunalelor și Comitetele în toate aspectele procedurii cazului;*
- organizarea și asistarea la audieri;*
- administrarea finanțelor fiecărui caz; și*
- oferind alte suporturi administrative la cererea Comisiilor, Tribunalelor și Comitetelor.”*

Răspuns la întrebarea nr. 1

Experiența ca secretar la unui tribunal arbitral al UNCITRAL/CIRDI va fi avută în vedere la analiza cerințelor minime obligatorii de la pct.2 lit.c) din Caietul de sarcini (în

condițiile și a răspunsurilor la întrebarea nr.2 și nr.3 de mai jos). În privința punctării acestuia în virtutea pct. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de sarcini, considerăm că o asemenea experiență este relevantă și va fi punctată doar dacă respectiva persoană nu își desfășoară activitatea într-un litigiu pendinte (a se vedea pct.2 de la răspunsul de la întrebarea nr.12 la care se face referire).

Întrebarea nr. 2

„Din răspunsul consolidat la întrebarea 12, se menționează faptul că „cerința experienței relevante specifice pentru punctul a.2) din Anexa nr. 2 sunt același ce cele care dovedesc îndeplinirea cerinței minime de la pct. 2 lit. c) din Caietul de sarcini.”

Învederăm comisiei că această interpretare goleşte de conținut tocmai mecanismul prin care se acordă punctaj suplimentar în baza condițiilor de la punctul a. 2) din Anexa nr. 2. În concret, dacă cerința este ca toți avocații propuși să demonstreze experiență prin participarea la un litigiu CIRDI finalizat, rezultă că punctajul prevăzut la punctul a. 2) din Anexa nr. 2 se va acorda pentru toți avocații, acesta fiind inferioară condiției minime și contrară mecanismului construit prin documentația de atribuire pentru acordarea punctajului și departajarea ofertanților.

Vă solicităm respectuos să ne clarificați dacă experiența prin participarea la un litigiu CIRDI finalizat este necesară pentru a demonstra cerința minimă de la punctul 2 lit. c) din Caietul de Sarcini sau este necesară doar pentru a demonstra experiența pentru punctajul suplimentar conform punctului a. 2) din Anexa nr. 2.”

Răspuns la întrebarea nr. 2

Întrucât s-a produs o eroare materială, autoritatea contractantă revine și confirmă că experiența obținută prin participarea la un litigiu UNCITRAL/CIRDI **finalizat** este solicitată doar pentru a obține un punctaj suplimentar la pct. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de sarcini.

Întrebarea nr. 3

„Având în vedere răspunsul consolidat la întrebarea nr. 51, învederăm comisiei că cerința ca experiența în litigiilor CIRDI să fie demonstrată exclusiv în urma unor litigiilor finalizate este discriminatorie.

În concret, există avocați care administrează mai multe litigii arbitrale pentru un număr de 3-4 ani, litigiile care nu sunt încă finalizate, iar acești avocați nu sunt considerați a avea experiență relevantă prin comparație cu un avocat care a participat la un singur litigiu arbitral ce s-a soluționat foarte repede prin tranzacționare.

Pentru aceste aspecte vă solicităm respectuos să eliminați această interpretare (ca litigiul să fie finalizat pentru a constitui experiență specifică), mai ales că această condiție nu era prevăzută în documentația de atribuire.”

Răspuns la întrebarea nr. 3

Autoritatea contractantă confirmă că un litigiu UNCITRAL/CIRDI finalizat este solicitat doar pentru a obține un punctaj suplimentar la pct. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de sarcini. Prin urmare, pentru îndeplinirea cerințelor minime obligatorii de la pct.2 lit.c) din Caietul de sarcini **nu se solicită ca litigiile arbitrale să fie finalizate.**

Întrebarea nr. 4

„Vă transmitem prezenta cerere de clarificări cu privire la răspunsul oferit la Întrebările 12 și 51 în cadrul Răspunsului consolidat nr. 689494/21.12.2023 la solicitările de clarificări primite din partea unor operatori economici cu privire la documentația de atribuire („Răspunsul consolidat”), după cum urmează.

Autoritatea contractantă precizează în Răspunsul consolidat la Întrebările 12 și 51 faptul că „Litigiile pendinte nu reprezintă experiență specifică a avocaților în litigii arbitrale investiționale internaționale judecate potrivit regulilor de arbitraj UNCITRAL/CIRDI” și că „pentru îndeplinirea cerinței minime de la pct. 2 lit. c) din Caietul de sarcini și pentru punctajul tehnic prevăzut la pct. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de sarcini, nu se vor lua în considerare litigii care se afla în curs de soluționare la data transmiterii/depunerii ofertei.”

Este bine cunoscut faptul că arbitrajele investiționale internaționale judecate potrivit regulilor UNCITRAL/CIRDI sunt proceduri îndelungate, care se desfășoară pe durata mai multor ani. De pildă, litigiile arbitraje investiționale în care România a fost implicată au fost în general soluționate într-un termen mediu de aproximativ 5 ani. Există însă și arbitraje investiționale inițiate împotriva României încă din anii 2015 - 2016 care nu au fost încă finalizate până în prezent, deși acestea se află într-un stadiu avansat de soluționare (spre exemplu, procedurile sunt declarate închise de către tribunal și se așteaptă doar pronunțarea hotărârii arbitrale). De altfel, pronunțarea hotărârii arbitrale în asemenea litigii poate avea loc în termen de 1-2 ani de la data la care au avut loc audierile și părțile au depus ultimele memorii pe fondul cauzei.

În acele cazuri în care procedurile arbitrale sunt declarate formal închise de către tribunal, activitatea desfășurată de către avocați în cadrul respectivelor litigii este în mod substanțial finalizată, nefiind permisă, de regulă, depunerea de noi documente sau apărări pe fondul cauzei odată ce procedura a fost închisă. De altfel, închiderea formală a procedurilor de către tribunalul arbitral semnifică tocmai faptul că părțile și-au prezentat și susținut în mod complet cazul în fața tribunalului arbitral (prin depunerea de memorii, probe, reprezentarea în audieri și altele asemenea).

Prin urmare, din perspectiva experienței avocaților implicați, nu există nicio diferență între litigiile investiționale pendinte pentru care procedurile arbitrale au fost închise și acele litigii investiționale care sunt soluționate. Singura diferență între aceste cazuri o reprezintă pronunțarea hotărârii arbitrale care intră sub competența exclusivă a arbitrilor.

Având în vedere cele de mai sus, vă rugăm să ne indicați în ce măsură, pentru îndeplinirea cerinței minime de la pct. 2 lit. c) din Caietul de sarcini și pentru punctajul tehnic prevăzut la pct. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de sarcini, se pot depune documente doveditoare din cadrul unor litigii arbitrale investiționale pendinte, dar pentru care procedurile arbitrale au fost declarate formal închise prin ordin al tribunalului arbitral.”

Răspuns la întrebarea nr. 4

Având în vedere și răspunsurile de mai sus, menționăm că pentru îndeplinirea cerinței minime de la pct. 2 lit. c) din Caietul de sarcini se pot depune documente și din litigii arbitrale pendinte. Pentru obținerea punctajului tehnic prevăzut la pct. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de sarcini, nu se pot depune documente doveditoare din cadrul unor litigii arbitrale investiționale pendinte. Autoritatea contractantă consideră că procedurile arbitrale care au fost declarate formal închise prin ordin al tribunalului

arbitral, dar pentru care nu s-a emis o hotărâre arbitrală, sunt tot litigii pendinte și pot fi oricând redeschise de către tribunalul arbitral.

Întrebarea nr. 5

„1. In data 21.12.2023 ati publicat Raspunsul Consolidat inregistrat sub numarul 689494 prin care ati raspuns unor solicitari de clarificare venite probabil din parte unor potentiali ofertanti.

2. La intrebarea nr.7 raspunsul autoritatii a fost: „Autoritatea contractanta solicita ca CV-ul sa contina informatiile de la pct.2 lit.c) din Caietul de Sarcini pentru toti avocatii propusi.”

3. Ulterior, referitor la Punctul A, lit. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de Sarcini raspunsul autoritatii contractante la intrebarea nr. 12 a fost ca: „Litigiile pendinte nu reprezinta experienta specifica a avocatilor in litigii arbitrale investitionale [...]”.

4. In plus la intrebarea nr. 20 referitoare la distinctia intre pct.2 lit.c) din Caietul de Sarcini si Punctul A, lit. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de Sarcini autoritatea contractanta mentioneaza in raspunsul acesteia ca: „Intelesul sintagmei experienta specifica in litigii arbitrale investitionale internationale nu este diferit de cel care se refera la experienta in litigiile arbitrale investitionale”.

5. Astfel, desi pct.2 lit.c) din Caietul de Sarcini se refera la Condițiile minime de calificare, iar Punctul A, lit. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de Sarcini se refera la conditiile pe care trebuie sa le indeplineasca un ofertant pentru a acumula mai multe puncte tehnice s-ar putea intelege din coroborarea celor trei raspunsuri ca experienta minima pentru calificare ofertantului nu poate fi demonstrata cu litigii arbitrale pendinte, deoarece autoritatea contractanta nu considera ca un astfel de litigiu arbitral constituie experienta relevanta.

6. O astfel de interpretare pare a fi absurda in contextul in care astfel autoritatea contractanta ar anula de fapt criteriul de departajare tehnica a ofertantilor mentionat la Punctul A, lit. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de Sarcini deoarece daca experienta specifica de participare a avocatilor propusi s-ar putea face doar cu litigii in care hotararea a fost data de tribunalul arbitral atunci de fapt toti ofertantii care au indeplinit conditiile minime de calificare vor obtine punctajul maxim de la Punctul A, lit. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de Sarcini.

7. In acest context va rugam sa clarificati:

a) daca conditiile minime de calificare a ofertantului sunt indeplinite in ceea ce priveste „experienta in litigii arbitrale investitionale internationale” mentionata pct.2 lit.c) din Caietul de Sarcini prin prezentarea de dovezi ca avocatii propusi in lista au fost sau sunt implicati in astfel de litigii arbitrale pendinte.

b) daca conditiile minime de calificare ale ofertantului sunt indeplinite daca avocatii propusi pe lista au „experienta in litigii arbitrale investitionale internationale” conform conditiilor minime de calificare de la pct.2 lit.c) din Caietul de Sarcini dar nu au alte documente din care sa reiasa cunostintele sale „despre acordurile internationale privind promovarea si protejarea reciproca a investitiilor si/sau Tratatul Cartei Energiei” in conditiile in care „experienta in litigii arbitrale investitionale internationale” presupune ca deja ca are cunostinte despre astfel de tratate.

c) daca conditiile minime de calificare ale ofertantului sunt indeplinite daca avocatii propusi pe lista nu au „experienta in litigii arbitrale investitionale internationale”

conform condițiilor minime de calificare de la pct.2 lit.c) din Caietul de Sarcini dar au „cunoștințele despre acordurile internaționale privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor și/sau Tratatul Cartei Energiei”.

Răspuns la întrebarea nr. 5

A se vedea răspunsurile clarificatoare de mai sus. În plus, pentru claritate, confirmăm următoarele:

- cerința minimă obligatorie în ceea ce privește „experiența în litigii arbitrale investiționale internaționale” menționată la pct.2 lit.c) din Caietul de sarcini, este îndeplinită prin prezentarea de dovezi că avocații propuși în listă au fost sau sunt implicați în astfel de litigii arbitrale pendinte;
- cerințele minime obligatorii sunt îndeplinite dacă avocații propuși pe listă au „experiență în litigii arbitrale investiționale internaționale”, conform condiției minime de la pct.2 lit.c) din Caietul de sarcini, dar nu au alte documente din care să reiasă cunoștințele acestora „despre acordurile internaționale privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor și/sau Tratatul Cartei Energiei”, în condițiile în care „experiența în litigii arbitrale investiționale internaționale” presupune că deja au cunoștințe despre astfel de tratate;
- cerințele minime obligatorii **nu sunt** îndeplinite dacă avocații propuși pe listă nu au „experiență în litigii arbitrale investiționale internaționale”, conform condițiilor minime de la pct.2 lit.c) din Caietul de sarcini, dar au „cunoștințele despre acordurile internaționale privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor și/sau Tratatul Cartei Energiei”.

Întrebarea nr. 6

„Revenire la solicitarea de clarificări în ceea ce privește răspunsul autorității contractante la întrebarea nr. 3

Având în vedere răspunsul Autorității Contractante la Întrebarea nr. 3, în care se prevede că: „Referitor la pct. 2 lit. e) din Caietul de sarcini, în cazul în care un ofertant este o asocieră/un consorțiu format din mai multe entități (societăți de avocatură și/sau practicieni desfășurându-și activitatea individual), experiența ofertantului se calculează prin însumarea experienței entităților care formează asocieră/consorțiul. Prin urmare, dacă un practician și-a desfășurat activitatea în mod individual, dar acesta a făcut parte dintr-o echipă care aparținea unei societăți de avocatură și, astfel, nu justifică prezența sa independentă de cea a societății de avocatură în cadrul aceluși litigiu arbitral, nu va fi considerat că a câștigat un litigiu arbitral investițional”,

Vă solicităm să luați în considerare revizuirea/modificarea interpretării în ceea ce privește neluarea în calcul a litigiilor câștigate de către un avocat (practician) propus a face parte din echipa Ofertantului, care la momentul participării și al câștigării litigiului/litigiilor în cauză făcea parte dintr-o echipă care aparținea unei alte societăți de avocatură (entitate care nu figurează în componența consorțiului), situație față de care practicianul se află în imposibilitatea de a justifica prezența sa independentă de cea a societății de avocatură, având în vedere următoarele argumente:

A. Litigiile arbitrale câștigate reprezintă experiența relevantă a avocatului care a asigurat asistența juridică și reprezentarea clientului și nu a formei de organizare profesională din care face parte.

1. Următoarele texte din Legea 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată, sunt relevante în susținerea argumentației noastre:

Articolul 1 alin. (2): „Profesia de avocat se exercită numai de avocații înscriși în tabloul baroului din care fac parte, barou component al Uniunii Naționale a Barourilor din România, denumită în continuare U.N.B.R.

Art. 2:

(1) „În exercitarea profesiei avocatul este independent și se supune numai legii, statutului profesiei și codului deontologic.”

(2) „Avocatul promovează și apără drepturile, libertățile și interesele legitime ale omului.”

(3) „Avocatul are dreptul să asiste și să reprezinte persoanele fizice și juridice în fața instanțelor autorității judecătorești și a altor organe de jurisdicție, a organelor de urmărire penală, a autorităților și instituțiilor publice, precum și în fața altor persoane fizice sau juridice, care au obligația să permită și să asigure avocatului desfășurarea nestingherită a activității sale, în condițiile legii.”

(4) „Orice persoană are dreptul să își aleagă în mod liber avocatul”.

(5) „În exercitarea dreptului de apărare avocatul are dreptul și obligația de a stăruii pentru realizarea liberului acces la justiție, pentru un proces echitabil și într-un termen rezonabil”.

Art. 3

(1) Activitatea avocatului se realizează prin:

a) consultații și cereri cu caracter juridic;

b) asistență și reprezentare juridică în fața instanțelor judecătorești, [...] a autorităților cu atribuții jurisdicționale, [...], precum și a altor persoane juridice, în condițiile legii;

c) redactarea de acte juridice, [...];

e) apărarea și reprezentarea cu mijloace juridice specifice a drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor fizice și juridice în raporturile acestora cu autoritățile publice, cu instituțiile și cu orice persoană română sau străină; [...]

k) orice mijloace și căi proprii exercitării dreptului de apărare, în condițiile legii.

(2) Activitățile prevăzute la alin. (1) se exercită numai de avocat, dacă legea flu prevede altfel.

2. Se observă că legiuitorul român stabilește că avocatul este cel care asistă și reprezintă persoanele fizice și juridice și nu formele de organizare a profesiei din care acesta face parte.

3. Aserțiunea autorității contractante potrivit căreia „experiența ofertantului se calculează prin însumarea experienței entităților care formează asocierea/consorțiul” este un non sens în condițiile în care nu i se recunoaște avocatului care a înființat entitatea sau avocaților care formează consorțiul experiența în discuție. Aceasta deoarece entitatea sau consorțiul nu pot avea vreo „experiență proprie” în absența avocaților care le înființează.

4. Avocații, în exercițiul profesiei, apelează la și se bazează pe cunoștințele juridice și pe experiența profesională acumulate, în vederea asigurării asistenței juridice și a reprezentării drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor, fizice sau juridice, de drept public sau privat. În acest sens, art.39 alin. (1) stabilește că „Avocatul este dator să studieze temeinic cauzele care i-au fost încredințate, angajate sau din oficiu, să se prezinte la fiecare termen la instanțele de judecată sau la organele de urmărire penală ori la alte instituții, conform mandatului încredințat, să manifeste conștiinciozitate și

probitate profesională, să pledeze cu demnitate față de judecători și de părțile din proces, să depună concluzii scrise sau note de ședință ori de câte ori natura sau dificultatea cauzei cere aceasta ori instanța de judecată dispune în acest sens. Nerespectarea imputabilă a acestor îndatoriri profesionale constituie abatere disciplinară”.

5. Rezultă din cele de mai sus că avocatului și nu formei sale de organizare profesională îi revine obligația de diligență de a presta toate aceste activități în numele și în interesul clientului.

6. De asemenea, art.39 prevede la alin. (2) că „Avocatul este obligat să depună toată diligența pentru apărarea drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale clienților și să uzeze de mijloacele prevăzute de lege, pe care le consideră favorabile acestora”.

7. În urma diligențelor depuse de către avocat finalitatea poate fi și un litigiu câștigat, însă rezultatul obținut aparține avocatului, ca urmare a activităților mai sus enumerate, de a cunoaște temeinic cauza care i-a fost încredințată și de a-și folosi cunoștințele pentru a obține un rezultat favorabil clientului.

8. În consecință, profesia de avocat este o profesie eminentamente intelectuală, exercitată personal de către avocați în baza și în limitele legii, prin intermediul cunoștințelor și al experiențelor profesionale proprii, pe care le-au dobândit și acumulat în mod inerent, ca urmare firească a prestării activității specifice profesiei, pe parcursul mai multor ani și independent față de modalitatea în care au ales să își exercite activitatea (într-o structură asociativă, de exemplu de tipul unei societăți de avocatură, sau în mod individual).

9. În același sens, Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat reglementează la art. 5 formele de exercitare a profesiei („Formele de exercitare a profesiei de avocat sunt: cabinete individuale, cabinete asociate, societăți civile profesionale sau societăți profesionale cu răspundere limitată.”). Exprimarea legiuitorului este clară în sensul în care legea reglementează simple forme de exercitare a profesiei, „vehicule juridice” prin care avocații își duc la îndeplinire atribuțiile profesionale. În afară de a reprezenta forma legală în care profesia de avocat se exercită, aceste entități, fie ele individuale sau asociative, nu contribuie în niciun fel la formarea, dobândirea, acumularea de cunoștințe și experiențe profesionale, care aparțin în mod propriu (personal) avocaților și sunt indisolubil legate de parcursul profesional al acestora.

10. Cu alte cuvinte, indiferent dacă un avocat alege ca pe parcursul a 20 de ani de activitate să își exercite profesia în cadrul mai multor forme de exercitare sau în cadrul unei singure forme de exercitare, acest aspect nu are nicio relevanță în formarea experienței sale specifice, care este proprie avocatului.

11. De asemenea, având în vedere că litigiile sunt câștigate tocmai datorită efectuării activităților specifice de către avocați, în virtutea experiențelor și cunoștințelor acestora (și nu de către entitățile propriu-zise, care rămân un simplu „vehicul”), putem afirma că numai avocaților implicați în soluționarea (favorabilă) a cauzelor li se poate acorda meritul de a fi câștigat un litigiu, fiind impropriu a se considera că litigiul a fost câștigat de entitate.

12. Acesta este și motivul pentru care autoritatea contractantă, atunci când verifică îndeplinirea cerințelor din documentația de atribuire, caută să identifice în hotărârile arbitrale avocații care au asigurat reprezentarea și nu formele lor de organizare profesională.

13. În aceeași ordine de idei, în hotărârile arbitrale sunt menționați cu prioritate avocații care asigură reprezentarea și, în subsidiar, sunt indicate și formele de

organizare profesională din care aceștia fac parte și adresele lor profesionale.

14. Două exemple concrete, elaborate pe baza cerințelor din prezenta procedură, ar putea fi elocvente pentru a facilita înțelegerea argumentelor noastre:

- **Exemplul nr. 1:** Ofertantul X (Societatea de avocatură „X”) propune în cadrul prezentei proceduri Avocații A,B,C,D, care își exercită în prezent profesia în cadrul societății de avocatură X, societate înființată la începutul anului 2023. În trecut, avocații A,B,C,D și-au exercitat profesia în cadrul Societății de avocatură Y, fiind implicați în gestionarea multiplelor litigii arbitrale investiționale judecate conform regulilor UNCITRAL și/sau CIRDI, dintre care au câștigat un număr de 6 litigii arbitrale. Această împrejurare rezultă din cuprinsul hotărârilor arbitrale în care este menționat expres numele avocaților A,B,C,D. Cu toate acestea, avocații în discuție se află în imposibilitatea de a justifica prezența lor independentă de cea a Societății de avocatură Y, motiv pentru care cele 6 litigii câștigate nu vor folosi Ofertantului X nici pentru îndeplinirea cerinței 2.e) din Caietul de Sarcini și, implicit, nici nu obțin puncte în cadrul cerinței a.3) din Anexa 2 la Caietul de Sarcini, Ofertantul X (Societatea de avocatură „X”) fiind descalificat. Această stare de lucruri este în detrimentul intereselor Autorității Contractante deoarece înlătură din procedură avocați cu experiența solicitată de documentația de atribuire, adică echipe de avocați care să dovedească suficientă experiență și cunoștințe specifice, extensive, pentru a gestiona cu profesionalism cauze arbitrale investiționale complexe.
- **Exemplul nr. 2:** Ofertantul Y (Societatea de avocatură „Y”) propune o echipă formată din avocații E,F,G,H, fiecare dintre aceștia îndeplinind cerința minimă de calificare prevăzută de documentația de atribuire. De asemenea, pentru a obține puncte în cadrul cerinței a.3) din Anexa II la Caietul de Sarcini, Societatea de avocatură Y prezintă aceleași Litigii arbitrale nr. 1,2,3,4,5,6, toate câștigate, dar în cadrul cărora NU a fost implicat niciunul dintre avocații propuși (E,F,G,H). Cu toate acestea, conform răspunsurilor autorității contractante la solicitările de clarificări, pentru cele 6 litigii câștigate, Ofertantul Y (Societatea de avocatură „Y”) îndeplinește cerința de calificare prevăzută la 2.e) din Caietul de Sarcini și, totodată, va primi punctajul maxim conform factorului tehnic de evaluare a.3) din Anexa II la Caietul de Sarcini.

15. Comparând cele două exemple se desprind următoarele concluzii:

- (i) Situația descrisă în Exemplul nr. 2 îi procură Ofertantului Y (Societatea de avocatură „Y”) un avantaj competitiv nejustificat și complet discriminatoriu, întrucât „câștigarea” litigiilor NU poate fi atribuită avocaților E,F,G,H (deoarece acești avocați nu figurează în hotărârea arbitrală) și, cu toate acestea, în cazul câștigării licitației, aceștia vor asigura serviciile de asistență și reprezentare juridică în litigiile arbitrale investiționale în care va fi implicată Autoritatea Contractantă (Clientul).
- (ii) Avocații A,B,C,D din Exemplul 1, în perioada în care și-au exercitat activitatea în cadrul Societății de avocați Y, cu toate că au participat efectiv (însă nu independent de societatea de avocatură Y) la rezultatul litigiilor câștigate 1,2,3,4,5,6, nu pot cuantifica în momentul evaluării ofertelor din prezenta procedură de atribuire nici măcar unul dintre litigiile câștigate pentru ca Ofertantul X să se califice și să obțină punctajul conform factorului de evaluare a.3) din Anexa II la Caietul de Sarcini.
- (iii) Practic, ceea ce îi desparte pe avocații A,B,C,D de a li se recunoaște că au câștigat litigiile arbitrale 1,2,3,4,5,6 și de a primi punctaj în cadrul factorului tehnic de evaluare a.3) este statutul lor de avocat independent de societatea de avocatură în care își desfășurau activitatea.

(iv) Conform interpretării date factorului tehnic de evaluare a.3) din Anexa 2 la Caietul de Sarcini, se ajunge la situația absurdă în care Societatea de avocați Y prevalează în obținerea punctajului deși avocații propuși pentru prestarea serviciilor nu au fost implicați în câștigarea litigiilor.

(v) Modul acesta de evaluare este complet artificial și arbitrar, fără o justificare obiectivă, ignorând specificul activității profesionale a avocaților, potrivit căreia asistența și reprezentarea juridică și, implicit, rezultatul acesteia sunt direct legate de persoana avocatului și nu de forma de organizare profesională.

B. Răspunsul autorității contractante la întrebarea nr.3 încalcă art.5 alin.(8) din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat.

16. Răspunsul autorității contractante la întrebarea nr.3 are următoarea formulare: „Prin urmare, dacă un practician și-a desfășurat activitatea în mod individual, dar acesta a făcut parte dintr-o echipă care aparține unei societăți de avocatură și, astfel, nu justifică prezența sa independentă de cea a societății de avocatură în cadrul aceluși litigiu arbitral, nu va fi considerat că a câștigat un litigiu arbitral investițional”.

17. Formularea este un nonsens și încalcă prevederile art.5 alin.(8) din Legea 51/1995.

18. Avocatul nu își poate exercita simultan profesia individual (pentru a-și justifica prezența sa independentă) dar făcând parte în același timp dintr-o echipă care aparține unei alte societăți de avocatură.

19. O astfel de ipoteză nu este permisă de art.5 alin. (8) din Legea 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, care stabilește că „Avocatul nu își poate exercita profesia, în același timp, în mai multe forme de exercitare a acesteia”.

20. Formularea textului de lege este cât se poate de simplă și precisă fără a mai fi nevoie de argumente suplimentare pentru a demonstra de ce răspunsul la întrebarea nr.3 încalcă aceste prevederi.

21. Autoritatea contractantă are obligația să cunoască și să aplice corect prevederile Legii 51/1995, republicată, cu atât mai mult cu cât a menționat la pct.2.1 din Procedura proprie nr.113880/29.05.2019 pentru achiziția serviciilor juridice, că legea privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat reprezintă unul dintre temeiurile legale în baza căreia organizează prezenta procedură de achiziție publică.

22. Pornind de la această realitate, răspunsul la această întrebare se impune a fi înlăturat și pentru acest motiv de către autoritatea contractantă.

C. Răspunsul consolidat, înregistrat sub nr. 689.494 din 21.12.2023 introduce o contradicție între cerințele minime obligatorii de la 2.c) și cea de la 2.e) din caietul de sarcini, respectiv între factorii tehnici de la a.2) și a.3).

23. Din interpretarea autorității contractante conferită factorului tehnic de evaluare a.3) rezultă că avocații participanți la procedură care nu pot justifica participarea lor independentă de societatea de avocatură în care își desfășurau activitatea în cadrul litigiului arbitral, nu va fi considerat că a câștigat un litigiu arbitral investițional în cadrul factorului tehnic de evaluare a.3) din Anexa 2 la Caietul de Sarcini.

24. În acest context, se pune problema dacă aceste hotărâri arbitrale câștigate, dar a cărui merit nu poate fi recunoscut avocatului care a asigurat reprezentarea, mai pot folosi la ceva în prezenta procedură, respectiv dacă pot folosi ca experiență generală în litigiile arbitrale investiționale internaționale pentru îndeplinirea cerinței minime obligatorii pentru calificare de la 2.c) din Caietul de sarcini, sau dacă pot folosi pentru a primi puncte în aplicarea factorului tehnic de evaluare de la a.2) din Anexa 2 la Caietul de Sarcini.

25. Dacă răspunsul este pozitiv, în sensul că respectivele hotărârile arbitrale pot servi ca experiență relevantă specifică pentru avocații participanți, atunci se pune problema de ce nu pot fi considerate litigii câștigate pentru aceiași avocați, ca parte din experiența relevantă specifică pe care o probează aceste hotărâri arbitrale câștigate. Câștigarea unui litigiu este tot o experiență relevantă a avocatului care a asigurat reprezentarea în respectivul litigiu arbitral. Această simplă demonstrație relevă o dată în plus caracterul restrictiv și artificial al interpretării pe care o conferă autoritatea contractantă factorului tehnic de evaluare a.3).

26. Dacă răspunsul este negativ, în sensul că respectivele hotărârile arbitrale nu pot servi ca experiență relevantă specifică pentru avocații participanți, atunci se pune problema cu ce sunt diferite aceste hotărâri arbitrale în discuție de alte hotărâri arbitrale prezentate de aceiași ofertanți, în condițiile în care în cuprinsul oricăror dintre ele sunt menționați aceiași avocați care au asigurat reprezentarea. În ipoteza în care s-ar susține că nu pot servi ca experiență relevantă specifică pentru 2.c) sau a.2) decât dacă avocatul justifică prezența sa independentă de cea a societății de avocatură în cadrul litigiului arbitral, înseamnă că toți avocații propuși de către oricare dintre participanți ar trebui să facă dovada independenței lor de forma de organizare anterioară pentru a se califica sau pentru a primi puncte. Rezultă de aici că toți avocații propuși ar trebui să fi fost independenți anterior participării la această procedură, situație în care asistăm la o condiție restrictivă a autorității contractante.

27. Pe scurt, se pune problema cum s-ar putea oare recunoaște experiența relevantă specifică a avocaților în cadrul cerinței minime de calificare la 2.c) din Caietul de Sarcini sau pentru a primi punctaj conform a.2) din Anexa 2 la Caietul de sarcini, fără să îi recunoști avocatului și meritul câștigării respectivului litigiu arbitral în cadrul factorului tehnic de evaluare a.3) din Caietul de sarcini, fără ca documentația să fie restrictivă.

28. Rezultă că Răspunsul consolidat, înregistrat sub nr. 689.494 din 21.12.2023 introduce o contradicție între cerințele minime obligatorii de la 2.c) și cea de la 2.e) din caietul de sarcini, respectiv între factorii tehnici de la a.2) și a.3), iar aceasta nu poate fi înlăturată decât prin revenirea autorității contractante asupra acestui răspuns la clarificări.

D. Cerința a.3) din Anexa II la Caietul de sarcini astfel interpretată de către autoritatea contractantă restricționează nejustificat competiția, este discriminatorie și încalcă principiul transparenței în achizițiile publice

29. Cerința a.3) din Anexa nr.2 la Caietul de Sarcini astfel interpretată de către Autoritatea Contractantă restricționează în mod nejustificat participarea unei mari categorii de Ofertanți și creează o vădită discriminare între Ofertanții (societăți de avocatură) cu vechime considerabilă, și Ofertanții (societăți de avocatură) înființate recent de către avocații cu o îndelungată experiență profesională. Vechimea formelor de organizare profesională este un argument artificial, fără relevanță în cadrul prezentei proceduri.

30. Cerința este discriminatorie pe criteriul de independență profesională, favorizând accesul la procedură a avocaților parteneri (asociați) ai formelor de organizare profesională și restricționând accesul avocaților angajați în cadrul profesiei sau a avocaților colaboratori, care nu pot demonstra o formă de independență față de forma de organizare profesională.

31. În arbitrajul investițional este cunoscut faptul că apărarea este asigurată de echipe de avocați și nu de un singur avocat din cauza complexității acestora. Recunoașterea meritului câștigării unui arbitraj investițional numai entității (forme de organizare) sau partenerilor (asociaților) aceștia în detrimentul celorlalți membri ai echipei, care au

asigurat reprezentarea în calitate de angajați, este discriminatorie deoarece contribuția acestora din urmă nu este cu nimic diminuată de calitatea de angajat.

32. În arbitrajul investițional este, de asemenea, cunoscut faptul că unele state se apără cu structuri instituționale proprii, formate din avocați angajați ai unor structuri publice ale statului, cum este cazul Spaniei a cărei apărare este asigurată de Abogadas del Estado, o structură publică care face parte din Administrația Generală de Stat (Administración General del Estado), sau cazul Guatemalei, unde avocații care asigură reprezentarea sunt angajați ai unei structuri de drept public denumită Procuraduría General de la Nación. Exemplele ar putea continua. Este imposibil ca acești avocați, în ipoteza în care ar fi interesați să participe la procedură, să poată valorifica în vreun fel litigiile câștigate întrucât aceștia nu au participat nici independent, dar nici în cadrul unei entități de drept privat (societate de avocatură), iar instituția publică a statului în care au fost angajați nu poate participa ca ofertant la procedura organizată de Ministerul Finanțelor din România.

33. Persistența în menținerea unei astfel de cerințe este ilegală și ar trebui cercetată și sancționată de către Consiliul National pentru Combaterea Discriminării.

34. Cerința formulată de autoritatea contractantă, astfel interpretată, restrânge nejustificat competiția în această procedură prin crearea unor obstacole nejustificate și artificiale, cu încălcarea principiului proportionalității. În interpretarea dată de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene principiului proportionalității din dreptul comunitar a stabilit "ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite" (Hotărârea Curtii din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C 157/96, Rec., p. I 2211, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Cauza T-195/08, Antwerspe Bouwwerken NV).

35. Suplimentar, restrângerea competiției va avea ca efect costuri mult mai mari cu executarea acordului-cadru deoarece autoritatea contractantă va selecta un număr limitat de societăți de avocatură, preponderent firme mari, ale căror costuri cu onorariile sunt semnificativ mai mari. În practica avocaturii de arbitraj din ultimii 5 ani un număr semnificativ de avocați cu mare experiență au plecat din firmele mari de avocatură pentru a-și înființa societăți de avocatură de tip „butic”, care au structuri mult mai suplă și eficiente, și care operează cu costuri mult mai reduse. Prin această cerință autoritatea contractantă blochează accesul la procedură al acestor firme de avocatură de tip „butic” care ar putea veni cu costuri mai reduse, împiedicând selectarea cât mai diversă, inclusiv în privința costurilor, a celor 6 operatori economici cu care urmează a fi încheiat acordul-cadru.

36. Prin adoptarea prevederilor OUG nr. 90/2023 România a instituit măsuri de reducere a cheltuielilor bugetare pe anul 2023 în vederea încadrării în ținta de deficit bugetar asumată prin Programul de convergență.

În acest context, obligația autorității contractante este de a reflecta și în organizarea acestei proceduri politica fiscal-bugetară prudentă impusă de acest act normativ. Consecința directă a acestei obligații este permiterea accesului la procedura de achiziții publice a unei participări cât mai largi, care să permită și selectarea operatorilor economici care ar putea aduce cheltuieli bugetare mai mici cu execuția acordului-cadru.

37. Suplimentar, se va observa și că o astfel de clarificare care intervine la acest moment al procedurii încalcă principiul transparenței în achizițiile publice. Răspunsul

la clarificări a fost furnizat participanților interesați de procedură joi, 21 decembrie 2023, în condițiile în care data limită pentru depunerea ofertelor a fost prelungită până la data de 5 ianuarie 2023. În intervalul disponibil (21 decembrie 2023 - 5 ianuarie 2024) sunt 5 zile libere de repaus săptămânal conform art. 137 Codul muncii (23 și 24 decembrie 2023, respectiv 30 și 31 decembrie 2023), 4 zile de sărbătoare legală în care nu se lucrează potrivit art. 139 Codul muncii (prima și a doua zi de Crăciun, 1 și 2 ianuarie) și numai 6 zile lucrătoare pentru ca participanții interesați de procedură să își valorifice drepturile în raport de această interpretare restrictivă.

E. Practica administrativă inconstantă a autorității contractante în selectarea reprezentanților. Încălcarea propriilor cerințe de selecție de la o procedură la alta.

38. Interpretarea dată, în prezenta procedură de achiziție publică, factorului tehnic de evaluare a.3 din Anexa II la Caietul de Sarcini este inconstantă în raport cu aceeași cerință din procedura anterioară de selecție a reprezentanților României în arbitrajele investiționale. Consecința directă a acestei poziții oscilante este că prezenta documentație de atribuire restricționează participarea societăților de avocatură care la acest moment reprezintă România în arbitraje investiționale aflate în curs de soluționare.

39. Se va observa, în acest sens, că interpretarea dată de Ministerul Finanțelor în anul 2019 criteriului de calificare și selecție privind litigiile arbitrale investiționale câștigate a permis selectarea ofertanților avocați care au prezentat litigii arbitrale câștigate în perioada în care și-au exercitat profesia în cadrul altor Societății de avocatură, fiind implicați în gestionarea și câștigarea litigiilor arbitrale investiționale judecate conform regulilor UNCITRAL și/sau CIRDI, fără ca autoritatea contractantă să le ceară să justifice prezența lor independentă de cea a Societății de avocatură în care și-au desfășurat în trecut activitatea.

40. Comparativ cu anul 2019, în prezenta procedură are o loc schimbare nejustificată de practică administrativă a Ministerul Finanțelor impunând participanților interesați de procedură condiția să facă dovada independenței lor profesionale de Societății de avocatură în care și-au desfășurat în trecut activitatea pentru a putea primi puncte pentru hotărârile arbitrale câștigate cu implicarea lor directă și priceperea lor profesională.

41. Această cerință suplimentară exclude posibilitatea ca reprezentanții României în litigiile arbitrale investiționale selectați în anul 2019, și care asigură reprezentarea în arbitraje internaționale investiționale în curs de soluționare, precum Findoc și alții c. România, Clara Petroleum Ltd c. România etc, să mai poată participa la procedura de achiziție publică aflată în curs de desfășurare. Se observă cum autoritatea contractantă își încalcă propriile criterii de selecție de la o procedură la alta, introducând bariere nejustificate împotriva avocaților care o reprezintă la acest moment.

42. Altfel spus, potrivit standardelor de interpretare ale autorității contractante din anul 2023, avocații selectați în anul 2019 nu mai îndeplinesc condițiile pentru a reprezenta România în arbitrajele investiționale în curs de desfășurare pentru că nu (mai) au experiența relevantă anterioară necesară, neputând dovedi că au câștigat anterior astfel de litigii.

43. După ce România, prin Ministerul Finanțelor, le-a acordat anterior mandat de reprezentare și își desfășoară activitatea în litigiile pendinte, aceeași autoritate contractantă stabilește în anul 2023 că aceleași societăți de avocatură mandatate nu mai îndeplinesc nici măcar cerințele minime obligatorii pentru calificare, ca urmarea unei interpretări diferite a unei cerințe de participare identice.

44. Or, la acest nivel, sunt nepermise astfel de oscilații în practica administrativă a Ministerului Finanțelor.

45. O asemenea practică administrativă inconsecventă nu poate fi înlăturată decât prin revenirea autorității contractante asupra acestui răspuns la clarificări.

46. Având în vedere argumentele expuse anterior, solicităm respectuos Autorității Contractante revizuirea Răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 3 în scopul unei evaluări nediscriminatorii, prin recunoașterea și punctarea în cadrul criteriului de evaluare a.3.) inclusiv a acelor litigii câștigate de către un participant care a făcut parte dintr-o echipă care aparținea unei alte societăți de avocatură decât cele care formează consorțiul din prezenta procedură și care nu justifică prezența sa independentă de cea a societății de avocatură în cadrul aceluși litigiu arbitral.

În caz contrar, vă aducem la cunoștință cu tot respectul convenit că vom contesta, în procedura contenciosului administrativ, cerințele restrictive din prezenta procedură de achiziții publice.

Solicităm totodată ca răspunsul autorității contractante la prezenta revenire să fie elaborat și comunicat în termen de maxim 3 (trei) zile lucrătoare de la primirea solicitării, în conformitate cu prevederile pct. 8.2 din Procedura proprie pentru achiziția de servicii juridice nr.113880/29.05.2019.”

Răspuns la întrebarea nr. 6

Autoritatea contractantă menține răspunsul anterior la întrebarea nr.3 din Răspunsul consolidat nr. 689.494/21.12.2023.

Întrebarea nr. 7

„Revenire la solicitarea de clarificări în ceea ce privește răspunsul autorității contractante la întrebarea nr. 7

Având în vedere răspunsul Autorității Contractante la Întrebarea nr. 7, în care se prevede că: „Autoritatea Contractantă solicită ca CV-ul să conțină informațiile de la pct. 2 lit. c) din Caietul de sarcini pentru toți avocații propuși”,

Vă solicităm respectuos să luați în considerare revizuirea/modificarea interpretării în ceea ce privește îndeplinirea cumulativă a condițiilor privind experiența în litigiile arbitrale investiționale și cunoștințele specifice, în considerarea următoarelor argumente:

A. Condiția ca toți avocații propuși să îndeplinească cerința minimă obligatorie de calificare de la pct.2.c) din Caietul de sarcini invalidează factorul tehnic de evaluare a.2) din Anexa 2 la Caietul de sarcini.

1. Răspunsul autorității contractante prin care solicită ca toți avocații propuși să îndeplinească cerința minimă obligatorie de calificare de la pct. a.2.) din Caietul de sarcini anihilează (anulează) factorul tehnic de evaluare a.2) din Anexa 2 la Caietul de sarcini.

2. Cerința minimă obligatorie de la pct. 2.c) din Caietul de sarcini permite calificarea avocaților care prezintă documente din care să rezulte „vechimea în avocatură, experiența în litigii arbitrale investiționale internaționale judecate potrivit Regulilor de arbitraj UNCITRAL/CIRDI și cunoștințe despre acordurile internaționale privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor și/sau Tratatul Cartei Energiei”.

Prin inserarea conjuncției „și” autoritatea contractantă stabilește că aceste condiții ante menționate trebuie îndeplinite cumulativ în cadrul cerinței de la pct.2c).

3. Pe de altă parte, potrivit factorului tehnic de evaluare a.2) din Anexa 2 la Caietul de sarcini, ofertanții primesc între 5 și 20 puncte pentru fiecare avocat în plus care are experiență relevantă specifică Mn litigii arbitrale investiționale internaționale judecate potrivit regulilor de arbitraj UNCITRAL (pentru Lotul 1) / CIRDI (pentru Lotul 2).

4. Însă, având în vedere că TOȚI avocații propuși au obligația să facă dovada, ca o cerință minimă obligatorie, că au experiență specifică în litigii arbitrale investiționale internaționale judecate potrivit regulilor de arbitraj UNCITRAL (pentru Lotul 1) / CIRDI (pentru Lotul 2), atunci devine irelevant factorul tehnic de evaluare a.2) pentru că toți avocații au deja punctaj maxim prin îndeplinirea cerinței de calificare.

5. Nu are nici o logică, însă, din păcate, acesta este efectul pe care îl produce răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificare nr.7.

6. Față de această stare de lucruri, autoritatea contractantă are două opțiuni la acest moment: fie revine asupra acestui răspuns la clarificări interpretând cerința într-o manieră care să permită continuarea procedurii, fie anulează procedura și își reformulează corect documentația de atribuire, astfel ca cerințele minime obligatorii să nu intre în conflict cu factorii tehnici de evaluare.

B. Condiția ca toți avocații propuși să îndeplinească cerința minimă obligatorie de calificare de la pct.2.c) din Caietul de sarcini exclude participarea la procedură a majorității avocaților români.

7. Cerința minimă obligatorie de la pct.2c) din Caietul de sarcini permite calificarea avocaților care prezintă documente din care să rezulte „vechimea în avocatură, experiența în litigii arbitrale investiționale internaționale judecate potrivit Regulilor de arbitraj UNCITRAL/CIRDI și cunoștințe despre acordurile internaționale privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor și/sau Tratatul Cartei Energiei”.

8. Prin inserarea conjuncției „și” autoritatea contractantă stabilește că aceste condiții ante menționate trebuie îndeplinite cumulativ. Suplimentar, prin răspunsul la întrebarea nr. 7 autoritatea contractantă stabilește că aceste condiții trebuie îndeplinite de toți avocații propuși, iar prin răspunsul la întrebarea nr.12 stabilește că litigiile pendinte nu reprezintă experiență specifică a avocaților în litigii arbitrale investiționale internaționale judecate potrivit regulilor de arbitraj UNCITRAL/CIRDI.

9. Din interpretarea coroborată a acestor condiții, raportat la numărul cauzelor arbitrale investiționale finalizate în care a fost implicată România, rezultă că se restrânge considerabil numărul societăților de avocatură române/avocaților români care îndeplinesc cerința minimă obligatorie mai sus menționată.

10. În aceste condiții, se va observa că interpretarea ca toți avocații propuși să îndeplinească cerința minimă obligatorie de la pct.2.c) din Caietul de sarcini restrânge participarea avocaților români la procedura de achiziție publică având ca obiect reprezentarea statului român.

11. Având în vedere, însă, că în litigiile arbitrale investiționale este în mod uzual necesară participarea avocaților români care să cunoască legislația națională și să asigure interpretarea acesteia, autoritatea contractantă ar trebui să faciliteze participarea unui număr cât mai mare a acestora.

12. Raportat la cele ce preced rezultă că Răspunsul consolidat, înregistrat sub nr. 689.494 din 21.12.2023 restrânge nejustificat competiția, iar aceasta nu poate fi înlăturată decât prin revenirea autorității contractante asupra acestui răspuns la clarificări.

C. Practica administrativă inconstantă a autorității contractante în selectarea reprezentanților. Încălcarea propriilor cerințe de selecție de la o procedură la alta.

13. Interpretarea dată, în prezenta procedură de achiziție publică, cerinței minime obligatorii de la pct. 2.c) din Caietul de Sarcini este inconstantă în raport cu aceeași cerință din procedura anterioară de selecție a reprezentanților României în arbitrajele investiționale. Consecința directă a acestei poziții oscilante este că prezenta documentație de atribuire restricționează participarea societăților de avocatură care la acest moment reprezintă România în arbitraje investiționale aflate în curs de soluționare.

14. În acest sens, se va observa că Cerința prevăzută la art. 2 punctul c) din Caietul de sarcini (Documentația de atribuire) este identică cu cerința prevăzută de art. 2 punctul a) din Caietul de sarcini (Documentația de atribuire) aferentă Licitației anterioare organizate de Autoritatea Contractantă în anul 2019.

15. Cu toate acestea, conform interpretării dată în procedura organizată în anul 2019, cele două condiții (experiența relevantă și cunoștințele specifice) nu au fost solicitate cumulativ pentru toți avocații propuși, evaluarea ofertelor realizându-se fără luarea în calcul a necesității îndeplinirii în mod cumulat și distinct (prin prezentarea de documente justificative diferite) de către fiecare avocat în parte a celor două condiții.

16. În acest context, o parte considerabilă a avocaților care s-au calificat în cadrul Procedurii anterioare desfășurate în 2019 și au încheiat acorduri-cadru de reprezentare cu Ministerul Finanțelor, nu mai îndeplinesc în momentul actual criteriile de eligibilitate, întrucât nu cumulează cele două condiții (experiență în arbitraje investiționale finalizate și cunoștințe).

17. Așa cum am arătat în cele ce preced, după ce România, prin Ministerul Finanțelor, le-a acordat anterior mandat de reprezentare și își desfășoară activitatea în litigiile pendente, aceeași autoritate contractantă stabilește în anul 2023 că aceleași societăți de avocatură mandatate nu mai îndeplinesc nici măcar cerințele minime obligatorii pentru calificare, ca urmare a interpretării diferite a unei cerințe de participare identice.

18. Apreciem că această soluție este discriminatorie și de asemenea inoportună întrucât experiența relevantă și cunoștințele despre acordurile internaționale pot fi dobândite deopotrivă prin experiența practică, prin asigurarea asistenței și reprezentării juridice, în cadrul litigiilor arbitrale investiționale, cât și prin cea teoretică, nefiind necesar un cumul între cele două pentru toți avocații propuși.

19. În egală măsură apreciem că este disproporționată și eronată interpretarea cum că litigiile pendente nu reprezintă experiență specifică a avocaților în litigiile arbitrale investiționale, fără nici o deosebire în stadiul de soluționare a acestora. Un litigiu arbitral în care a avut loc audierea finală și, după caz, au fost depuse concluziile post-audiere împreună cu declarația de costuri trebuie socotit că prestația avocatului a fost încheiată, astfel că nu există nici un motiv pentru care să nu reprezinte experiență specifică a avocaților. Împrejurarea că în respectivul litigiu a fost sau nu pronunțată hotărârea arbitrală nu aduce un aport suplimentar în experiența specifică a avocatului, misiunea acestuia din urmă fiind încheiată anterior.

20. Având în vedere argumentele expuse anterior, solicităm respectuos Autorității Contractante revizuirea:

Răspunsului la solicitarea de clarificări nr.7 în scopul permiterii aplicării tuturor criteriilor de atribuire și a unei participări cât mai largi la procedură.

În caz contrar, vă aducem la cunoștință cu tot respectul convenit că vom contesta, în procedura contenciosului administrativ, cerințele restrictive din prezenta procedură de achiziții publice.

Solicităm totodată ca răspunsul autorității contractante la prezenta revenire să fie elaborat și comunicat în termen de maxim 3 (trei) zile lucrătoare de la primirea solicitării, în conformitate cu prevederile pct. 8.2 din Procedura proprie pentru achiziția de servicii juridice nr.113880/29.05.2019.”

Răspuns la întrebarea nr. 7

Autoritatea contractantă va aplica în mod corespunzător răspunsurile suplimentare din prezentul Răspuns consolidat referitoare la cerințele minime obligatorii de la pct.2 lit.c) din Caietul de sarcini. Prin urmare, răspunsul întrebarea nr.7 din Răspunsul consolidat nr. 689.494/21.12.2023 se va citi și prin prisma actualelor clarificări. Pentru evitarea oricărui dubiu, toți avocații propuși a face parte din echipă trebuie să îndeplinească cerințele minime obligatorii de la pct.2 lit.c) din Caietul de sarcini.

Întrebarea nr. 8

„Avand in vedere raspunsurile la solicitarile de clarificari intrebarile 7, 28 si 38, ar rezulta ca dovedirea experientei in arbitraje in conformitate cu cerintele de la 2 lit c) din caietul de sarcini, pentru toti membrii echipei reprezinta o cerinta minima obligatorie.

Avand in vedere ca se solicita ca o conditie minima de calificare ca echipa propusa sa fie formata din minim 4 membri, iar potrivit caietului de sarcini si procedurii proprii, pentru ofertantii calificati propunerea tehnica (atat pentru Lot 1 cat si pentru Lot 2) va fi evaluata si va primi numarul corespunzator de puncte astfel: pentru 1 avocat care demonstreaza experienta in arbitraje UNCITRAL/CIRDI se vor acorda 5 puncte, pentru 2 avocati...10 puncte etc, se observa ca in redactarea initiala, caietul de sarcini nu prevedea ca si conditie minima obligatorie ca toti avocatii propusi sa detina experienta relevanta in arbitraje, nici in mod expres, nici ca o conditie subinteleasa, aceasta experienta fiind punctata in mod distinct in cadrul evaluarii propunerii tehnice, in modalitatea explicata mai sus.

Prin ipoteza, in etapa II, se pot califica echipe care care au in componenta 1 singur avocat cu experienta relevanta.

Raspunsul la solicitarile de clarificari adauga cerinte noi la caietul de sarcini, in sensul ca toti membrii echipei trebuie sa demonstreze experienta relevanta.

Va rugam sa reveniti asupra raspunsului la intrebarile 7, 28 si 38, in caz contrar nefiind posibila aplicarea prevederilor privind evaluarea propunerii tehnice si acordarea punctajului corespunzator, conform caietului de sarcini.”

Răspuns la întrebarea nr. 8

În prezentul răspuns la solicitările de clarificări sunt aduse lămuriri suplimentare la întrebarea nr.7 din Răspunsul consolidat nr. 689.494/21.12.2023. Prin urmare, răspunsul la întrebarea nr.7 din Răspunsul consolidat nr. 689.494/21.12.2023 se va citi și prin prisma actualelor clarificări.

Întrebarea nr. 9

„Avand in vedere Raspunsul consolidat la solicitarile de clarificari, va supunem respectuos atentiei o scurta solicitare de clarificare cu privire la Raspunsul autoritatii la Intrebarea nr. 7.

Astfel, observam ca raspunsul este urmatorul: "Autoritatea contractanta solicita ca CV-ul sa contina informatiile de la pct. 2 lit c) din Caietul de sarcini pentru toti avocatii propusi."

Din raspunsul mai sus-mentionat nu reiese clar daca se impune daca se impune ca toti avocatii propusi a face parte din echipa sa detina experienta specifica in "litigii arbitrale investitionale internationale".

Astfel, observam ca, potrivit pct. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de sarcini un punctaj de 5 puncte se acorda pentru 1 avocat avand experienta specifica in litigii arbitrale investitionale, iar punctajul maxim de 20 de puncte se acorda pentru un numar de cel putin 3 avocati care detin o astfel de experienta.

De asemenea, potrivit cerintelor minimale obligatorii enuntate in cuprinsul Sectiunii 1.2, punctul b, cel putin 4 avocati trebuie sa aiba o experienta minima de 5 ani ca avocat definitiv.

Prin urmare, echipa propusa trebuie sa includa cel putin 4 avocati (cu experienta minima de 5 ani ca avocat definitiv).

Ca atare, din interpretarea coroborata a acestor cerinte, daca raspunsul autoritatii la intrebarea nr. 7 s-ar interpreta in sensul in care "toti avocatii propusi" ar trebui sa aiba experienta anterioara in litigii investitionale, s-ar ajunge in situatia in care punctajele 5-15 acordate conform pct. a.2) din Anexa nr. 2 la Caietul de sarcini nu s-ar putea acorda in nicio situatie, intrucat toti cei 4 avocati cu experienta minima de 5 ani ca avocat definitiv (obligatoriu a se regasi in echipa conform criteriului de la pct. a.1), daca ar trebui sa indeplineasca si conditia experientei minime anterioare in litigii investitionale, ar atrage aplicarea punctajului maxim.

In acest context, pentru evitarea oricarui dubiu, va rugam respectuos sa precizati daca raspunsul mai sus-mentionat se interpreteaza in sensul in care toti avocatii propusi trebuie sa detina experienta anterioara in "litigii arbitrale investitionale internationale" sau doar acei avocati propusi pentru indeplinirea cerintelor de punctaj."

Răspuns la întrebarea nr. 9

A se vedea răspunsul la întrebarea nr. 8 din prezentul Răspuns consolidat.

Întrebarea nr. 10

Cu privire la răspunsul Autorității Contractante la Întrebarea nr. 12, pct. 2 coroborat cu pct. 1, respectiv:

Întrebarea nr. 12:

„1. Care sunt categoriile de activități care îndeplinesc cerința experienței relevante specifice a avocaților în litigiile arbitrale investiționale internaționale?

2. În funcție de răspunsul oferit la întrebarea anterioară, se vor considera ca reprezentând experiență specifică a avocaților în litigii arbitrale investiționale internaționale judecate potrivit regulilor de arbitraj UNCITRAL/CIRDI inclusiv litigiile pendinte?

Răspuns:

1. Categoriile de activități care îndeplinesc cerința experienței relevante specifice a avocaților în litigii arbitrale investiționale internaționale pentru pct. a 2) din Anexa nr. 2 la Caietul de sarcini sunt aceleași cu cele care dovedesc îndeplinirea cerinței minime de la pct. 2 lit. c) din Caietul de sarcini, respectiv orice documente care justifică

activitățile prestate anterior în litigii arbitrale investiționale de către respectivul avocat.

2. Litigiile pendinte nu reprezintă experiență specifică a avocaților în litigii arbitrale investiționale judecate potrivit regulilor de arbitraj UNCITRAL/CIRDI.”

Vă rugăm să confirmați/să clarificați înțelesul litigiului pendinte – noțiune nou-inserată în Răspunsul la clarificări, neputând fi astfel solicitată prezenta clarificare anterior primirii Răspunsului la clarificări.

În orice litigiu arbitral, sunt implicate două tipuri de activități, respectiv activitatea avocațială, prin care asigură asistența și reprezentarea părților dar și activitatea tribunalului arbitral, care urmează să pronunțe hotărârea arbitrală.

Potrivit procedurii arbitrale, atât sub Regulile UNCITRAL cât și CIRDI, etapa procedurală a depunerii costurilor de către părți (Parties' submission on costs), este ultima etapă care implică activitatea avocațială care este astfel finalizată complet, rămânând pendinte doar activitatea tribunalului, respectiv de a delibera, redacta și comunica hotărârea arbitrală. Această activitate a tribunalului, deși activitatea avocațială a fost finalizată, poate dura și câțiva ani.

Considerăm că un litigiu pendinte poate fi doar un litigiu în care activitatea avocațială nu s-a finalizat, existând în continuare etape procedurale de parcurs de către părți.

O interpretare diferită a noțiunii de litigiu pendinte, în contextul în care prezenta procedură de achiziție publică are ca scop selecția avocaților care să reprezinte interesele Autorității Contractante și nu a arbitrilor, este restrictivă, discriminatorie și neadaptată scopului procedurii de achiziție.

În plus, Autoritatea Contractantă trimite la prevederile pct. 2 lit. c) din Caietul de sarcini însă aceste prevederi, în mod firesc, menționează activități anterioare ce se pot demonstra prin înscrisuri, însă nu înlătură/nu elimină/nu interzic activitățile anterior prestate în litigii pendinte. Prin urmare, această precizare, nou introdusă de către Autoritatea Contractantă, necesită clarificare în sensul arătat, respectiv că un litigiu pendinte poate fi doar un litigiu în care activitatea avocațială nu s-a finalizat.

Răspuns la întrebarea nr. 10

A se vedea răspunsul la întrebarea nr.4.

Întrebarea nr. 11

Cu privire la răspunsul Autorității Contractante la Întrebarea nr. 30, respectiv:

Întrebarea nr. 30

„[...]”

De exemplu, se va putea înlocui un avocat cu vechime de 10 ani de la definitivat de un avocat cu vechime de 7 ani de la definitivat în condițiile în care ambii îndeplinesc factorul tehnic de la pct a.1) iv.?

Răspuns:

Prin experiență profesională se înțelege experiența care este punctată în cadrul factorilor tehnici de la pct. a.1) experiența avocaților propuși să facă parte din echipă și pct. a.2) experiența relevantă specifică avocaților.

În concluzie, răspunsul la întrebarea din exemplul dat este că nu se va putea înlocui un avocat cu experiență de 10 ani ca avocat definitiv cu un avocat cu experiență de 7 ani.”

Considerăm excesivă interpretarea Autorității contracte cu privire la noțiunea de experiență profesională în acest context, în sensul în care aceasta include și vechimea în profesie, respectiv de la data intrării în Barou ca avocat definitiv.

Această precizare adusă prin răspunsul la Întrebarea 30, mai sus enunțat, este de natură discriminatorie deoarece permite la a se ajunge la o situație absurdă în care, spre exemplu, un membru al echipei, cu o vechime în avocatură de 40 ani să dorească să se retragă din carieră și să nu poată fi înlocuit cu un alt avocat cu o vechime de 37 de ani în avocatură. În mod evident, nu se poate pune în discuție că avocatul cu vechime de 37 de ani în profesie nu ar îndeplini cerințele experienței profesionale relevante.

Prin urmare, vă rugăm să reveniți și să clarificați dacă Nota de la pct. 3.1 din Anexa nr. 2 la Caietul de sarcini poate fi interpretată în sensul că avocatul nou propus va îndeplini cerințele minime obligatorii și va întruni criteriile aplicate în cadrul procedurii, nefiind afectat punctajul obținut.”

Răspuns la întrebarea nr. 11

Autoritatea contractantă clarifică faptul că Nota de la pct. 3.1 din Anexa nr. 2 la Caietul de sarcini poate fi interpretată în sensul că avocatul nou propus va îndeplini cerințele minime obligatorii și va întruni criteriile aplicate în cadrul procedurii, nefiind afectat punctajul obținut.

Cu stimă,

Director general,
Cornelia NAGY

Director general adjunct,
Vacant

Șef serviciu,
Marius-Leon TĂNASIE

Întocmit,
Alina HORIA - Consilier achiziții publice superior