



NOTIFICARE

cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice¹

Având în vedere interpretarea neunitară de către autoritățile contractante a situației de excludere referitoare la încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor principale ce îi reveneau operatorului economic în cadrul unui contract de achiziție publică/sectorială/de concesiune, având ca efect fie solicitarea de clarificări care conduc la prelungirea duratei de evaluare a ofertelor, fie excluderea de la procedură a unor operatori economici în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016,

În vederea clarificării anumitor aspecte în legătură cu motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016,

Subliniind faptul că exemplele de încălcări grave ale obligațiilor contractuale enumerate la art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 nu acoperă în mod exhaustiv toate situațiile care pot fi încadrate în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din actul normativ sus-menționat,

Reținând că decizia privind excluderea de la procedură aparține autorității contractante, în urma analizării de la caz la caz a motivelor de excludere invocate și, după caz, a dovezilor prezentate de către operatorul economic pentru demonstrarea în concret a credibilității sale, în conformitate cu prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016,

Aducem la cunoștința tuturor celor interesați următoarele:

În conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, „*autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*”.

Astfel, pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic trebuie:

- fie să fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior;
- fie să fi încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, al unui contract de achiziție sectorială sau al unui contract de concesiune, încheiate anterior,

și, în același timp, respectivele încălcări să fi condus:

¹ Se aplică în mod similar și pentru art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale și, respectiv, art. 81 alin (1) lit. f) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;

- fie la încetarea anticipată a respectivului contract,
- fie la plata de daune-interese,
- fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus.

Prin urmare, pentru invocarea acestei situații de excludere, este suficientă îndeplinirea uneia dintre condițiile menționate în prima teză a **art. 167 alin. (1) lit. g)**, cumulativ cu una dintre condițiile menționate în teza a doua, nefiind necesară îndeplinirea cumulativă a tuturor condițiilor prevăzute în prima teză, respectiv a tuturor celor prevăzute în a doua teză.

Spre exemplu, pentru ca situația să fie considerată motiv de excludere:

- încetarea anticipată a contractului nu trebuie să fie însoțită în mod obligatoriu și de plata de daune-interese/alte sancțiuni comparabile, dar trebuie să fie o consecință a unei încălcări grave sau a unei încălcări repetate a obligațiilor contractuale principale;

sau

- încălcarea gravă a obligațiilor contractuale nu trebuie să fie și repetată, dar trebuie să fi condus la una dintre consecințele enumerate în teza a doua;

sau

- încălcările repetate nu trebuie să fie grave, dar trebuie să fi condus la una dintre consecințele enumerate în teza a doua.

➤ Un prim aspect care trebuie clarificat în legătură cu situația de excludere care face obiectul prezentei Notificări vizează situația în care un contract conține clauze de aplicare a unor penalități pentru încălcarea anumitor obligații.

În acest caz, aplicarea de penalități conform clauzelor contractuale, în cadrul unui contract de achiziții publice/sectoriale/de concesiune, aduce operatorul economic în cauză în situația de excludere prevăzută la **art. 167 alin. (1) lit. g)** din Legea nr. 98/2016 numai în măsura în care neîndeplinirea obligațiilor respective/întârzierea în îndeplinirea acestora reprezintă o abatere gravă sau în cazul în unor abateri/întârzieri repetate.

➤ În același timp, este important de subliniat că legea permite² acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere care face obiectul prezentei Notificări în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la plata penalităților sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate.

➤ Un alt aspect important de subliniat vizează aplicarea situației de excludere care face obiectul prezentei Notificări și în cazul încălcării în mod grav sau repetat a obligațiilor principale ce-i reveneau operatorului economic în cadrul unui acord-cadru, respectiv în cadrul unui contract subsecvent, o astfel de concluzie reieșind din prevederile **art. 166 alin. (1) și alin. (2)** din Anexa la H.G. nr. 395/2016, potrivit căreia autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare și în cazul acordurilor-cadru, respectiv al contractelor subsecvente încheiate în baza acestora.

² Conform art. 171 din Legea nr. 98/2016, care transpune prevederile art. 57 paragraful (6) din Directiva 2014/24/UE

➤ Referitor la documentele constatatoare, având în vedere că autoritatea contractantă verifică încadrarea operatorilor economici ofertanți în situația de excludere care face obiectul prezentei Notificări prin intermediul documentelor constatatoare emise de către alte autorități contractante, în urma derulării unor contracte de achiziție publică/sectorială/de concesiune cu operatorii economici în cauză, se va avea în vedere faptul că existența unui document constatator în care se menționează încălcarea obligațiilor principale ce-i reveneau contractantului în cadrul unor asemenea contracte nu conduce automat la aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, potrivit art. 166 alin. (8) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant pe baza unui document constatator negativ, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având în vedere totodată și prevederile art. 171 din Lege.

Pe de altă parte, potrivit art. 166 alin. (4) - (5¹) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, „(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(5) Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii, se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse.

(5¹) Autoritatea contractantă are obligația de a actualiza în SEAP informațiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoștință că situația de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective.”

Din prevederile legale anterior citate se desprinde concluzia potrivit căreia documentele constatatoare pot fi publicate în SEAP, în scopul opozabilității față de terți, doar după expirarea termenului legal de contestare, sau, în cazul documentelor constatatoare cu privire la care a fost formulată o contestație, numai după soluționarea contestației.

Prin urmare, nepublicarea în SEAP a documentului constatator (ca urmare a contestării sale sau a neîmplinirii termenului de contestare) nu modifică efectele acestuia între părți, în măsura în care nu a fost suspendată executarea lui, ci afectează doar opozabilitatea față de terți a documentului constatator.

➤ O situație particulară de excludere în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 este reglementată prin art. 144 alin. (1) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, conform căruia refuzul nemotivat al ofertantului declarat câștigător de a semna contractul de achiziție publică/acordul-cadru este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege. În această situație, potrivit art. 166 alin. (2) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă are obligația de a emite documentul constatator negativ în termen de 14 zile de la data la care ar fi trebuit încheiat contractul de achiziție public/acordul-cadru, dacă ofertantul nu ar fi refuzat semnarea acestuia.

➤ O altă ipoteză de încadrare în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 vizează situația în care operatorul economic nu și-a îndeplinit în totalitate obiectul

contractului, nelivrând toate produsele, motiv pentru care autoritatea contractantă a reținut parțial garanția de bună execuție.

➤ De asemenea, neconstituirea garanției de bună execuție sau nerespectarea termenelor contractuale de livrare, care conduc la încetarea anticipată a contractului, pot fi considerate motive de excludere în baza **art. 167 alin. (1) lit. g)** din Legea nr. 98/2016, în acest caz fiind îndeplinite ambele tipuri de condiții prevăzute de lege.

➤ Este important de subliniat că situația de excludere reglementată de **art. 167 alin. (1) lit. g)** din Legea nr. 98/2016 nu mai subzistă după o perioadă de 3 ani de la data la care a fost produsă, cu condiția să nu existe o hotărâre judecătorească definitivă privind aplicarea măsurii interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/sectorială/acord-cadru pentru o anumită perioadă, caz în care situația de excludere se aplică pe toată perioada interdicției.

Astfel, spre exemplu, în condițiile expuse mai sus, un document constatat negativ este valabil pe o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant care a condus la mențiunile din documentul respectiv.

➤ Un alt aspect deosebit de important vizează asimilarea situației nerespectării obligațiilor contractuale de către un operator economic (reglementată la **art. 167 alin. (1) lit. g)** din Legea nr. 98/2016) cu săvârșirea unei abateri profesionale (reglementată la **art. 167 alin. (1) lit. c)** din Legea nr. 98/2016).

Astfel, în Decizia Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), pronunțată în Cauza C-465/11, la **pct. 29** se precizează: „(...) în consecință, nerespectarea de către un operator economic a obligațiilor sale contractuale poate, în principiu, să fie considerată drept abatere profesională”.

În acest sens, apreciem că modalitatea de transpunere a Directivei 2014/24/UE³ trebuie analizată astfel:

Potrivit **art. 167 alin. (1) lit. g)** din Legea nr. 98/2016, „Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”. Potrivit **art. 57 alin. (4) lit. g)** din Directiva 2014/24/UE „Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: (...) dacă operatorul economic a dat dovadă de **deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond** prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”.

Considerentul 101 para. (2) și (3) al Directivei 2014/24/UE prevede: „Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale

³ Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE.

decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptului intern. Acestea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic. Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluderi.

Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității. Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale. Cu toate acestea, cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui.”

Din tabelul de concordanță anexa XV al Directivei nr. 2014/24/UE rezultă că articolului 57 alineatul (4) din această directivă îi corespunde articolul 45 alineatul (2) din Directiva 2004/18/CE⁴. Astfel prevederile articolului 45 alin. (2) lit. c) și lit. d) din cadrul Directivei 2004/18/CE au fost mixate, acestea regăsindu-se în cadrul articolului 57 alin. (4) lit. c) și g) al Directivei nr. 2014/24/UE astfel:

- Prevederile art. 45 alin. (2) lit. c) din Directiva 2004/18/CE, care dispuneau: „Poate fi exclus de la participarea la un contract orice operator economic: (...) c) care a făcut obiectul unei hotărâri cu autoritate de lucru judecat, în conformitate cu dispozițiile legale ale țării, privind o faptă care aduce atingere eticii profesionale”, sunt reformulate la art. 57 alin. (4) lit. c) din Directiva nr. 2014/24/UE în sensul că „Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: (...) c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa”; iar

- Prevederile art. 45 alin. (2) lit. d) din Directiva 2004/18/CE, care dispuneau: „Poate fi exclus de la participarea la un contract orice operator economic: (...) d) care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica”, sunt reformulate la art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva nr. 2014/24/UE în sensul Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: (...) g) dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care

⁴ Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii

au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”.

În decizia CJUE invocată mai sus, Curtea a definit noțiunea de „abatere profesională gravă” care figurează la **art. 45 alin. (2) primul paragraf lit. d)** din cadrul Directivei 2004/18 - astfel cum rezultă din para. 26 al hotărârii ante-menționate; text care, așa cum s-a reținut anterior, se regăsește în cadrul Directivei 2014/24/UE la **art. 57 alin. (4) lit. c)**, prevedere transpusă în dreptul național la **art. 167 alin. (1) lit. c)** din Legea nr. 98/2016.

Para. 33 din cadrul hotărârii ante-menționate prevede: *„În această privință, trebuie să se arate că, ținând seama de caracteristicile proprii ale sistemelor juridice naționale în materie de răspundere, noțiunea „motive imputabile” este foarte largă și poate cuprinde situații care depășesc cu mult o atitudine a operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Or, articolul 54 alineatul (4) primul paragraf din Directiva 2004/17 face trimitere la posibilitatea aplicării criteriilor de excludere enumerate la articolul 45 din Directiva 2004/18 „în condițiile prevăzute în acel articol”, astfel încât noțiunea „abatere gravă”, în sensul indicat la punctul 25 din prezenta hotărâre (n.n. Trebuie să se constate că articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18, spre deosebire de dispozițiile privind cauzele de excludere prevăzute la același paragraf literele (a), (b), (e) și (f) al acestui articol, nu face trimitere la legislațiile și reglementările naționale, dar că al doilea paragraf al aceluiași alineat (2) prevede că statele membre precizează, în temeiul dreptului lor intern și cu respectarea dreptului Uniunii, condițiile sale de aplicare), nu poate fi înlocuită cu noțiunea „motive imputabile” operatorului economic în cauză”.* De unde rezultă clar limitele în care Curtea s-a pronunțat.

Așa cum s-a reținut anterior, prevederile **art. 57 alin. (4) lit. c)** din Directiva 2014/24/UE, transpuse prin **art. 167 alin. (1) lit. c)** din Legea nr. 98/2016 sunt similare prevederilor **art. 45 alin. (2) lit. d)** din Directiva 2004/18/CE.

Astfel, CJUE, în cauza C-465/11, la pct. 28, a reținut: *„articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18 conferă autorităților contractante competența să constate o abatere profesională prin orice mijloace pe care acestea le pot justifica. În plus, spre deosebire de același paragraf litera (c), nu este necesară o hotărâre cu autoritate de lucru judecat pentru constatarea unei abateri profesionale în sensul dispoziției care figurează la paragraful menționat litera (d)”.*

Tot în cauza C-465/11 Curtea a reținut la pct. 31: *„constatarea existenței unei „abateri grave” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză”.*

În concluzie, având în vedere cele expuse mai sus, este de reținut faptul că, în vederea luării unei decizii privind excluderea sau nu a unui operator economic în baza **art. 167 alin. (1) lit. g)** din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a verifica îndeplinirea tuturor condițiilor impuse de lege, de a analiza toate aspectele și documentele relevante în acest sens și de a dispune toate măsurile care se impun în vederea clarificării eventualelor incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența situației de excludere.

În acest sens, subliniem că autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia cunoștință că operatorul economic se află în una dintre situațiile de natură să atragă excluderea sa din procedura de atribuire, în baza **art. 167 alin. (1) lit. g)** din Legea nr. 98/2016.