

**Rolul și efectele documentului constatator în procedurile de achiziții publice****Prof. univ. dr. Simona Gherghina****Conf. univ. dr. Monica Amalia Rațiu***Facultatea de Drept, Universitatea din București*

**Rezumat:** Pornind de la reglementarea națională a documentului constatator, studiul analizează conformitatea acestuia cu regulile și principiile stabilite prin directivele europene privind achizițiile publice, astfel cum au fost interpretate de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, evidențiind elementele divergente față de dreptul european. Reîntregind componenta europeană a regimului juridic al documentului constatator, este analizată maniera în care calificarea documentului constatator ca act administrativ a condus la distorsionarea eficienței sale, prin împiedicarea aplicării mecanismului de self-cleaning. Modificările recente aduse acestui regim juridic adâncesc această divergență, făcând necesară o reșezare a regimului juridic al documentului constatator care să se racordeze la principiile consacrate în dreptul european al achizițiilor publice

**Cuvinte cheie:** achiziții publice, proceduri de atribuire, motive de excludere, self-cleaning, document constatator.

**The legal role and effects of the ascertaining document in public procurement procedures**

**Abstract:** Starting from the national regulation of the ascertaining document, the study analyses its conformity with the rules and principles established by the European directives on public procurement, as interpreted by the case-law of the Court of Justice of the European Union, highlighting the divergent elements from European law. Building on the European component of the legal regime of the ascertaining document, the study analyses the manner in which the qualification of the ascertaining document as an administrative act led to the distortion of its efficiency, by preventing the application of the self-cleaning mechanism. Recent amendments to this legal regime deepen this divergence, making it necessary to re-establish the legal regime of the ascertaining document that would connect to the principles enshrined in European public procurement law.

**Key words:** public procurement, award procedures, grounds for exclusion, self-cleaning, ascertaining document.

## I. ASPECTE INTRODUCATIVE. DOCUMENTUL CONSTATATOR CA ELEMENT AL VERIFICĂRII EXISTENȚEI UNUI MOTIV DE EXCLUDERE DIN PROCEDURA DE ATRIBUIRE A UNUI CONTRACT PUBLIC

Un subiect recurent de discuții contradictorii între practicienii dreptului în ultimii ani îl constituie regimul juridic al documentului constatator emis de autoritățile contractante cu privire la modul în care un operator economic a executat obligațiile asumate printr-un contract de achiziții publice. Numeroasele litigii aflate pe rolul instanțelor judecătorești și chiar arbitrale în legătură cu emiterea și efectele documentului constatator au condus la o practică neunitară, întreținută din păcate de inconsecvențele legislative, rămase nesoluționate ca urmare a modificărilor succesive ale normelor aplicabile. În aceste condiții, regimul juridic al documentului constatator rămâne imprecis, iar la această neclaritate contribuie și analiza sa exclusiv din perspectiva reglementărilor naționale. Fără îndoială, o astfel de perspectivă nu este doar limitată ci mai ales incorectă, în condițiile în care reglementarea documentului constatator în dreptul român pune în aplicare reguli și principii din dreptul european. Prin acest studiu ne propunem să contribuim la clarificarea regimului juridic al documentului constatator, pornind de la fundamentele sale din dreptul european și subliniind aspectele în care reglementarea națională se depărtează, uneori primejdios, de aceste fundamente, șubrezind astfel mecanismul juridic din care face parte documentul constatator.

Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE<sup>1</sup> (în continuare „Directiva clasică” sau „Directiva privind achizițiile publice” sau „Directiva 24/2014”) a prevăzut ca în anumite situații, reunite sub titulatura *motive de excludere*, operatorii economici să fie împiedicați să oferteze o anumită perioadă de timp în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică. Directiva privind achizițiile publice reglementează la art. 57 două categorii de astfel de motive de excludere<sup>2</sup>: motive obligatorii și motive facultative. În ceea ce privește Directiva 2014/25/UE privind achizițiile sectoriale<sup>3</sup>, aceasta nu reiterează textul cu motivele de excludere din Directiva 24 ci inserează la art. 80 intitulat *Utilizarea motivelor de excludere și a criteriilor de selecție prevăzute în Directiva 2014/24/UE* o trimitere la reglementarea din Directiva clasică<sup>4</sup>. Se observă, astfel, că în materia motivelor de excludere a ofertanților din

<sup>1</sup> Publicată în Jurnalul Oficial L 94 din 28.3.2014, p. 65-242.

<sup>2</sup> Pentru detalii privind conținutul și limitele aplicării motivelor de excludere, A. Sánchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, ed. a 2-a, Hart Publishing, 2015, p. p. 285-315; A. Sánchez-Graells, *Exclusion, Quantitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24*, în F. Lichere, R. Caranta, S. Treumer (ed.), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, DJØF Publishing 2014, p. 105-114; P. Friton, J. Zoll, comentariu la art. 57 din Directiva 2014/24/UE, în R. Caranta, A. Sanchez-Graells (ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing 2021, pp. 594-636; C. Risvig Hamer, comentariu la art. 57 din Directiva 2014/24/UE, în M. Steinicke, P. L. Vesterdorf (ed.), *EU Public Procurement Law. Brussels Commentary*, C.H. Beck. Hart. Nomos 2018, pp. 613-658; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement - Regulation in the EU and UK*, vol. 1, ediția a 3a, Sweet&Maxwell, 2014, pp. 1248-1271, C. Bovis, *The Law of EU Public Procurement*, ediția a 2a, Oxford University Press, 2015, pp. 405-412.

<sup>3</sup> Publicată în Jurnalul Oficial L 94 din 28.3.2014, p. 243-374.

<sup>4</sup> „Normele și criteriile obiective de excludere și selectare a operatorilor economici care solicită calificarea într-un sistem de calificare, precum și normele și criteriile obiective de excludere și selectare a candidaților și ofertanților în cadrul procedurilor deschise, restrânse sau de negociere, al dialogurilor competitive sau al parteneriatelor pentru inovare pot include motivele de excludere enumerate la articolul 57 din Directiva

procedura de atribuire, legiuitorului european a reglementat un set unic de reguli care să fie aplicabile și achizițiilor clasice și celor sectoriale.

Motivele obligatorii de excludere a ofertanților din procedura de atribuire au în vedere săvârșirea de către ofertant a unor infracțiuni specifice, enumerate exhaustiv, precum și neplata unor obligații fiscale scadente<sup>5</sup>. Motivele facultative de excludere sunt reglementate la art. 57 alin. (4) din Directivă și vizează, după caz, încălcarea obligațiilor aplicabile în domeniul mediului, social și al muncii, particularitatea că operatorul economic este în stare de faliment sau în situație de insolvență, săvârșirea de către operatorul economic a unei abateri profesionale grave care pune sub semnul întrebării integritatea sa, încheierea de acorduri care vizează denaturarea concurenței, conflictul de interese, denaturarea concurenței prin participarea operatorului economic la pregătirea procedurii de atribuire, ipoteza în care operatorul a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente în îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, inserarea de declarații false sau omiterea prezentării de informații pentru a ascunde existența unor motive de excludere sau legat de îndeplinirea criteriilor de selecție și încercarea operatorului de a influența în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante în legătură cu atribuirea contractului.

În ceea ce privește transpunerea acestor dispoziții în dreptul național, Directiva 24/2014 permite statelor membre să transpună motivele facultative ca motive obligatorii<sup>6</sup>, caz în care impune reglementarea sau detalierea unor concepte și condiții specifice care să reflecte această ranforsare a aplicării lor.

Legiuitorului român a optat pentru transpunerea motivelor facultative de excludere ca motive obligatorii și, în vederea asigurării scopurilor Directivei clasice, a detaliat diverse aspecte legate de conținutul și modul de aplicare a respectivelor motive. Dispozițiile art. 57 din Directiva clasică au fost transpuse în dreptul român prin art. 167-171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care reglementează motivele de excludere a unui operator economic din procedura de atribuire (art. 167) precum și modalitatea în care autoritatea contractantă verifică existența motivelor de excludere (art. 168-169), inclusiv pe baza dovezilor aduse de operatorul economic (art. 171).

---

*2014/24/UE, în termenii și condițiile prevăzute la articolul respectiv. În cazul în care entitatea contractantă este o autoritate contractantă, aceste criterii și norme includ motivele de excludere enumerate la articolul 57 alineatele (1) și (2) din Directiva 2014/24/UE, în termenii și condițiile prevăzute la articolul respectiv. Dacă statele membre solicită acest lucru, aceste criterii și norme includ, în plus, motivele de excludere enumerate la articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24/UE, în termenii și condițiile prevăzute la articolul respectiv”.*

<sup>5</sup> La art. 57 alin. (1) din Directiva 24/2014 sunt reglementate motivele obligatorii de excludere, care se referă la săvârșirea de către ofertant a unor infracțiuni grave, enumerate limitativ (participarea la o organizație criminală, săvârșirea de fapte de corupție, fraudă, infracțiuni legate de activități teroriste, spălare de bani sau finanțarea terorismului, exploatarea prin muncă a copiilor și alte forme de trafic de persoane; în temeiul art. 57 alin. (2) constituie tot motiv obligatoriu de excludere încălcarea de către operatorul economic a obligațiilor de plată a impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale.

<sup>6</sup> Conform dispozițiilor art. 57 alin. (4) 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 (...)”*. Comparând cu modalitatea de redactare a art. 57 alin. (1) care prevede faptul că *“autoritățile contractante exclud (...)”* se observă că motivele de la primul alineat al art. 57 se aplică în mod obligatoriu, în timp ce, în legătură cu motivele de la alineatul al patrulea statele au la dispoziție posibilitatea de a impune sau de a nu impune autorităților contractante să le aplice. Iar la rândul lor, dacă legislația națională nu le obligă să le aplice, autoritățile contractante pot opta pentru a aplica sau a nu aplica motivele de excludere enumerate în art. 57 alin. (4).

Toate prevederile articolelor 167-171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice care descriu modalitatea de aplicare a motivelor de excludere a unui operator economic în cursul unei proceduri de atribuire și care nu se regăsesc ca atare în prevederile art. 57 din Directiva 24 au fost adoptate de legiuitorul român în temeiul prevederilor art. 57 alin. (7) din această directivă, care stabilesc obligația statelor membre de a reglementa la nivel național condițiile de aplicare a articolului în cauză.

Între aspectele detaliate de legea română în urma deciziei de a transpune toate motivele de excludere din Directivă ca motive obligatorii se numără reglementarea obligației autorității contractante de a consemna într-un document specific, la încetarea contractului de achiziție publică, modul în care operatorul economic a executat respectivul contract, cu precizarea eventualelor deficiențe. Acest document este publicat de autoritatea contractantă spre informarea participanților la piața achizițiilor publice. Existența unui document constatator care atestă încălcări de o anumită gravitate a obligațiilor asumate de un operator economic printr-un contract de achiziție publică are drept efect posibilitatea ca, pentru o perioadă de timp, operatorul economic în cauză să fie împiedicat să mai participe la proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică. Acestei obligații i s-a adăugat recent dreptul autorității contractante de a emite astfel de documente și pe parcursul executării contractului<sup>7</sup>.

## II. REGLEMENTAREA DOCUMENTULUI CONSTATATOR ÎN DREPTUL ROMÂN

Din analiza legislației române a achizițiilor publice se observă că obligația autorității contractante de a emite un act (în continuare „document constatator”) prin care să ateste îndeplinirea sau neîndeplinirea obligațiilor contractuale născute dintr-un contract de achiziții publice și/sau daunele-interese pe care le pretinde de la co-contractantul său, indiferent de încasarea lor, nu este prevăzută de Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice<sup>8</sup> ci doar de Normele metodologice din 2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin H.G. nr. 395/2016<sup>9</sup> (în continuare „Normele metodologice”). În fapt, Legea nr. 98/2016 nu face nicio referire la existența unui astfel de document<sup>10</sup>.

Cu toate acestea, reglementarea prin Normele metodologice a unui astfel de document descriptiv referitor la modul în care un operator economic care este parte într-un contract de achiziții publice și-a îndeplinit obligațiile contractuale este permisă (chiar și în lipsa unei norme de trimitere în Legea nr. 98/2016) având în vedere de prevederile primului paragraf al art. 57 alin. (7) din Directiva 24/2014 potrivit căroră „*Prin intermediul unui act legislativ sau administrativ național și cu respectarea dreptului Uniunii, statele membre precizează condițiile de aplicare a prezentului articol*”.

<sup>7</sup> Potrivit art. 166 (5<sup>2</sup>) din Normele metodologice la Legea achizițiilor publice, astfel cum au fost modificate prin H.G. nr. 375/2022.

<sup>8</sup> Publicată în Monitorul Oficial nr. 390 din 23 mai 2016, cu modificări și completări.

<sup>9</sup> Publicată în Monitorul Oficial nr. 423 din 6 iunie 2016, cu modificări și completări.

<sup>10</sup> Situația a fost similară și sub imperiul dispozițiilor O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii care care a transpus generația anterioară de directive în domeniul achizițiilor publice publicate în anul 2004. Se observă că O.U.G. nr. 34/2006 nu face nicio referire la documentul constatator, conceptul fiind reglementat de art. 97<sup>1</sup> din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Din analiza ansamblului dispozițiilor Normelor metodologice referitoare la documentul constatator se observă că acestea își găsesc aplicarea în legătură cu un singur motiv de excludere și anume acela prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice: *„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”* (s.n. – S.G., M.A.R.).

Pentru a delimita sfera de cuprindere a conceptului de „încălcare în mod grav a obligațiilor”, legiuitorul român a enumerat în alin. (8) al aceluiași art. 167 câteva exemple: *„În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract”* (s.n. – S.G., M.A.R.).

Așadar, documentul constatator a fost reglementat în dreptul român ca un instrument care să permită autorităților contractante să verifice existența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g), articol prin care este transpus motivul de excludere prevăzut de art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 24/2014<sup>11</sup>, potrivit căruia: *„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”*.

Întrucât acest motiv de excludere prevăzut la art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 24/2014 este inclus de directivă printre motivele facultative, iar legiuitorul român a decis să îl transpună schimbând caracterul motivului din facultativ în obligatoriu<sup>12</sup>, a fost obligat de dispozițiile art. 57 alin. (7) din Directiva 24/2014 să detalieze modul de aplicare a motivului de excludere în discuție. Reglementarea documentului constatator reprezintă unul din aspectele detaliate doar de dreptul național care asigură aplicarea conform scopurilor Directivei 24/2014 a dispozițiilor privind motivul de excludere care privește executarea cu deficiențe a unui contract de achiziții publice anterior depunerii unei oferte într-o procedură de atribuire.

În acest context legislativ, legiuitorul român a statuat în art. 166 alin. (1) din Normele metodologice că *„Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează: [...]”*.

Emitentul documentului constatator nu este o entitate terță față de execuția unui contract de achiziție publică ci chiar autoritatea contractantă care a derulat respectivul

<sup>11</sup> Pentru evoluția reglementării și limitele de aplicare a dispozițiilor art. 57 alin. (4) lit. g), S. Arrowsmith, op.cit., pp. 1269 -1270, C. Bovis, op.cit., pp. 407-408, A. Sánchez-Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules, ed. a 2-a, Hart Publishing, 2015, p. 289-290.

<sup>12</sup> Potrivit art. 57 alin. (4) din Directiva 24/2014 acest motiv de excludere a operatorului economic din procedura de atribuire este unul facultativ: *„Autoritățile contractante pot exclude [...]”*. În legea română, același motiv de excludere devine unul obligatoriu, întrucât potrivit art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice: *„Autoritatea contractantă exclude [...]”* (s.n.).



contract în calitate de beneficiar. Astfel, la încetarea contractului de achiziție publică, autoritățile contractante au obligația de a emite, într-un termen determinat<sup>13</sup> stabilit prin aceleași Norme metodologice, un document specific care conține informații referitoare la (i) îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către operatorul economic cu care au încheiat un contract de achiziție publică, și (ii) eventualele daune-interese datorate de operatorul economic respectiv în legătură cu executarea contractului de achiziție publică.

Din analiza art. 166 din Normele metodologice rezultă că autoritatea contractantă are obligația de a emite document constatator la încheierea relațiilor contractuale în toate situațiile mai puțin în ipoteza în care contractul de achiziție publică a fost atribuit în mod direct, fără parcurgerea uneia din procedurile prevăzute de lege. În temeiul art. 166 alin. (6) „În cazul contractelor atribuite prin cumpărare directă, autoritatea contractantă are dreptul de a emite documente constatatoare în conformitate cu alin. (1), atunci când este solicitat acest lucru de către contractant/contractant asociat”. Întrucât cumpărarea directă este permisă numai în limita unor praguri de mică valoare, se presupune că eventualele neregularități într-un astfel de contract au fost considerate de legiuitor ca fiind de mai mică importanță, fiind acceptabil să nu fie făcute publice în vederea verificării viitoare a eventualei incidențe a motivului de excludere referitor la deficiențe în executarea anterioară a unor contracte de achiziție publică. O astfel de interpretare este susținută și de clarificările prevăzute la ultimul alineat al par. (101) din preambulul Directivei 24/2014 care lămurește faptul că „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”. Pe de altă parte, în măsura în care un operator economic dorește să utilizeze dovada bunei executări a unui contract de mică valoare, acesta are dreptul de a solicita autorității contractante eliberarea unui document

<sup>13</sup> Art. 166. – „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție tehnică a produselor în cauză;

b) pentru contractele de servicii atribuite printr-o procedură de atribuire, altele decât contractele de servicii de proiectare: în termen de 14 zile de la data finalizării prestării serviciilor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent;

c) pentru contractele de servicii de proiectare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării prestării serviciilor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor proiectate;

d) pentru contractele de servicii de supervizare a lucrărilor/dirigenție de șantier, în termen de 14 zile de la data emiterii raportului final de supervizare/expirarea duratei de garanție acordată lucrării în cauză;

e) pentru contractele de lucrări atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor, întocmit la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor în cauză.

(2) În situația prevăzută la art. 144 alin. (1), documentul constatator se emite 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, sau de la data de la care a fost reziliat acesta, în cazul în care există contract semnat”.

constatator. Mai mult, conform dispozițiilor art. 166 alin. (7) „Autoritatea contractantă poate emite un document constatator unui subcontractant la solicitarea acestuia și numai în cazul prezentării contractului de subcontractare și a recepțiilor aferente”.

În intervalul cuprins între publicarea Normelor metodologice în anul 2016 și adoptarea H.G. 375/2022 privind modificarea și completarea Hotărârii Guvernului nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, a Hotărârii Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, precum și a anexelor nr. 1 și 2 la Hotărârea Guvernului nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice<sup>14</sup> (numită în continuare „H.G. nr. 375/2022”), singura ipoteză în care autoritatea avea obligația și/sau dreptul, după caz, de a întocmi un document constatator era cea a încetării contractului de achiziție publică. Prin H.G. nr. 375/2022, art. 166 din Normele metodologice a fost modificat substanțial fiind reglementat la art. 166 alin. (5)<sup>2</sup> dreptul autorității contractante de a emite certificate constatatoare și pe parcursul executării contractului<sup>15</sup>.

Prin aceeași HG nr. 375/2022 a fost modificat și art. 166 alin. (5) din Normele metodologice care reglementează momentul publicării în SEAP a documentului constatator contestat în instanță. Dacă până la adoptarea H.G. nr. 375/2022 documentul constatator contestat în instanță nu se putea publica în SEAP înainte de soluționarea contestațiilor, în urma modificărilor aduse de respectivul act normativ art. 166 alin. (5) prevede că: „Documentele constatatoare emise de 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 pentru depunerea contestațiilor”.

Este important de observat că documentul constatator este emis cu scopul de a permite oricărei autorități contractante care organizează o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice sau acord-cadru (și nu numai celei care l-a emis) să evalueze în ce măsură operatorul economic la care se referă documentul constatator se află într-o ipoteză de excludere din procedură dintre cele enumerate de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Această concluzie este confirmată de alin. (8) al art. 166 din Normele metodologice, potrivit cărora: „Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege” (s.n. – S.G., M.A.R.).

Publicarea documentului constatator permite oricărei autorități contractante să verifice cu ușurință în SEAP informațiile referitoare la modul în care un operator economic și-

<sup>14</sup> Publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 277 din 22.03.2022.

<sup>15</sup> „Prin excepție de la termenele prevăzute la art. 166 alin. (1) lit. a)-e), autoritatea contractantă are dreptul de a emite documente constatatoare și pe perioada derulării contractului, la fiecare 90 de zile de la momentul semnării contractului, în cadrul cărora vor fi consemnate cel puțin stadiul contractului și, dacă este cazul, eventualele întârzieri/deficiențe în implementarea contractului, precum și eventualele daune cauzate din culpa contractantului”.

a îndeplinit obligațiile contractuale din orice contracte de achiziții publice la care a fost parte precum și modul de îndeplinire a unor contracte în derulare.

Având în vedere aceste aspecte, este evident că documentul constatator este un act reglementat în dreptul român ca urmare a respectării unei obligații stabilite pentru statele membre de Directiva privind achizițiile publice, fiind o modalitate de aplicare a unuia dintre motivele de excludere a operatorilor economici din procedura de atribuire, fiind neîndoielnică funcția sa de act emis în aplicarea dreptului Uniunii Europene în materia achizițiilor publice. În consecință, interpretarea naturii juridice și a regimului juridic ale documentului constatator trebuie realizată cu luarea în considerare nu numai a dreptului național aplicabil, ci și a dreptului Uniunii Europene.

### III. ROLUL DOCUMENTULUI CONSTATOR ÎN PROCEDURA DE ATRIBUIRE

Pentru a determina natura juridică a documentului constatator se impune analizarea rolului pe care acesta îl are în aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Reglementând ca motiv facultativ de excludere dintr-o procedură de atribuire încălcarea gravă sau repetată de către un operator economic a obligațiilor principale născute dintr-un contract de achiziții publice, Directiva nr. 24/2014 a instituit un mecanism de aplicare de către o autoritate contractantă a acestui motiv de excludere ce include două etape obligatorii:

În prima etapă, documentul constatator are ca efect informarea oricărei autorități contractante cu privire la încălcarea gravă sau repetată de către operatorul economic a unui alt contract de achiziții publice, încălcare care a condus la rezilierea contractului, la aplicarea de daune-interese sau la alte sancțiuni contractuale similare. Informația astfel disponibilă prin intermediul documentului constatator permite oricărei autorități contractante să parcurgă a doua etapă. În aceasta, ca urmare a informării realizate în prima etapă, în măsura în care operatorul economic prezintă dovezi că a luat măsuri pentru a elimina cauzele și/sau efectele încălcării prevederilor contractuale, autoritatea contractantă verifică fiabilitatea operatorului economic, aptitudinea sa de a executa în bune condiții contractul, cu aplicarea principiului proporționalității.

Privit în lumina rațiunii reglementării sale, documentul constatator apare ca fiind o verigă a mecanismului de *self-cleaning* reglementat la nivel european, ca o reflectare a principiului proporționalității în procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice<sup>16</sup>. Acest mecanism permite operatorului economic să facă dovada că a luat toate măsurile pentru a asigura aptitudinea sa de a executa contracte de achiziții publice, printr-un mecanism de reabilitare<sup>17</sup>, remediind efectele unei încălcări anterioare a altui contract de achiziție publică și luând măsurile necesare pentru a împiedica astfel de încălcări pentru viitor.

<sup>16</sup> H.-J. Priess, The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive, Public Procurement Law Review, 2014, 3, p. 113.

<sup>17</sup> Ibidem. Pentru o prezentare a etapelor pregătitoare ale reglementării mecanismului de *self-cleaning* în directivele din 2014, S. de Mars, Exclusion and self-cleaning in Article 57: discretion at the expense of clarity and trade? în G.S. Olykke, A. Sanchez-Graells (ed.), Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 254-267.



În cadrul mecanismului de *self-cleaning*, legea română plasează documentul constatator ca premisă a activării dreptului operatorului economic la care documentul se referă de a face dovada măsurilor de remediere.

Astfel, informarea autorității contractante cu privire la existența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice este asigurată prin emiterea documentului constatator de către orice autoritate contractantă care a derulat un contract de achiziții publice cu un operator economic și prin publicarea acestui document constatator în SEAP, unde poate fi accesat de orice altă autoritate contractantă.

În cea de-a doua etapă a aplicării motivului de excludere, în cazul în care cu privire la un operator economic ce participă la procedura de atribuire autoritatea contractantă ia cunoștință de existența unui document constatator care atestă rezilierea unui alt contract de achiziții publice încheiat de operatorul economic respectiv sau aplicarea altei sancțiuni contractuale, cum ar fi daune-interese, nu va exclude automat operatorul din procedură ci îi va permite acestuia să aducă dovezi care să îi ateste fiabilitatea, în termenii art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014<sup>18</sup>, respectiv credibilitatea, în termenii art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice<sup>19</sup>, care le-a transpus în dreptul român.

<sup>18</sup> Potrivit art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014: „Orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate la alineatele (1) și (4) poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere. Dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziție.

În acest scop, operatorul economic dovedește că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abateri, că a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri.

Măsurile luate de către operatorii economici sunt evaluate ținând seama de gravitatea și de circumstanțele particulare ale infracțiunii sau ale abaterii. În cazul în care măsurile sunt considerate insuficiente, operatorul economic primește o expunere a motivelor respectivei decizii.

Un operator economic care a fost exclus prin hotărâre definitivă de la participarea la procedurile de achiziții publice sau de atribuire de concesiuni nu are dreptul să facă uz de posibilitatea prevăzută în temeiul prezentului alineat în statele membre în care hotărârea produce efecte în timpul perioadei de excludere care rezultă din respectiva hotărâre”.

<sup>19</sup> „(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

Rațiunea acestui mecanism în două etape de aplicare de către autoritatea contractantă a motivelor de excludere este explicat de considerentele (101) și (102) din Preambulul Directivei nr. 24/2014, primul explicând relevanța motivelor de excludere (am selectat doar aspectele referitoare la motivul de care este legat documentul constatator, relevant pentru prezenta analiză) și aplicabilitatea principiului proporționalității în aplicarea acestor motive de excludere, iar al doilea explicând necesitatea evaluării fiabilității operatorului economic aflat într-o situație de excludere din procedură prin luarea în considerare a dovezilor de eliminare a cauzelor sau efectelor acestei situații (măsuri de conformare sau *self-cleaning*):

*„(101) Autorităților contractante ar trebui să li se ofere în continuare posibilitatea de a exclude operatorii economici care s-au dovedit a nu fi fiabili [...]*

*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.*

*(102) Cu toate acestea, ar trebui să se prevadă posibilitatea ca operatorii economici să adopte măsuri de conformare pentru remedierea consecințelor infracțiunilor penale sau ale abaterilor și prevenirea în mod eficient a repetării acestora. Măsurile respective ar putea consta, în special, în măsuri legate de personal sau de organizare, cum ar fi ruperea legăturilor cu persoanele sau organizațiile implicate în*

*(3<sup>1</sup>) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.*

*(3<sup>2</sup>) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3<sup>1</sup>) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.*

*(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1)-(3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.*

*(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:*

*a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;*

*b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant”.*

*comportamentul ilicit, măsuri adecvate de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de raportare și de control, crearea unei structuri interne de audit care să monitorizeze respectarea legislației și adoptarea unor norme interne de responsabilizare și de compensare. În cazul în care aceste măsuri oferă garanții suficiente, operatorul economic în cauză nu ar mai trebui să fie exclus doar din aceste motive. Operatorii economici ar trebui să aibă posibilitatea de a solicita examinarea măsurilor de conformare luate în vederea unei posibile admiteri la procedura de achiziții publice. Cu toate acestea, ar trebui să se lase la latitudinea statelor membre să stabilească condițiile procedurale și de fond exacte aplicabile în astfel de cazuri. Acestea ar trebui să aibă, în special, libertatea de a decide dacă permit fiecărei autorități contractante să efectueze evaluările relevante sau dacă doresc să încredințeze această sarcină altor autorități la nivel central sau descentralizat” (s.n. – S.G., M.A.R.).*

Existența celor două etape ale aplicării prevederilor legate de excluderea dintr-o procedură de atribuire a unui operator economic – (a) informarea autorității contractante cu privire la existența unui motiv de excludere și (b) evaluarea de către autoritatea contractantă a măsurilor de conformare luate de operatorul economic, măsuri menite să remedieze consecințele abaterii ce ar putea fi reținute ca motiv de excludere și să prevină repetarea acesteia – este confirmată și clarificată de jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene (numită în cele ce urmează „CJUE” sau „Curtea”), în interpretarea art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014.

#### **IV. MECANISMUL DE REMEDIERE A MOTIVELOR DE EXCLUDERE SEMNALATE DE DOCUMENTUL CONSTATATOR**

Structura mecanismului de *self-cleaning* reglementat prin directivele europene în materia achizițiilor publice este una duală, compusă dintr-un nucleu comun la care se adaugă elemente naționale ce reglementează modalitatea de atestare a existenței unui motiv de excludere din procedură (pentru scopul analizei noastre, a unei abateri profesionale grave), modalitatea de prezentare a dovezilor de remediere de către operatorul economic supus riscului de excludere, precum și modalitatea de evaluare a acestor dovezi.

Curtea a confirmat că scopul urmărit prin aplicarea acestui mecanism de remediere în completarea motivului de excludere este *„de a permite autorității contractante să se asigure cu privire la integritatea și la fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți și, prin urmare, la lipsa unei ruperi a legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză”*<sup>20</sup>. În aceste condiții, Curtea reține existența unui drept, garantat de directivă<sup>21</sup>, al operatorului economic aflat în această situație de excludere (*i.e.* cu privire la care a fost emis un document constatator negativ) de a prezenta autorității contractante ce ar putea-o invoca dovezi care să ateste că măsurile de remediere pe care le-a luat sunt suficiente pentru a restabili credibilitatea sa<sup>22</sup> (fiabilitatea, în termenii directivei).

<sup>20</sup> CJUE, C-210/20 *Rad Service*, hotărârea din 3 iunie 2021, ECLI:EU:C:2021:445, punctul 35, în care Curtea face trimitere și la hotărârea din 19 iunie 2019, *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, punctul 29, și la hotărârea din 3 octombrie 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, C-267/18, EU:C:2019:826, punctul 26.

<sup>21</sup> CJUE, C-387/19 *RTS*, hotărârea din 14 ianuarie 2021, ECLI:EU:C:2021:13, punctul 26.

<sup>22</sup> „Din această perspectivă, articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (102) al acesteia garantează, în principiu, dreptul oricărui operator economic care se află într-una dintre situațiile

Cu alte cuvinte, se poate considera că orice operator economic care a executat în mod necorespunzător un contract de achiziții publice are dreptul de a lua ulterior măsuri de remediere, pentru restabilirea credibilității (fiabilității) sale, în vederea participării la procedurile de atribuire a altor contracte de achiziții publice, precum și dreptul de a prezenta dovezi pertinente ale redobândirii credibilității sale oricărei autorități contractante care s-ar putea prevala de deficiențele din trecut legate de alt contract pentru a exclude din procedură acel operator economic. Existența credibilității operatorului economic, a fiabilității sale, ca aptitudine de a executa în parametrii ceruți un contract de achiziții publice, este elementul central ce determină menținerea sau excluderea unui operator economic într-o sau dintr-o procedură de achiziții publice.

Astfel, în *Meca*<sup>23</sup>, Curtea a arătat că motivul de excludere prevăzut de art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva nr. 24/2014 (i.e. deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior [...] care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile) are la bază „un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător al contractului și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea primului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea respectivă. Astfel, considerentul (101) primul paragraf al acestei directive enunță că autoritățile contractante au posibilitatea de a exclude „operatorii economici care s-au dovedit a nu fi fiabili”, în timp ce al doilea paragraf ia în considerare, în executarea contractelor de achiziții publice anterioare, „un comportament necorespunzător care aruncă îndoiele serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic”<sup>24</sup> (s.n. – S.G., M.A.R.).

Tot în aceeași hotărâre, Curtea subliniază inovația adusă de noua directivă prin instituirea obligativității luării în considerare a măsurilor de conformare adoptate de operatorul economic, înlăturând astfel posibilitatea unei excluderi automate în temeiul motivelor prevăzute de art. 57 alin. (4) din Directiva nr. 24/2014, motive transpuse în art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. „Astfel, această directivă inovează în special prin consacarea, la articolul 57 alineatul (6), a mecanismului măsurilor corective (self-cleaning). Acest sistem, care se aplică operatorilor economici care nu au fost excluși printr-o hotărâre definitivă, urmărește să încurajeze un operator economic care se află într-una din situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din directiva respectivă, să furnizeze dovezi pentru a atesta că măsurile luate sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței unei cauze de excludere facultative pertinente. Dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții”<sup>25</sup> (s.n. – S.G., M.A.R.).

Într-o hotărâre în care a analizat chiar transpunerea în dreptul român a prevederilor art. 57 alin. (4) lit. g) coroborate cu art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014 și astfel aplicarea în dreptul român a celor două etape (informare și evaluare) ale excluderii unui ofertant, pronunțată în data de 3 octombrie 2019 în cauza C-267/18 *Delta*, Curtea a reținut că excluderea unui ofertant exclusiv pe baza mențiunilor din documentul constatator, fără o

---

*prevăzute la alineatele (1) și (4) ale acestei dispoziții de a furniza dovezi că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a atesta fiabilitatea sa, în pofida existenței unui motiv de excludere pertinent”.* CJUE, C-210/20 *Rad Service*, punctul 35.

<sup>23</sup> CJUE, Cauza C-41/18, hotărârea din 19 iunie 2019, ECLI:EU:C:2019:507.

<sup>24</sup> CJUE, C-41/18, *Meca*, punctul 30.

<sup>25</sup> *Idem*, punctul 40.

analiză realizată de autoritatea contractantă a gravității încălcării contractului la care făcea referire documentul constatator nu este conformă cu dreptul Uniunii Europene. Curtea a arătat că „Astfel cum rezultă din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziție publică”<sup>26</sup>, iar „această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă”<sup>27</sup> (s.n. – S.G., M.A.R.).

Pornind de la atribuția autorității contractante de a evalua fiabilitatea operatorului economic, ca element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, Curtea înlătură în *Delta* posibilitatea unei excluderi automate, întemeiate pe informarea furnizată de altă autoritate contractantă: „Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere”<sup>28</sup>. Prin urmare, „rezultă că o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior”<sup>29</sup> și „revine astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior”<sup>30</sup>.

În aceste condiții, autoritatea contractantă nu poate lua decizia excluderii unui ofertant doar pe baza informării oferite prin documentul constatator emis de o altă autoritate contractantă, ci trebuie să realizeze propria sa evaluare a existenței și gravității motivului de excludere (i.e. încălcarea unui alt contract de achiziții publice) conform obligației instituite de art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014. Tot în *Delta* Curtea arată că „În sfârșit, în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă trebuie, pentru a respecta prevederile articolului 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea operatorului economic în cauză să furnizeze dovezi care să ateste că măsurile corective pe care acesta din urmă le-a luat sunt suficiente pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului de achiziții publice anterior și că, prin urmare, acestea sunt de natură să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze facultative de excludere relevante”<sup>31</sup> (s.n. – S.G., M.A.R.).

<sup>26</sup> CJUE, C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93, punctul 25.

<sup>27</sup> *Idem*, punctul 26.

<sup>28</sup> *Idem*, punctul 27.

<sup>29</sup> *Idem*, punctul 28.

<sup>30</sup> *Idem*, punctul 29.

<sup>31</sup> *Idem*, punctul 37.



Considerente similare sunt formulate de CJUE și în hotărârile sale pronunțate în cauzele *Tim*<sup>32</sup> și *Vert Marine*<sup>33</sup>, în sensul că orice aplicare automată a informațiilor legate de existența unui motiv de excludere a unui ofertant, dintre cele prevăzute de art. 57 alin. (4) din Directiva nr. 24/2014 deci în ceea ce privește dreptul român de art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, fără evaluarea eventualelor măsuri de conformare (*self-cleaning*) adoptate de operatorul economic, încalcă prevederile art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014.

Mai mult, orice reglementare națională care ar permite o astfel de excludere automată ar încălca principiul proporționalității și ar fi contrară directivei și deci dreptului Uniunii Europene<sup>34</sup>. Curtea subliniază importanța respectării de către autoritatea contractantă care ar putea invoca un motiv de excludere a dreptului la apărare al operatorului economic<sup>35</sup>.

Un raționament similar, care presupune posibilitatea aplicării unor măsuri de remediere de către operatorul economic care a înregistrat deficiențe semnificative în executarea altui contract de achiziții publice, va fi aplicabil și în cazul subcontractanților. Astfel, în *Rad Service*, Curtea a confirmat că, într-o primă etapă, autoritatea contractantă trebuie să dea dreptul subcontractantului să prezinte eventualele dovezi ale măsurilor de remediere întreprinse<sup>36</sup>, urmând ca pe baza acestor dovezi să decidă dacă menține sau nu în procedură acel subcontractant. Numai în subsidiar, în măsura în care autoritatea contractantă a decis că subcontractantul este lipsit de credibilitate, fie pentru că nu a prezentat dovezi de remediere sau aceste dovezi au fost insuficiente, poate solicita operatorului economic înlocuirea subcontractorului<sup>37</sup>. Potrivit aceleiași hotărâri a Curții, cele două etape trebuie parcurse și în ipoteza în care motivul de excludere (a subcontractantului, în speță, dar raționamentul poate fi fără îndoială extins și la operatorul economic ofertant) este nedeclararea existenței unui motiv de excludere, nefiind posibilă excluderea automată ca urmare a descoperirii acestei declarații neadevărate<sup>38</sup>. O normă națională care ar obliga la excludere automată în această ipoteză ar fi contrară dreptului Uniunii Europene.

Potrivit considerentului (102) din Preambulul Directivei 2014/24, statele membre pot stabili condițiile de aplicare a mecanismului de *self-cleaning*, sub forma unor cerințe procedurale și de fond, dar în special prin determinarea entității care va evalua măsurile de

<sup>32</sup> CJUE, C-395/18 *Tim*, hotărârea din 30 ianuarie 2020, ECLI:EU:C:2020:58.

<sup>33</sup> CJUE, C-472/19 *Vert Marine*, hotărârea din 11 iunie 2020, ECLI:EU:C:2020:468.

<sup>34</sup> CJUE, C-395/18 *Tim*, punctul 53.

<sup>35</sup> CJUE, C-267/18 *Delta*, punctul 37, C-387/19 *RTS*, punctele 34 și 37.

<sup>36</sup> „În aceste condiții, chiar înainte de a impune unui ofertant înlocuirea unei entități la capacitățile căreia intenționează să recurgă, pentru motivul că se află în una dintre situațiile prevăzute la articolul 57 alineatele (1) și (4) din Directiva 2014/24, articolul 63 din această directivă presupune că autoritatea contractantă dă acestui ofertant și/sau acestei entități posibilitatea de a-i prezenta măsurile corective pe care le-a adoptat eventual pentru a remedia neregularitatea constatată și, prin urmare, pentru a demonstra că poate fi considerată din nou o entitate fiabilă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 3 octombrie 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, C-267/18, punctul 37)”. De asemenea, ideea este reluată în CJUE, C-210/20 *Rad Service*, punctul 35.

<sup>37</sup> „Prin urmare, numai cu titlu subsidiar și în cazul în care entitatea căreia îi este opusă o cauză de excludere prevăzută la articolul 57 alineatele (1) și (4) din Directiva 2014/24 nu a adoptat nicio măsură corectivă sau dacă cele pe care le-a adoptat sunt considerate insuficiente de autoritatea contractantă aceasta din urmă poate sau, în cazul în care dreptul său național o obligă în acest sens, trebuie să solicite ofertantului să efectueze înlocuirea entității respective”. CJUE, C-210/20 *Rad Service*, punctul 36.

<sup>38</sup> CJUE, C-210/20 *Rad Service*, punctul 45.

conformare prezentate de operatorul economic. Directiva menționează alternativele realizării acestei evaluări de către autoritatea contractantă care ar putea invoca motivul de excludere sau de către alte autorități publice.

În sistemul instituit de legiuitorul român, evaluarea măsurilor de conformare prezentate de operatorul economic cu privire la care poate fi reținut un motiv de excludere este realizată de autoritatea contractantă, deși de multe ori o astfel de evaluare nu este lipsită de dificultate în primul rând în absența unor repere general acceptate. De aceea, este important să subliniem că reperul stabilit fără echivoc de jurisprudența CJUE este principiul proporționalității. Astfel, în *Meca*, Curtea a arătat că „dacă o autoritate contractantă ar trebui să fie în mod automat ținută de o apreciere făcută de un terț, i-ar putea fi dificil să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității în momentul aplicării cauzelor de excludere facultative”<sup>39</sup>. În cazul dreptului român, în care autoritatea contractantă află de existența motivului de excludere reprezentat de deficiențele semnificative în executarea altui contract de achiziții publice prin intermediul documentului constatator negativ, emis de altă autoritate contractantă, aceasta ar însemna că documentul constatator nu poate fi singurul temei al deciziei de excludere a operatorului respectiv din procedură.

În ceea ce privește relația dintre dreptul național și dreptul Uniunii Europene în privința aplicării cauzelor de excludere pe care Directiva le prevede în art. 57 alin. (4), în hotărârea sa pronunțată în cauza C-472/19 *Vert Marine* Curtea a subliniat că deși statele membre dispun de o marjă de apreciere în stabilirea condițiilor de aplicare a motivelor de excludere, conform art. 57 alin. (7) din Directivă, edictarea de norme naționale în exercitarea acestei drept ce le este conferit nu poate avea ca rezultat lipsirea de substanță a dreptului operatorului economic de a face dovada fiabilității sale, prin măsurile de conformare luate<sup>40</sup>.

Nu în ultimul rând, prin hotărârea sa din data de 11 ianuarie 2021 pronunțată în cauza C-387/19 *RTS*, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat în punctul 2 al dispozitivului că art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014 trebuie interpretat în sensul că produce efect direct. În acest sens, Curtea a reținut că *„prin faptul că prevede că orice operator economic poate furniza dovezi pentru a arăta că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea sa, în pofida existenței unui motiv de excludere care îl privește, articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24 conferă operatorilor economici un drept care, pe de o parte, este formulat în termeni neechivoci și, pe de altă parte, pune în sarcina statelor membre o obligație de rezultat care, chiar dacă condițiile sale materiale și procedurale de aplicare trebuie să fie precizate de statele membre, în temeiul articolului 57 alineatul (7) din această directivă, nu depinde de o transpunere în dreptul intern pentru a putea fi invocată de operatorul economic în cauză și aplicată în beneficiul acestuia din urmă”*<sup>41</sup>.

În aceeași hotărâre, Curtea a arătat că *„Astfel, indiferent de modalitățile concrete de aplicare a articolului 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24, această dispoziție prevede în mod suficient de precis și de necondiționat, în sensul jurisprudenței citate la punctul 46 din prezenta hotărâre, că operatorul economic în cauză nu poate fi exclus de la procedura de achiziție dacă reușește să dovedească, într-un mod satisfăcător pentru autoritatea contractantă, că măsurile corective luate îi restabilesc fiabilitatea în pofida existenței unui*

<sup>39</sup> CJUE, C-41/18, *Meca*, punctul 32.

<sup>40</sup> CJUE, C-472/19 *Vert Marine*, punctele 21-25.

<sup>41</sup> CJUE, C-387/19 *RTS* punctul 48.

*motiv de excludere care îl privește. În consecință, articolul 57 alineatul (6) din această directivă prevede în favoarea acestui operator economic o protecție minimă indiferent de marja de apreciere lăsată statelor membre la stabilirea condițiilor procedurale ale acestei dispoziții*<sup>42</sup>.

Față de jurisprudența mai sus invocată, potrivit căreia orice informare a autorității contractante cu privire la existența unui motiv de excludere a unui ofertant, provenită de la o altă autoritate contractantă, nu poate conduce automat la excluderea ofertantului respectiv, fără a-i da posibilitatea exercitării dreptului conferit de art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014, precum și de prevederile art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014, ce instituie dreptul ofertantului de a prezenta dovezi privind măsurile de conformare pe care le-a luat pentru înlăturarea sau prevenirea cauzelor sau efectelor situațiilor ce constituie motive de excludere din procedura de atribuire, au efect direct în dreptul național, lipsind de efecte orice reglementare națională contrară, și ținând seama că documentul constatator prevăzut de art. 166 din Normele metodologice din 2016 privind achizițiile publice reprezintă o modalitate reglementată de dreptul român, în virtutea art. 57 alin. (7) din Directiva nr. 24/2014, de punere în aplicare a motivelor de excludere prevăzute de art. 57 alin. (4), astfel cum sunt transpuse prin art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv o modalitate de informare a altor autorități contractante cu privire la existența unui motiv de excludere, care însă nu poate conduce automat la excluderea ofertantului, rezultă că documentul constatator nu poate produce *per se* alt efect juridic în afara informării autorităților contractante interesate, prin intermediul publicării sale în sistemul electronic de publicitate în materia achizițiilor publice.

Astfel, prevederile art. 166 alin. (8) din Normele metodologice din 2016 privind achizițiile publice, potrivit cărora „*Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege*” (s.n. – S.G., M.A.R.) trebuie interpretate în sensul că o astfel de decizie de respingere a ofertantului se poate lua „*pe baza unui asemenea document constatator*” numai dacă în ofertantul la care se referă nu a prezentat dovezi cu privire la măsuri de remediere, și chiar și atunci numai după o verificare independentă a informațiilor din documentul constatator realizată de autoritatea contractantă, pentru a nu încălca dreptul Uniunii Europene.

În aceste condiții, deși ofertantul depune DUAЕ în care specifică, dacă este cazul, existența unor motive de excludere și a măsurilor de remediere, simpla declarație nu este suficientă pentru a parcurge etapa prezentării dovezilor legate de aceste măsuri autorității contractante<sup>43</sup>. De asemenea, în *RTS* Curtea a reținut că dreptul operatorului economic de a depune dovezi ale măsurilor de remediere adoptate poate fi exercitat fie din proprie inițiativă, fie la solicitarea autorității contractante<sup>44</sup>. Deși în temeiul art. 57 (7) din Directivă legiuitorul român ar fi putut reglementa în detaliu regimul depunerii acestor dovezi, nu a făcut-o<sup>45</sup>. În aceste condiții, acest aspect poate fi reglementat de autoritatea contractantă în

<sup>42</sup> CJUE, C-387/19 *RTS* punctul 49.

<sup>43</sup> A. Kowalczyk, A. Soltysinska, Self-Cleaning in EU Public Procurement Law and Its Transposition into Polish Law, *European Public Procurement and Public Private Partnership Law Review (EPPPL)* 3/2021, p. 188.

<sup>44</sup> CJUE, C-387/19 *RTS* punctele 27-33.

<sup>45</sup> O omisiune comună cu legiuitorul polonez. A. Kowalczyk, A. Soltysinska, Self-Cleaning in EU Public Procurement Law and Its Transposition into Polish Law, op.cit., p. 189.

documentația de atribuire, pentru a oferi astfel ofertanților informații cu privire la acest aspect important al exercitării dreptului de a-și dovedi credibilitatea în ipoteza în care în SEAP au fost publicate documente constatatoare negative ce îi privesc. În cazul în care nu există nici în documentația de atribuire precizări legate de transmiterea către autoritatea contractantă a dovezilor referitoare la măsurile de remediere, autoritatea contractantă ar trebui să solicite dovezile ce atestă măsurile de remediere indicate de ofertant în DUAE<sup>46</sup>, pentru a da astfel efect prevederilor directivei referitoare la dreptul operatorului economic de a-și demonstra credibilitatea. De asemenea, autoritatea contractantă ar trebui să solicite informații cu privire la existența măsurilor de remediere și, după caz, dovezile aferente, ofertantului care a consemnat în DUAE că nu există în ceea ce îl privește motive de excludere dar cu privire la care autoritatea a descoperit (e.g. în SEAP) sau i-a fost comunicată de alți ofertanți că există unul sau mai multe documente constatatoare negative.

## V. NATURA JURIDICĂ A DOCUMENTULUI CONSTATATOR

Documentul constatator conține informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către un contractant și, dacă este cazul, informații referitoare la eventualele prejudicii cauzate în legătură cu derularea unui contract de achiziție publică, însă măsurile adoptate de autoritatea contractantă cu privire la care documentul constatator conține informații, cum ar fi rezilierea sau rezoluțiunea contractului, obligarea operatorului economic la plata de penalități etc., au fost adoptate prin acte juridice separate de acesta, întocmite anterior emiterii acestuia.

Întrucât documentul constatator doar preia niște informații din alte acte juridice și nu stabilește, modifică sau stinge prin el însuși drepturi și obligații, neputând produce *per se* efectul juridic constând în excluderea ofertantului la care se referă din altă procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, considerăm că acesta nu poate fi un act administrativ în sensul dispozițiilor art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004. Având în vedere efectele sale, documentul constatator este un act de informare, destinat altor autorități contractante și supus astfel publicității, dar care nu are aptitudinea de a vătăma direct drepturi sau interese legitime.

Având în vedere conținutul și rolul său de act de informare precum și faptul că nu produce efecte juridice proprii<sup>47</sup>, documentul constatator nu se prezintă ca un act administrativ de sine stătător ci ca un act premergător întocmirii unui act administrativ viitor, respectiv decizia unei autorități contractante de a menține sau de a exclude din procedură operatorul economic menționat în documentul constatator. Față de reglementarea sa în dreptul român ca modalitate de verificare a existenței motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (corespunzător art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva nr. 24/2014), rolul documentului constatator este deplin în ipoteza în care include informații cu privire la existența unui astfel de motiv de excludere (încălcare gravă sau repetată a obligațiilor contractuale + rezilierea contractului, daune interese sau altă sancțiune similară, condiții cumulative). Numai în această ipoteză autoritatea contractantă are obligația de a realiza o verificare a condițiilor cumulative de

<sup>46</sup> În același sens, *ibidem*.

<sup>47</sup> O. Podaru, *Drept administrativ*, tomul 1 Noțiune, vol. I Actul administrativ. Repere noi pentru o teorie altfel, ed. a 2a, Ed. Hamangiu, 2022, pp. 3-4.

aplicare a motivului de excludere, inclusiv prin luarea în considerare a măsurilor de conformare cu privire la care ofertantul aduce dovezi.

În condițiile în care documentul constatator este doar un act de informare a altor autorități contractante, neproducând efecte juridice *per se*, din moment de autoritatea contractantă care ia act de informațiile din cuprinsul documentului constatator are obligația de a le verifica și de a permite exercitarea dreptului ofertantului vizat de documentul constatator de a-și dovedi fiabilitatea (prin măsurile de remediere luate), prevederile art. 166 alin. (4) din Normele metodologice din 2016 privind achizițiile publice, potrivit cărora „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”, sunt contrare art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014.

Astfel, stabilind că documentul constatator poate fi contestat potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, art. 166 alin. (4) instituie o prezumție absolută a caracterului de act administrativ al documentului constatator, ceea ce presupune că documentul constatator este obligatoriu pentru alte autorități contractante, care ar fi ținute să aplice automat o măsură de excludere a ofertantului cu privire la care documentul constatator indică existența unui motiv de excludere (reziliere, daune-interese etc.). Or, o astfel de concluzie contrazice atât efectul direct al art. 57 alin. (6) din Directivă, ce instituie dreptul ofertantului de a prezenta dovezi privind măsurile de conformare pe care le-a luat, cât și jurisprudența CJUE arătată mai sus, care stabilește că orice reglementare națională care instituie o obligație pentru autoritatea contractantă de a aplica automat informațiile furnizate de o altă autoritate contractantă pentru excluderea unui ofertant este contrară dreptului Uniunii Europene.

Față de argumentele prezentate mai sus, și în special jurisprudența CJUE potrivit căreia o orice reglementare națională care ar lipsi de substanță dreptul ofertantului de a aduce dovezi care să infirme informațiile prezentate autorității contractante încalcă art. 57 alin. (6) din Directiva nr. 24/2014, apare cu evidență că documentul constatator reglementat de legea română nu este un act administrativ întrucât nu produce efecte juridice singur, *per se*, ci este un act de informare a tuturor celorlalte autorități contractante prin intermediul publicării în SEAP, un act preparator, premergător deciziei autorității contractante care ia act de informațiile din cuprinsul său de a menține sau de a exclude dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică ofertantul la care se referă documentul constatator. Din această perspectivă, documentul constatator se aseamănă unui aviz<sup>48</sup> emis de o entitate (autoritate contractantă) care va fi utilizat de o altă entitate (autoritate contractantă) împreună cu alte documente (dovada acțiunilor de remediere întreprinse de operatorul economic, clarificările solicitate de autoritatea contractantă, etc.), fără a fi însă obligatoriu pentru autoritatea contractantă.

## VI. CONTESTAREA DOCUMENTULUI CONSTATOR

Având în vedere că un document constatator care conține informații referitoare la executarea necorespunzătoare a unui contract de achiziție publică poate atrage excluderea dintr-o procedură de atribuire viitoare a operatorului economic vizat, este firesc ca un astfel

---

<sup>48</sup> O. Podaru, op.cit., p. 7-8.



de document să poată fi supus cenzurii instanței de judecată. Dreptul de a contesta un astfel de document aparține operatorului economic, iar pentru a se asigura exercitarea acestuia legiuitorul a instituit mai multe măsuri. Astfel, conform art. 166 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice, autoritatea contractantă are obligația de a elibera operatorului economic un exemplar al documentului constatator, iar acesta, conform dispozițiilor art. 166 alin. (4) din Normele metodologice, poate să-l conteste în temeiul Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004. Dacă situația de fapt care a stat la baza emiterii documentului constatator se modifică, autoritatea contractantă are obligația de a modifica în mod corespunzător conținutul documentului constatator<sup>49</sup>.

De asemenea, documentul constatator este publicat în SEAP conform dispozițiilor art. 166 alin. (5) din Normele metodologice. Este important de observat că în legătură cu momentul publicării documentului constatator, legiuitorul român a modificat Normele metodologice în mai multe rânduri. La momentul primei publicări din anul 2016, Normele metodologice au reglementat la art. 166 alin. (5) faptul că documentele constatatoare „se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare”. Ulterior, art. 166 alin. (5) a fost modificat substanțial prin H.G. nr. 419/2018<sup>50</sup>, în sensul că *“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”*. În anul 2022 legiuitorul decide să modifice din nou art. 166 alin. (5) prin H.G. nr. 375/2022, articolul în cauză având în prezent următorul conținut: *„Documentele constatatoare emise de 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 pentru depunerea contestațiilor”*.

Întrucât conține informații referitoare la îndeplinirea de către un operator economic a obligațiilor dintr-un contract de achiziții publice și la eventualele sancțiuni contractuale care i-ar fi fost aplicate (reziliere, daune-interese, etc.) – acestea fiind și cele două condiții

---

<sup>49</sup> Potrivit art. 166 alin. (5<sup>1</sup>) din Normele metodologice la Legea achizițiilor publice: *“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”*.

<sup>50</sup> H.G. nr. 419/2018 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 98/2017 privind funcția de control *ex ante* al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, pentru modificarea Hotărârii Guvernului nr. 34/2009 privind organizarea și funcționarea Ministerului Finanțelor Publice, pentru modificarea Hotărârii Guvernului nr. 634/2015 privind organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, precum și pentru modificarea și completarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, a Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și a Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 867/2016, publicată în Monitorul Oficial nr. 496 din 18 iunie 2018.

cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (corespunzător art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva nr. 24/2014) pentru aplicarea motivului de excludere – documentul constatator este în mod evident un act care are legătură strânsă cu executarea contractului de achiziții publice la care se referă. În consecință, potrivit art. 53 alin. (1<sup>1</sup>) din Legea nr. 101/2016 și art. 8 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cererile cu privire la desființarea sau modificarea documentului constatator ca act ce ține de executarea contractului sunt de competența instanței civile.

În mod inexplicabil, legiuitorul român a dublat reglementarea privind instanța competentă din cele două legi menționate cu o reglementare paralelă inclusă în Normele metodologice. În mod concret, prin pachetul legislativ adoptat în 2016 prin care a transpus directivele europene în materia achizițiilor publice, legiuitorul român a adoptat două dispoziții legale contradictorii cu privire la procesele și cererile care decurg din executarea contractelor de achiziție.

Pe de o parte, a stabilit competența instanțelor de drept comun cu privire la litigiile ce decurg din executarea contractului, potrivit art. 53 alin. (1<sup>1</sup>) din Legea nr. 101/2016<sup>51</sup>: *„Procese și cererile care decurg din executarea contractelor administrative se soluționează în primă instanță, de urgență și cu precădere, de către secția civilă a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante sau în circumscripția în care își are sediul social/domiciliul reclamantul”*.

Pe de altă parte, a stabilit competența instanței de contencios administrativ în ceea ce privește contestarea documentelor constatatoare, potrivit art. 166 alin. (4) din Normele metodologice din 2016 privind achizițiile publice: *„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”*.

Or, în mod evident, și documentul constatator este un act care decurge din executarea contractului. În plus, potrivit art. 8 alin. (2) din Legea nr. 554/2004: *„Instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea contractului administrativ, inclusiv litigiile având ca obiect anularea unui contract administrativ. Litigiile care decurg din executarea contractelor administrative sunt în competența de soluționare a instanțelor civile de drept comun”*.

O astfel de reglementare diseminată în acte normative diferite nu avea cum să nu atragă o practică neunitară, unele instanțe considerând a fi competentă în cauză instanța civilă, iar altele considerând competentă să judece astfel de litigii instanța de contencios administrativ. Această situație a determinat investirea Înaltei Curți cu soluționarea unui

---

<sup>51</sup> 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, publicată în Monitorul Oficial nr. 821 din 27 august 2021, transpune Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări și Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor.

recurs în interesul legii<sup>52</sup> care să stabilească instanța competentă să soluționeze litigiile având ca obiect anularea documentului constatator care conține informații referitoare la neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant sau contractantul asociat și la eventualele prejudicii. ÎCCJ a admis recursul în interesul legii și a stabilit că: *“În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 166 din Normele metodologice (...) aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv a dispozițiilor art. 971 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 (...) raportat la art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea contenciosului administrative nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, **competența de soluționare a litigiilor având ca obiect anularea documentului constatator care conține informații referitoare la neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractantul asociat și la eventualele prejudicii aparține instanței civile, în condițiile art. 53 alin. (1<sup>1</sup>) din Legea nr. 101/2016 (...)**”.*

Completul pentru soluționarea recursului în interesul legii a constatat la punctul 34 din decizie că cele două orientări jurisprudențiale *„au fost determinate de o abordare diferită a normelor supuse analizei, într-o opinie competența fiind stabilită prin raportare la natura actului juridic dedus judecării, în timp ce într-o altă opinie a fost avută în vedere voința legiuitorului exprimată prin normele de procedură inserate în actele normative adoptate”.*

Conform considerentelor de la punctul 35, ÎCCJ a stabilit ca punct de pornire al raționamentului aspectul că *„pentru stabilirea instanței competente să soluționeze acțiunea în anulare nu prezintă relevanță natura juridică a documentului constatator emis de autoritatea contractantă în temeiul art. 166 alin. (1) din Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, **esențială fiind intenția exprimată de legiuitor prin normele adoptate în sensul stabilirii competenței de soluționare a cauzelor decurgând din procedura de achiziție publică**”.* Această concluzie a fost întărită prin considerentele enunțate la punctul 40: *„În consecință, **nu are relevanță natura juridică a actului emis de autoritatea contractantă în executarea contractului administrativ, fiind determinantă voința legiuitorului de atribuire a litigiilor decurgând din executarea contractului administrativ în competența instanțelor civile de drept comun (...)**”.*

Analizând din perspectivă cronologică deciziile legiuitorului privind competența în materia achizițiilor publice (punctele 36-39) și considerând că reglementarea antagonică din Normele metodologice raportată la Legea nr. 101 privind remediile și căile de atac este doar o necorelare normativă (punctul 45), ÎCCJ a stabilit că instanța competentă să soluționeze litigiile legate de documentul constatator este instanța civilă.

Considerăm corectă soluția de a considera instanța civilă competentă să soluționeze litigiile legate de certificatul constatator, însă vom formula anumite rezerve față de motivele care au fost reținute pentru a pronunța soluția.

După cum am detaliat în prezentul studiu, este esențial de observat că documentul constatator este un act reglementat pentru a asigura corecta transpunere în dreptul român a art. 57 din Directiva 24. Așadar, stabilirea naturii juridice și a efectelor pe care acest act le produce în dreptul achizițiilor publice nu sunt chestiuni lăsate la discreția legiuitorului național ci sunt aspecte care trebuie reglementate de o astfel de manieră încât să asigure îndeplinirea scopurilor Directivei 24. Documentul constatator nu poate impune autorităților

<sup>52</sup> ÎCCJ, Recurs în interesul legii nr. 25/2021, Decizia din 15.11.2021 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 180 din 23.02.2022.

contractante care iau cunoștință de informațiile cuprinse în el un anumit mod de acțiune, respectiv utilizarea automată a motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) („operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau 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”). În aceste condiții, singurul efect al documentului constatator constă în dreptul operatorului economic de a prezenta dovezi ale măsurilor de remediere întreprinse cu privire la aspectele negative menționate în document precum și obligația corelativă a autorităților contractante de a solicita astfel de dovezi pentru a le supune analizei și a decide argumentat dacă se impune sau nu excluderea din procedură. În mod evident, fără a relua argumentele deja expuse, rezultă că documentul constatator nu poate produce *per se* efectul excluderii unui operator economic dintr-o procedură de atribuire, fără a fi încălcate prevederile directivei, astfel cum sunt interpretate de CJUE.

Astfel, este evident că reglementarea din art. 166 din Normele metodologice care stabilește că documentul constatator este act administrativ nu constituie doar o simplă necorelare legislativă raportat la dispozițiile art. 53 din Legea nr. 101 privind remediile și căile de atac, ci o măsură din ansamblul instrumentelor care asigură transpunerea art. 57 din Directiva 24 care poate împiedica atingerea scopurilor directivei în ipoteza în care ar fi interpretat ca producând efecte obligatorii, în mod specific actului administrativ. Or, în măsura în care documentul constatator nu poate fi calificat ca act administrativ având în vedere efectele sale specifice, este evident că, indiferent de voința de moment a legiuitorului român (care, de altfel, baleiază de mai bine de un deceniu în a stabili competența de soluționare a litigiilor legate de executarea contractului de achiziție publică între instanța de contencios administrativ și instanța civilă cu trecere temporară pe la instanța comercială), instanța de contencios administrativ nu poate fi competentă să soluționeze litigiile legate de acest document privit individual.

Deși ÎCCJ a statuat prin decizia sa pronunțată în soluționarea recursului în interesul legii faptul că Normele metodologice trebuie să fie corelate cu dispozițiile art. 53 din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în achizițiile publice precum și faptul că instanța de contencios administrativ nu este competentă să soluționeze contestațiile legate de documentul constatator, la scurt timp de la publicarea motivării acestei decizii Guvernul a emis H.G. nr. 375/2022 prin care a modificat art. 166 din Normele metodologice, reglementând dreptul autorităților contractante de a emite documente constatatoare și pe parcursul execuției contractului (la interval de 90 de zile) și reiterând într-un alineat nou că litigiile legate de documentul constatator se soluționează de instanța de contencios administrativ<sup>53</sup>.

Adoptarea acestei noi reglementări a redeschis pentru un interval de timp discuția despre instanța competentă să soluționeze litigiile legate de documentul constatator. Pentru considerentele enunțate anterior și având în vedere concluzia ÎCCJ în sensul că legiuitorul nu poate reglementa cu referire la documentul constatator prin Norme metodologice adoptate printr-o hotărâre altă competență de soluționare decât cea statuată de art. 53 alin.

---

<sup>53</sup> „Art. 166 alin. (5<sup>3</sup>) - Documentele constatatoare prevăzute la alin. (5<sup>2</sup>) se publică în SEAP în condițiile alin. (5) și pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrative nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare”.

(1<sup>1</sup>) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac, considerăm că soluția corectă rămâne în continuare aceea de a deduce litigiile spre soluționare instanței civile, indiferent de conținutul actual al art. 166 alin. (4) și alin. (5<sup>3</sup>). Cu toate acestea, având în vedere că noile dispoziții nu au fost *tale quale* analizate în cuprinsul Deciziei ÎCCJ nr. 25/2021, nu excludem revenirea la situația anterioară, cu soluții contradictorii ale instanțelor pe acest subiect.

În acest context, la 13 septembrie 2022 a intrat în vigoare Legea nr. 208/2022 pentru modificarea și completarea Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, precum și a Legii 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<sup>54</sup> care a modificat (din nou) diverse aspecte legate de competența de soluționare a litigiilor în domeniul achizițiilor publice. Astfel, în temeiul art. 53 alin. (1<sup>3</sup>) *“Documentele constatatoare emise de către autoritatea/entitatea contractantă care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii pot fi contestate la secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului (...)”*, fiind eliminate sursa de incertitudine juridică pe acest subiect.

O altă discuție care putea interveni în intervalul dintre adoptarea H.G. nr. 375/2022 și introducerea art. 53 alin. (1<sup>3</sup>) viza documentul constatator negativ emis în legătură cu neexecutarea sau rezilierea unui contract însoțită de pretenții litigioase care se soluționează de instanța arbitrală. Până la pronunțarea soluției în RIL, aparența faptului că ar exista o normă care stabilește în mod valabil competența exclusivă a instanței de contencios administrativ în legătură cu soluționarea contestațiilor privind documentul constatator a pus sub semnul întrebării stabilirea unei eventuale competențe a instanței arbitrale pe acest subiect. Odată clarificat de către ÎCCJ că nu este competentă în cauză instanța de contencios administrativ ci instanța civilă, instanțele arbitrale puteau considera că sunt competente să soluționeze și cereri legate de documentul constatator ce ar conține informații legate de derularea contractelor ce conțin o clauză compromisorie.

Pe de altă parte, modificarea art. 166 alin. (5) din Normele metodologice la legea achizițiilor publice prin H.G. nr. 375/2022, în sensul în care documentul constatator se publică în SEAP în 60 de zile de la data emiterii, nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor, însă înainte de soluționarea acestora, este aptă să genereze atât incertitudine juridică și practică neunitară cât și prelungirea artificială a procedurilor de atribuire. Astfel, atât în timpul executării unui contract de achiziție publică cât și la încetarea acestuia un operator economic se poate afla în situația de a primi un document constatator în care să se menționeze diverse deficiențe în executarea contractului și, eventual, obligarea la plata unor penalități. Aspectele descrise în documentul constatator care devine public în scurt timp de la emiterie nu mai sunt verificate în prealabil de vreo instanță ci reprezintă poziția unilaterală a unei autorități contractante. Probabilitatea ca aspectele menționate în documentul constatator să fie modificate sau desființate chiar și în tot în urma judecării cererilor îndreptate împotriva actului prin care autoritatea contractantă a decis unilateral existența unei executări defectuoase a contractului este una reală.

<sup>54</sup> Publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 697 din 12 iulie 2022.



Odată publicat anterior pronunțării soluției în litigiul respectiv, reținerea calificării documentului constatator negativ ca act administrativ va avea ca efect declanșarea verificării de către orice altă autoritate contractantă a existenței și adecvării măsurilor de remediere întreprinse de operatorul economic.

În plus, nu este de neglijat aspectul că litigiile privind executarea contractului de achiziție publică, indiferent de instanța competentă în funcție de prevederile contractului de achiziție publică<sup>55</sup>, durează, mai mulți ani. Pentru a modifica aspectele consemnate într-un document constatator este necesar să se soluționeze cu titlu definitiv litigiul legat de actul autorității contractante care a constatat neregulile în executare, act care a stat la baza emiterii documentului constatator negativ. Desigur, în timpul derulării respectivului litigiu care se va întinde pe mai mulți ani se vor publica multiple anunțuri de participare la proceduri de atribuire. În temeiul noii reglementări, documentul constatator emis exclusiv pe baza deciziei unilaterale a autorității contractante neverificate de instanța de judecată este publicat în SEAP în cel mult 60 de zile de la emiteră și devine opozabil terților.

Prima problemă cu care se va confrunta operatorul economic care contestă documentul constatator negativ este legată de completarea DUAЕ care pune în vedere operatorului economic să precizeze dacă „se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior (...) a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?” iar în ipoteza unui răspuns afirmativ să furnizeze detalii, inclusiv cu privire la eventualele măsuri de remediere adoptate. Având în vedere aceste solicitări, operatorul economic va trebui să declare aspectele legate de pretinsa neexecutare a contractului anterior care nu a fost confirmată de instanța de judecată ci reprezintă doar poziția unilaterală a autorității contractante<sup>56</sup> și pe care le-a contestat.

Autoritatea contractantă organizatoare a noii proceduri de atribuire se va afla în situația de a deține un document constatator despre care Normele metodologice afirmă că ar fi un act administrativ care atestă neexecutarea corespunzătoare a unui contract anterior, cu privire la care există un litigiu pe rolul instanțelor judecătorești sau arbitrale, precum și o sumă de explicații din partea operatorului economic în sensul că actul de sancționare a fost unul abuziv și este contestat. În temeiul dispozițiilor art. 166 alin. (8) din Normele metodologice, „Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege”, între care măsurile de remediere adoptate de operatorul economic. Or, dacă operatorul economic consideră că nu a executat necorespunzător contractul anterior, acesta nu va adopta măsuri de remediere, cel mai probabil. Neacceptarea constatărilor autorității contractante cuprinse în documentul constatator negativ va plasa operatorul economic într-o situație imposibilă: dacă nu va adopta măsuri de remediere, la completarea DUAЕ în cadrul unei proceduri de atribuire ulterioare va trebui să declare existența documentului constatator negativ și în egală măsură absența măsurilor de remediere. Simpla menționare la rubrica „detalii” a existenței unui litigiu pe rol nu va putea îndeplini rolul pe care îl presupune mecanismul de *self-cleaning* prevăzut de Directiva 24/2014. În aceste condiții, sunt șanse foarte mari ca

<sup>55</sup> În temeiul art. 57 din Legea nr. 101/2016, „Părțile pot conveni ca litigiile în legătură cu interpretarea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractelor să fie soluționate prin arbitraj”.

<sup>56</sup> Pentru o analiză similară în dreptul polonez, A. Kowalczyk, A. Soltysinska, *Self-Cleaning in EU Public Procurement Law and Its Transposition into Polish Law*, op.cit., pp. 189-190.

decizia comisiei de evaluare să fie aceea de a exclude operatorul economic din procedură. Iar, dacă, ulterior, instanța de judecată va constata că sancțiunile aplicate de autoritatea contractantă în legătură cu derularea contractului anterior au fost nelegale și va desființa documentul constatator negativ, respectiva excludere din noua procedură de atribuire se va dovedi o măsură care a încălcat toate principiile care stau la temelia dreptului Uniunii în domeniul achizițiilor publice și va îndreptăți operatorul economic să solicite despăgubiri.

## VII. ARGUMENTE PRIVIND NELEGALITATEA H.G. NR. 375/2022 DE MODIFICARE A NORMELOR METODOLOGICE LA LEGEA ACHIZIȚIILOR PUBLICE

Având în vedere actualul conținut al art. 166 din Normele metodologice rezultat în urma modificărilor aduse prin H.G. nr. 375/2022, în ipoteza în care un operator economic se confruntă cu situația în care i s-a emis un document constatator cu încălcarea legii și a fost supus automat publicării, înainte de soluționarea litigiului privind legalitatea acestuia, poate avea în vedere mai multe soluții pentru a-și apăra drepturile conferite de dreptul Uniunii Europene în legătură cu participarea la proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Din perspectiva dreptului achizițiilor publice este evident că se impune aplicarea normelor Uniunii care sunt incidente în materia motivelor de excludere cu prioritate prin raportare la dispozițiile unei hotărâri a guvernului emisă cu încălcarea acestora. În acest context se observă că documentul constatator nu poate să beneficieze de prezumția de legalitate specifică actelor administrative deoarece astfel se lipsesc de efecte dispozițiile referitoare la măsurile de remediere reglementate de art. 57 din Directiva 24/2014 și poate avea drept efect excluderea nejustificată din procedura de atribuire a unui operator economic.

O soluție pornind de la această constatare poate consta în adresarea de către persoanele interesate a unei întrebări preliminare Curții de Justiție a Uniunii Europene prin care să se verifice în ce măsură sau în ce condiții mecanismul reglementat în jurul conceptului de document constatator prin Normele metodologice astfel cum au fost modificate prin H.G. nr. 375/2022 asigură o transpunere corectă a art. 57 din Directiva 24/2014.

În același timp, s-ar putea invoca nelegalitatea H.G. nr. 375/2022 raportat la dispozițiile Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice și la dispozițiilor Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative<sup>57</sup>. În temeiul art. 13 din Legea nr. 24/2000 orice act normativ „*trebuie să se integreze organic în sistemul legislației*”, iar pentru a se asigura acest deziderat au fost reglementate mai multe obligații incidente la emiterea actului normativ de forță inferioară legii, respectiv: „*a) proiectul de act normativ trebuie corelat cu prevederile actelor normative de nivel superior sau de același nivel, cu care se află în conexiune; b) proiectul de act normativ, întocmit pe baza unui act de nivel superior, nu poate depăși limitele competenței instituite prin acel act și nici nu poate contraveni principiilor și dispozițiilor acestuia; c) proiectul de act normativ trebuie să fie corelat cu reglementările comunitare și cu tratatele internaționale la care România este parte (...)*”.

<sup>57</sup> Publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 260 din 21.04.2010 cu modificări și completări.

În legătură cu H.G. nr. 375/2022 se poate observa la p. 20 din nota de fundamentare<sup>58</sup>, subpunctul 1<sup>1</sup> care solicită să se precizeze dacă proiectul de act normativ transpune legislația comunitară sau creează cadrul pentru aplicarea directă a acesteia, că inițiatorul a declarat că *“proiectul de act normativ nu se referă la acest domeniu”*. Mai mult, la p. 24, Secțiunea 5, subpunctul 1<sup>1</sup> Compatibilitatea proiectului de act normativ cu legislația în domeniul achizițiilor publice, se afirmă că *“Acest proiect de hotărâre a Guvernului nu se referă la acest domeniu”* deși, chiar din titlu, se menționează că este o hotărâre a Guvernului care are drept scop modificarea normelor metodologice emise în domeniul achizițiilor publice și achizițiilor sectoriale.

Pe baza acestor declarații care nu corespund realității, în procesul legislativ nu au fost solicitate avize ministerelor care au competența să verifice compatibilitatea actului normativ cu legislația Uniunii Europene și cu legislația națională a achizițiilor publice. În fapt, nici măcar avizul Ministerului Justiției nu a fost solicitat, din nota de fundamentare reieșind, că singurele avize solicitate au fost de la Consiliul Legislativ și de la Consiliul Economic și Social. Interesant de observat este și faptul că în avizul Consiliului Legislativ<sup>59</sup> s-a subliniat necesitatea obținerii prealabile a avizului Ministerului Justiției a cărui lipsă atrage încălcarea art. 34 alin. (4) din Legea nr. 24/2000, însă Guvernul a ignorat și acest aspect.

Referitor la justificarea modificărilor propuse a fi aduse art. 166 alin. (5), motivul invocat în nota de fundamentare este unul uluitor: *„Modificarea propusă este de natură a spori claritatea textului legal și a elimina practica neunitară la nivelul Autorităților Contractante generate de ambiguitatea formulării actuale”*. Așadar, inițiatorul a considerat că a te pronunța în calitate de comisie de evaluare asupra motivului de excludere având la dispoziție o hotărâre definitivă a instanței cu privire la vinovăția operatorului economic în derularea unui contract anterior a creat practică neunitară și ambiguitate. Astfel că soluția „salvatoare” în măsură să clarifice lucrurile constă în eliminarea instanței de judecată din ecuație și punerea comisiei de evaluare în postura de a cântări între acte unilaterale ale unor autorități contractante și justificările *pro causa* ale operatorilor economici.

În ceea ce privește reglementarea documentelor constatatoare negative pe parcursul execuției, motivarea este cu atât mai halucinantă raportat la scopurile Directivei 24/2014 și la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene pe subiectul execuției deficitare a unui contract anterior care poate atrage excluderea unui operator economic din procedura de atribuire: *„Această modificare va da posibilitatea Autorităților Contractante să informeze alte instituții cu privire la derularea necorespunzătoare a unui Antreprenor sau Prestator, chiar și înainte de finalizarea respectivelor contracte, în vederea analizării și aplicării prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) în timp real și în cunoștință de cauză”*. Or, scopul urmărit de legiuitorul european este acela de a supune analizei în vederea unei eventuale excluderi doar acei operatori care s-au făcut vinovați de neexecuții grave, aspect care se pot aprecia doar la încetarea contractului și nu prin analizarea unor situații punctuale, „în timp real”, pe parcursul execuției.

Prin modul în care a fost emisă și în care reglementează aspectele legate de documentul constatator, H.G. nr. 375/2022 contravine dispozițiilor Legii nr. 24/2000, ale Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice care asigură transpunerea art. 57 din Directiva 24/2014

<sup>58</sup> <https://gov.ro/ro/guvernul/procesul-legislativ/note-de-fundamentare/nota-de-fundamentare-hg-nr-375-18-03-2022&page=1>

<sup>59</sup> Avizul Consiliului legislativ nr. 269/2022 accesibil în format electronic la [http://www.clr.ro/wp-content/uploads/2022/03/Aviz\\_0269\\_2022.pdf](http://www.clr.ro/wp-content/uploads/2022/03/Aviz_0269_2022.pdf).

și, în mod evident, hotărârea nu este corelată cu reglementările dreptului Uniunii Europene aplicabile în cauză.

Aceste elemente se pot dezvolta în susțineri solide pentru a demonstra nelegalitatea H.G. nr. 375/2022 în fața instanței investită cu soluționarea unui litigiu legat de un document constatator.

## CONCLUZII

Reglementat în dreptul român ca urmare a opțiunii de a stabili ca motiv obligatoriu de excludere din procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice a abaterilor profesionale grave săvârșite de un operator economic în executarea unui alt contract public, documentul constatator este parte a unui mecanism mai larg, cel al excluderilor operatorilor economici din procedura de atribuire, reglementat de dreptul Uniunii Europene. Astfel, regimul juridic al documentului constatator este solid ancorat în dreptul european, iar reglementarea națională și aplicarea sa în practică nu pot ignora regulile și principiile stabilite prin directivele europene în materia achizițiilor publice, astfel cum au fost interpretate prin jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene. Normele naționale nu pot deroga de la cele europene decât în măsura permisă de cele din urmă.

Având în vedere această structură complexă a reglementărilor aplicabile, ce cuprinde atât nivelul european cât și cel național, atât norme explicite, cât și principii consacrate normativ sau jurisprudential și mai ales jurisprudența CJUE, calificarea documentului constatator ca act administrativ este de natură să conducă la atribuirea unor efecte obligatorii, ceea ce ar stânjeni aplicarea mecanismului de remediere (*self-cleaning*) a motivului de excludere, recunoscut de directiva 24/2014. În măsura în care ar considera că trebuie să dea efect constatărilor cuprinse în documentul constatator emis de o autoritate contractantă cu privire la deficiențele legate de executarea unui contract de achiziții publice de către un operator economic, autoritatea contractantă ce a organizat o procedură de atribuire a unui alt contract de achiziții publice poate ajunge la excluderea automată a operatorului respectiv, fără aplicarea mecanismului de remediere, contravenind astfel normelor din directivă, interpretate de CJUE.

În egală măsură, calificarea documentului constatator ca act administrativ a condus la distorsionarea eficienței sale, prin stabilirea competenței de soluționare a litigiilor legate de conținutul său la instanța de contencios administrativ, în ciuda reglementării speciale care atribuie instanței civile litigiile legate de executarea contractului de achiziție publică. Dar poate că nimic nu poate descrie mai bine incertitudinea regimului juridic al documentului constatator decât faptul că după ce ÎCCJ a decis în noiembrie 2021 în soluționarea recursului în interesul legii că litigiile vor fi soluționate de instanța civilă, în luna martie 2022 este adoptată H.G. nr. 375/2022 care stabilește posibilitatea emiterii documentului constatator și în cursul executării contractului și instituie doar pentru aceste documente, nu și pentru cele reglementate anterior și la care se referea decizia din RIL, competența instanței de contencios administrativ. Indiscutabil, argumentele care au justificat decizia din RIL rămân pe deplin aplicabile și în cazul documentelor constatatoare emise în cursul executării contractului de achiziție publică.

Nu mai puțin excentrică față de regulile și principiile ce structurează în dreptul european mecanismul excluderilor, în care ar trebui să se integreze documentul constatator reglementat de legiuitorul român, este reglementarea recentă a momentului emiterii

documentului constatator negativ. Combinată cu ideea că acesta este un act administrativ, producerea efectelor sale prin publicare înainte de soluționarea litigiilor legate de conținutul său afectează aplicarea în dreptul român a mecanismului de remediere stabilit prin directivele în materia achizițiilor publice.

Luând în considerare deficiențele reglementării documentului constatator, ce generează o multitudine de probleme practice, este evident că opțiunea legiuitorului român de a înăspri regimul propus prin directivele europene, reținând abaterile profesionale grave ca motiv de excludere obligatoriu, iar nu facultativ, a fost transpusă legislativ de o manieră incompletă și neclară. Element central al acestei opțiuni, documentul constatator trebuie reglementat și aplicat în deplină concordanță cu normele dreptului european și cu jurisprudența CJUE, o armonizare care pare a fi deocamdată mult mai la îndemâna practicienilor dreptului decât la cea a legiuitorului.