

Excluderea ofertantului pentru motive care îi pun în discuție credibilitatea



Potrivit legii¹, excluderea unui operator economic din procedurile de licitație publică poate fi dispusă de către autoritatea contractantă, printre altele, din cauza unei abateri profesionale grave a ofertantului sau a unei încălcări a obligațiilor contractuale în temeiul altor contracte de achiziții publice; ambele cazuri pun la îndoială integritatea ofertantului.

Deciziile autorităților contractante privind excluderea operatorilor în baza acestor motive sunt adesea contestate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC) sau în instanțele de judecată. Concluzia la care au ajuns atât CNSC cât și instanțele de judecată a fost că autoritatea contractantă are putere deplină de apreciere privind măsura excluderii. Totuși, se impune analiza atentă a situației specifice a operatorului economic, prin luarea în considerare a faptelor pe care se întemeiază măsura excluderii, a gravității acestora și a acțiunilor concrete de reabilitare luate de către operatorul economic, după cum vom prezenta în continuare.

1. Abaterea profesională gravă

Tot mai des întâlnim în practică cazul de excludere referitor la încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel pentru trucarea licitațiilor sau alte asemenea abateri constatate printr-o hotărâre a unei instanțe judecătorești sau o decizie a unei autorități administrative. Cu toate acestea, potrivit Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, ofertantul are posibilitatea să furnizeze dovezi autorității contractante care să arate că a luat **masuri pentru a-și demonstra credibilitatea/fiabilitatea**, respectiv, că "s-a reabilitat".

Într-o decizie pronunțată recent de CNSC în legătură cu acest caz de excludere², a fost statuat că dovezile depuse nu prezintă credibilitate suficientă având în vedere că operatorul economic a furnizat documente care doar creau aparența conformării cu regulile de concurență și nu aplicarea concretă a unor măsuri de conformare. Astfel, s-a prezentat documente referitoare la organizarea unui training pentru *conformarea cu regulile concurenței* desfășurat doar la nivelul anului în care s-a emis decizia de către Consiliul Concurenței, fără a prezenta și dovada derulării efective a acestuia în rândul angajaților.

CNSC (similar poziției autorității contractante) menționează că dovezile pentru demonstrarea reabilitării trebuie să fie realizate în mod concret, conform specificațiilor din Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență, iar măsurile luate trebuie să fie efectiv implementate în rândul angajaților societății. Completăm că, în unele cazuri în practică, Consiliul Concurenței solicită dovada efectuării de programe de instruire și conformare nu numai cu proprii angajați, dar și cu partenerii contractuali, pentru a se largi conștientizarea regulilor de concurență în mediul

de afaceri.

Un alt aspect interesant relevat de aceasta decizie îl constituie și rolul activ al autorității contractante în verificarea măsurilor luate și a dovezilor prezentate pentru a decide dacă acestea sunt suficiente pentru demonstrarea credibilității ofertantului. Manifestarea acestui rol activ al autorității este laudabilă și de natură să încurajeze operatorii economici să acorde importanța cuvenită dovezilor și probelor prin care își pot demonstra credibilitatea.

În speța s-a făcut referire și la Opinia Comuna a Consiliului Concurenței și Agenției Naționale pentru Achiziții Publice³. Opinia Comuna prevede, cu titlu de recomandare, ca pentru demonstrarea în concret a credibilității, operatorul economic poate face dovada că a recunoscut fapta anticoncurențială, că a beneficiat de o politică de clemență sau a implementat un program de conformare. Considerăm că situațiile menționate în cadrul Opiniei Comune nu limitează dreptul autorităților contractante de a reține și alte măsuri de reabilitare la momentul evaluării situației operatorilor economici.

2. Încalcarea obligațiilor contractuale

În practică, au existat și situații în care instanțele au apreciat că deciziile de excludere dispuse de către autoritatea contractantă sunt neîntemeiate, fiind astfel anulate. În una dintre aceste spețe, raționamentul instanței a fost întemeiat pe încălcarea de către autoritate a principiului proporționalității prevăzut de Legea Achizițiilor Publice⁴. Astfel, instanța a reținut că fiind neproporțională excluderea de la licitație a unui operator economic prin raportare la circumstanțele în care abaterile au avut loc și la gravitatea redusă a încălcarilor. În concret, în cadrul unui contract având o durată de 20 ani, care presupunea un volum mare al serviciilor prestate, autoritatea contractantă a constatat existența unor încălcări repetate doar într-un singur an contractual. În plus, o parte dintre aceste încălcări au fost contestate cu succes de către operatorul economic, iar altele au fost considerate ca fiind de gravitate redusă de către instanța.

Instanța a reținut și faptul că actele instituțiilor nu trebuie să depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite. Dacă este posibilă o alegere între mai multe măsuri, trebuie să se recurga la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniențele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

Separat de cele de mai sus, în practică am observat că ofertanții sunt reticenti la momentul completării declarației DUAE (Document Unic de Achiziție European), dacă se afla în situația unor abateri sau a unor încălcări anterioare ale contractelor de achiziții publice. În opinia noastră, pentru a beneficia de exceptarea de la excludere, operatorul economic ar trebui să menționeze în DUAE existența motivului de excludere incident. Mențiunea trebuie făcută chiar dacă decizia de sancționare a fost contestată sau ofertantul apreciază că există dovezi care să îl excepteze de la excludere. Analiza existenței dovezilor concludente va fi făcută de autoritatea contractantă după completarea DUAE, în cadrul solicitărilor de clarificări. Cu această ocazie, operatorul economic își va putea dovedi credibilitatea.

Nemenționarea existenței unui caz de excludere în DUAE poate duce la excluderea automată a ofertantului dacă autoritatea contractantă află din alte surse despre incidența unor astfel de situații, fără ca acesta să aibă posibilitatea de a-și demonstra credibilitatea, așa cum a fost stabilit și în jurisprudența în materie⁵.

Având în vedere cele de mai sus, ofertanții care au comis fapte de natură să le afecteze credibilitatea pot să participe cu succes în cadrul procedurilor de atribuire, sub condiția de a-și demonstra credibilitatea prin acțiuni concrete și efective de reabilitare. În plus, autoritatea contractantă trebuie să facă o analiză completă, temeinică și proporțională a acestor măsuri de reabilitare pentru a permite tuturor ofertanților interesați, cu experiența relevantă, să participe la procedura de atribuire și chiar să fie declarați câștigatori.

[1] Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice

[2] A se vedea Decizia CNSC nr. 2212/C2/2465 din data de 02.12.2020.

[3] Opinia Comuna emisa la data de 26 august 2020 de catre Consiliul Concurenței și Agenția Națională pentru Achiziții Publice.

[4] A se vedea încheierea nr. 684 din 07.02.2018 pronunțată de catre Curtea de Apel București

[5] A se vedea Decizia nr. 386/R/9.07.2020 pronunțată de catre Curtea de Apel Brașov