

Certificatul constatator negativ nu ar trebui vazut automat ca un cec în alb pentru excluderea ofertanților din procedurile de achiziție publica



La finalul derularii contractelor de achiziție publica sau dupa expirarea perioadei de garanție oferite în executarea acestor contracte autoritațile contractante au obligația de a emite documente constatatoare cu privire la modul în care contractantul respectiv și-a îndeplinit obligațiile contractuale. Neîndeplinirea acestor obligații sau îndeplinirea lor în mod defectuos va atrage emiterea unui certificat constatator „negativ” (în care sunt incluse și eventualele prejudicii suferite de autoritatea contractanta).

Odata intrat în „cazierul” unui ofertant, un astfel de certificat negativ se traduce deseori într-o „condamnare din oficiu” la o expeditiva excludere a ofertantului din procedurile de atribuire la care va încerca sa participe. Aceasta se întâmpla în condițiile în care, în practica, sunt foarte frecvente situațiile în care comisiile de evaluare decid automat respingerea, ca inadmisibila, a oricarei oferte depuse de un ofertant care deține un certificat constatator negativ, fara a lua în considerare eventualele dovezi puse la dispoziție de catre ofertant pentru fundamentarea credibilității sale, respectiv fara ca autoritațile contractante sa solicite astfel de dovezi din partea ofertantului.

Autoritațile contractante scapa din vedere în astfel de cazuri ca prevederile art. 167 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificarile și completările ulterioare („Legea privind Achizițiile Publice”) le permit excluderea ofertanților în cazurile expres indicate doar prin coroborarea cu dispozițiile art. 171 din același act normativ. Regula instituita de art. 171 stabilește ca *„orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevazute la art. 167 (care atrag excluderea din procedura de atribuire) poate furniza dovezi care sa arate ca masurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere”*.

Autoritațile contractante trebuie sa se asigure ca evaluarea ofertelor se face aplicând principiul proporționalității și pe cel al respectării dreptului la aparare, acestea neputând considera ca au o libertate absoluta în aceasta privința, fiind astfel obligate a evalua, de la caz la caz, dovezile și masurile luate de ofertant (inclusiv eventualele masuri corective/ de *self-cleaning*), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii avute în vedere, în funcție de specificul situației care face obiectul analizei.

Astfel, conform prevederilor legale la nivel european și național, neregulile minore în derularea unui contract anterior ar trebui sa duca doar în mod excepțional la excluderea ofertantului dintr-o procedura organizata ulterior. Mai mult, în cazul în care ofertantul a luat masuri de *self-cleaning* pentru remedierea situației ce a dus la emiterea certificatului constatator negativ, și face dovada conformării cu aceste masuri, acest aspect ar putea crește șansele admisibilității sale la procedura de achiziții publice organizata ulterior, cu condiția ca autoritatea contractanta care organizeaza aceasta procedura (i) sa solicite și sa analizeze aceste dovezi și (ii) pe baza examinării masurilor de conformare, sa le considere suficiente pentru demonstrarea credibilității sale.

Printre măsurile de *self-cleaning* care pot face diferența se numără, spre exemplu, măsuri privind echipa sau organizarea ofertantului (cum ar fi ruperea legăturilor cu persoanele sau organizațiile implicate în comportamentul ilicit ce a generat certificatul constatator), implementarea unor sisteme de raportare și control/ de conformare cu legislația în vigoare, sau adoptarea unor norme interne de responsabilizare și de compensare.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) admite libertatea nelimitată de apreciere pe care o au autoritățile contractante în legătura cu excluderea operatorilor economici în cazul motivelor facultative prevăzute de Directiva privind achizițiile publice. Cu toate acestea, CJUE subliniază necesitatea respectării principiului proporționalității în contextul aprecierii cazurilor de excludere referitoare la fiabilitatea/ credibilitatea operatorului economic participant la procedura de atribuire de existența unui certificat constatator negativ ce încă produce efecte (i.e. acesta nefiind atacat în contencios administrativ/ nefiind suspendat sau ce încă se afla în termenul de trei/ cinci ani de valabilitate indicat de art. 171 alin. (5) din Legea privind Achizițiile Publice).

Mai mult, CJUE statuează, cu titlu definitiv pentru lumina în care trebuie interpretate dispozițiile privind excluderea operatorilor economici din procedurile de atribuire, ca „*stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca aceasta autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o alta autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (...)*” (a se vedea punctul 27 din Hotărârea CJUE din 3 octombrie 2019, Cauza Delta, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826).

În concluzie, legislația și jurisprudența CJUE cuprind suficiente argumente ca emiterea unui certificat constatator negativ să nu echivaleze cu o sentință de excludere automată a ofertantului respectiv din cadrul tuturor procedurilor de atribuire viitoare. Autoritățile contractante au, din punct de vedere juridic, libertatea de a evalua de la caz la caz situația particulară a ofertantului. Astfel, respectând principiul proporționalității și al dreptului la apărare al ofertanților, o autoritate contractantă poate decide, în măsură în care ofertantul aduce suficiente dovezi cu privire la implementarea eficientă de măsuri de *self-cleaning* de natură a remedia situația ce a generat emiterea certificatului constatator, să nu respingă oferta acestuia.