CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
DOMNUL MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
prezentate la 8 mai 2019[1]

Cauza C-267/18

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA
împotriva
Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA

[cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel București (România)]

„Trimitere preliminară – Directiva 2014/24/UE – Achiziții publice – Motive de excludere facultativă – Excluderea unui operator economic de la participarea la o procedură de achiziții ca urmare a rezilierii unui contract anterior din cauza unei subcontractări necomunicate autorității contractante – Noțiunea de deficiențe semnificative sau persistente – Nedivulgarea informației cu privire la rezilierea unui contract anterior – Informare cu privire la participarea unor subcontractanți la executarea contractului – Obiective și scopuri – Gravitatea nedivulgării de informații”

1. Directiva 2014/24/UE[2] autorizează excluderea de la procedurile de achiziții publice a ofertantului care a dat dovadă de „deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract anterior […] care a dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior” [articolul 57 alineatul (4) litera (g)].

2. O instanță română prezintă Curții îndoielile sale cu privire la aspectul dacă această dispoziție se aplică atunci când „încetarea anticipată a contractului anterior” a fost cauzată de faptul că ofertantul câștigător subcontractase o parte din lucrare fără a informa administrația. La această împrejurare se adăuga faptul că, în noua procedură de achiziție publică, acel operator economic nici nu a comunicat (celei de a doua) autorități contractante încetarea anticipată a contractului precedent.

I. Cadrul juridic

A. Dreptul Uniunii. Directiva 2014/24

3. Potrivit considerentului (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, de exemplu din motive de încălcare a obligațiilor de mediu sau sociale, inclusiv a normelor privind accesibilitatea pentru persoanele cu handicap sau alte forme de comitere a unei abateri profesionale grave, cum ar fi încălcări ale normelor de concurență sau [ale]

1 Limba originală: spaniola.

2 Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

drepturilor de proprietate intelectuală. Ar trebui să se clarifice faptul că abaterile profesionale grave pot arunca un dubiu asupra integrității unui operator economic și astfel fac ca operatorul economic să devină inadecvat pentru a i se atribui un contract de achiziții publice, chiar dacă operatorul economic deține capacitatea tehnică și economică de a executa contractul.

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

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

4. Articolul 57 („Motive de excludere”) prevede:

„[…]

(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:

[…]

(c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa;

[…]

(g) dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

(h) în cazul în care operatorul economic s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor necesare pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție, nu a divulgat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate în conformitate cu articolul 59; sau

[…]

(5) Autoritățile contractante exclud, în orice moment în cursul procedurii, un operator economic în cazul în care se constată că acesta se află, având în vedere faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alineatele (1) și (2).

În orice moment în cursul procedurii, autoritățile contractante pot să excludă sau statele membre le pot solicita să excludă un operator economic în cazul în care se constată că operatorul economic se află, având în vedere faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alineatul (4).

(6) 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 abatere, 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.

[…]”

5. Articolul 71 („Subcontractarea”) prevede:

„[…]

(2) În documentele achiziției, autoritatea contractantă poate solicita ofertantului sau poate fi obligată de un stat membru să solicite ofertantului să indice în oferta sa partea din contract pe care intenționează să o subcontracteze unor terți, precum și subcontractanții propuși.

[…]

(5) În cazul contractelor de achiziții de lucrări și în ceea ce privește serviciile care urmează să fie prestate la o instalație aflată sub directa supraveghere a autorității contractante, după atribuirea contractului și cel mai târziu în momentul începerii executării acestuia, autoritatea contractantă solicită contractantului principal să îi indice numele, datele de contact și reprezentanții legali ai subcontractanților săi implicați în lucrările sau serviciile respective, în măsura în care aceste informații sunt cunoscute la momentul respectiv. Autoritatea contractantă solicită contractantului principal să îi notifice orice modificări ale acestor informații pe durata contractului, precum și informațiile obligatorii privind eventualii noi subcontractanți implicați ulterior în lucrările sau serviciile respective.

În pofida primului paragraf, statele membre pot impune direct asupra contractantului principal obligația de a furniza informațiile solicitate.

Acolo unde este necesar în scopul aplicării alineatului (6) litera (b) de la prezentul articol, informațiile solicitate sunt însoțite de declarațiile pe propria răspundere ale subcontractanților, în conformitate cu articolul 59. […]

(6) În scopul de a evita încălcarea obligațiilor menționate la articolul 18 alineatul (2), pot fi luate măsuri corespunzătoare, cum ar fi:

[…]

(b) în conformitate cu articolele 59, 60 și 61, autoritățile contractante pot să verifice, din proprie inițiativă sau la cererea statelor membre, dacă există motive de excludere a subcontractanților în temeiul articolului 57. În astfel de cazuri, autoritatea contractantă solicită ca operatorul economic să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că există motive obligatorii de excludere. Autoritatea contractantă, din proprie inițiativă sau la cererea unui stat membru, poate solicita ca operatorul economic să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că există motive neobligatorii de excludere.

[…]”

B. Dreptul național. Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (denumită în continuare Legea nr. 98/2016)

6. Articolul 167 prevede:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

[…]

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

[…]

(8) În sensul dispozițiilor alineatului (1) litera 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.”

7. Articolul 171 prevede:

„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la articolele 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 alineatului (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 articolele 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alineatului (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.

[…]”

II. Situația de fapt din litigiu și întrebarea preliminară

8. La 3 octombrie 2010, Primăria Râmnicu Vâlcea (România) a atribuit societății Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (denumită în continuare „Delta”) și altor două societăți cu care aceasta forma o asociere temporară de întreprinderi (denumită în continuare „ATI1”) un contract de lucrări pentru reabilitarea și modernizarea unei baze de agrement.

9. La 7 iunie 2017, primăria a decis să rezilieze contractul susținând că ATI1 l-a încălcat atunci când a subcontractat părți importante din lucrare fără autorizarea sa prealabilă, în pofida unei clauze din caietul de sarcini potrivit căreia niciun subcontractant nu putea participa la executarea contractului fără consimțământul autorității contractante [3].

10. Încetarea anticipată a contractului din motive imputabile ATI1 a fost comunicată, la 25 iulie 2017, platformei online privind Sistemul Electronic de Achiziții Publice (denumit în continuare „sistemul electronic”).

11. La 27 iulie 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (denumită în continuare „CNAIR”) a efectuat convocarea în vederea atribuirii contractului de achiziții publice de lucrări de construcție „Proiectare și execuție lărgire la 4 benzi DN 7 Bâldana-Titu km 30 + 950-52 + 350” cu o valoare estimată la 210 627 629 RON (46 806 139,78 euro) și cu o durată de 84 de luni.

12. Delta, împreună cu alte două societăți, a format o nouă asociere temporară de întreprinderi (denumită în continuare „ATI2”) și a participat la procedură în calitate de ofertant. În declarația sa de candidatură, aceasta a afirmat că nu este afectată de niciun motiv de excludere.

13. Consultând sistemul electronic, Comisia de evaluare din cadrul CNAIR a accesat documentul de constatare emis de Primăria Râmnicu Vâlcea, în care figura rezilierea contractului dintre ATI1 și această primărie.

14. La 18 decembrie 2017, după ascultarea Delta și a Primăriei Râmnicu Vâlcea, Comisia de evaluare din cadrul CNAIR a exclus ATI2 de la procedura de atribuire a contractului de extindere a drumului național. Comisia menționată a arătat, în acest sens, că încetarea anticipată a contractului anterior și nenotificarea acestei împrejurări în cadrul celei de a doua proceduri erau motive de excludere prevăzute la literele g) și h) ale alineatului (1) al articolului 167 din Legea nr. 98/2016.

3 În aceeași decizie s-au calculat prejudiciile rezultate în cuantum de 2 345 299,70 lei (RON) (521 000 de euro).

15. ATI2 a solicitat autorității contractante revocarea deciziei de excludere și reexaminarea ofertei sale. În lipsa unui răspuns din partea CNAIR, ATI2 a formulat o contestație la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (denumit în continuare „CNSC”).

16. La 2 februarie 2018, CNSC a respins contestația, după ce a afirmat că:

– era competent să verifice legalitatea deciziei de excludere a ofertei și să constate dacă aceasta se încadrează în cazul de excludere prevăzut de lege, iar nu să analizeze legalitatea documentului constatator;

– documentul menționat, întrucât beneficiază de o prezumție de legalitate, atestă gravitatea încălcării obligațiilor care decurg dintr-un contract de achiziții publice anterior;

– ATI2 a invocat numai motive referitoare la nelegalitatea documentului constatator, fără să furnizeze dovezi pentru demonstrarea credibilității sale, conform dispozițiilor articolului 171 din Legea nr. 98/2016.

17. Decizia CNSC a fost atacată în fața instanței de trimitere la 16 februarie 2018. În cererea de chemare în judecată s-a susținut în esență a) că documentul constatator nu era apt să ateste că Delta și-ar fi încălcat în mod grav și repetat obligațiile contractuale și b) că, chiar dacă ar reflecta realitatea, mențiunile din cuprinsul acelui document nu se circumscriu motivului de excludere care constă în încălcarea gravă și repetată a obligațiilor contractuale [4].

18. În acest context, Curtea de Apel București (România) a adresat Curții următoarea întrebare preliminară:

„Articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE poate fi interpretat în sensul că rezilierea unui contract de achiziții publice, pe motivul că ar fi fost subcontractată o parte din lucrare fără autorizarea autorității contractante, se circumscrie unei deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior care să conducă la excluderea unui operator economic de la participarea la o procedură de achiziție publică?”

III. Procedura în fața Curții

19. Decizia de trimitere a fost înregistrată la grefa Curții la 17 aprilie 2018.

20. Delta, guvernul român și Comisia Europeană au depus observații scrise. Delta, guvernul austriac și Comisia au compărut în ședința care a avut loc la 27 februarie 2019.

4 Delta adăuga că atât documentul constatator, cât și pretinsele încălcări la care se referea acesta fuseseră contestate în justiție.

IV. Apreciere

A. Observație introductivă

21. Întrebarea adresată de instanța de trimitere se limitează la interpretarea articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24. Considerăm însă că, în conformitate cu o practică constantă a Curții[5], răspunsul acesteia se poate extinde la alte prevederi ale acestei directive legate de aceleași fapte, pentru a furniza instanței de trimitere elemente de apreciere care să îi faciliteze munca.

22. Mai precis, este cert că motivul de excludere referitor la încetarea anticipată a contractului corespunde articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24. Însă chiar decizia de trimitere[6] menționează că, potrivit Comisiei de evaluare din cadrul autorității contractante, „îi sunt aplicabile ofertei în discuție și prevederile articolului 167 alineatul (1) litera h) din Legea nr. 98/2016". Având în vedere că această normă este expresia în legislația națională a motivului de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (h) din Directiva 2014/24, răspunsul Curții va putea fi mai cuprinzător dacă se extinde la incidența acestui ultim motiv asupra faptelor în litigiu[7].

B. Cu privire la motivul de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24

23. Astfel cum am arătat în Concluziile prezentate în cauza Mecca[8], articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 menționează, printre comportamentele operatorilor economici care pot justifica excluderea lor de la o procedură de achiziție publică, atât o „abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa" [litera (c)], cât și „deficiențe semnificative […] la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior […] care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior" [litera (g)].

24. Din considerentul (101) al Directivei 2014/24 reiese că abaterile profesionale vizate la litera (c) sunt de natură predominant *extracontractuală*, adică sunt comportamente nelegale care se desfășoară, în general, în afara cadrului raporturilor contractuale. Aceasta este situația încălcării obligațiilor de mediu sau sociale, a nerespectării normelor de concurență sau a drepturilor de proprietate intelectuală sau industrială ori a neîndeplinirii obligațiilor fiscale sau privind asigurările sociale. În schimb, comportamentul descris la litera (g) reprezintă o încălcare tipică a obligațiilor *contractuale*.

25. Este adevărat însă că anumite încălcări ale obligațiilor contractuale pot, în același timp, să ia forma unei abateri profesionale grave, și anume cea săvârșită în cadrul unui contract administrativ anterior, suficient de importantă pentru a justifica încetarea raportului contractual.

26. Din această perspectivă, legătura dintre cele două litere ar fi de tipul raportului dintre *lex generalis* [litera (c)] și *lex specialis* [litera (g)], ceea ce ar permite să se recurgă la scopurile și la justificările prevederii generale pentru a determina principiile care trebuie respectate cu ocazia interpretării normei de la litera (g).

5 Hotărârea din 22 octombrie 2015, Impresa Edilux și SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721), punctul 20: „faptul că instanța de trimitere a formulat o întrebare preliminară făcând referire doar la anumite dispoziții ale dreptului Uniunii nu împiedică Curtea să îi furnizeze toate elementele de interpretare care pot fi utile pentru soluționarea cauzei cu care este sesizată, indiferent dacă instanța menționată s-a referit sau nu s-a referit la acestea în enunțul întrebărilor sale. În această privință, revine Curții sarcina de a extrage din ansamblul elementelor furnizate de instanța națională și în special din motivarea deciziei de trimitere elementele dreptului Uniunii care necesită o interpretare având în vedere obiectul litigiului".

6 Punctul 15.

7 Analiza încălcării obligațiilor contractuale ar putea chiar să vizeze motivul de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (c) din Directiva 2014/24 (și anume, abaterea profesională gravă). Nu ne vom opri însă asupra acestui aspect.

8 Concluziile din 7 martie 2019 (C-41/18, EU:C:2019:183), punctele 38-45.

27. Ambele motive de excludere au la bază un element esențial al raportului dintre ofertantul câștigător al contractului și autoritatea contractantă, și anume *fiabilitatea* celui dintâi, pe care se întemeiază încrederea pe care i-o acordă cea din urmă. Deși Directiva 2004/18/CE [9] nu făcea referire expresă la acest element, jurisprudența Curții și-a asumat sarcina de a-l consacra [10].

28. Directiva 2014/24 include fiabilitatea ca o componentă-cheie a raportului, tocmai atunci când abordează abaterea profesională gravă. Potrivit considerentului (101) primul paragraf, autoritățile contractante pot exclude „operatorii economici care s-au dovedit a nu fi fiabili". Același considerent, în al doilea paragraf, are în vedere performanța în contractele anterioare „care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic".

29. Importanța conferită *fiabilității* operatorului economic apare în anumite alineate [(6) și (7)] ale articolului 57 din Directiva 2014/24, prin faptul că i se permite acestuia să adopte măsuri pentru a demonstra că este demn de încredere, în pofida existenței unui motiv de excludere. În acest mod, elementul *fiabilitate* devine parte integrantă din motivele de excludere referitoare la condițiile subiective privind candidatul.

30. Or, potrivit obiectivului urmărit de articolul 57 din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă trebuie să beneficieze de libertatea de a evalua această componentă (fiabilitatea candidatului) fără să fie neapărat ținută de aprecierile altor organisme publice. Revine autorităților contractante, și numai acestora, competența de a aprecia efectele abaterilor pe care le implică o încălcare pe fond a obligațiilor contractuale atât de gravă încât justifică rezilierea unui contract anterior ca urmare a pierderii încrederii.

31. Astfel cum s-a arătat deja, motivul de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, aplicat în speță, intervine atunci când, în executarea unui contract anterior, operatorul a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente [11] la îndeplinirea unei cerințe esențiale, care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract.

32. Din această formulare trebuie să se deducă mai întâi că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă („semnificativă") pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, încetarea anticipată a contractului.

33. Compararea anumitor versiuni lingvistice ale prevederii [12] arată că acest motiv de excludere necesită încălcarea unei anumite obligații esențiale stabilite într-un contract de achiziții publice anterior. O asemenea obligație poate fi atât de ordin material, cât și de ordin formal, întrucât nimic nu împiedică existența unor obligații formale care să fie esențiale pentru executarea unui contract de achiziții publice [13].

9 Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (JO 2004, L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116).

10 Hotărârea din 20 martie 2018, Comisia/Austria (Imprimerie de stat) (C-187/16, EU:C:2018:194), punctele 88 și 91, Hotărârea din 14 decembrie 2016, Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948), punctul 28, și Hotărârea din 9 februarie 2006, La Cascina și alții (C-226/04 și C-228/04, EU:C:2006:94), punctul 21.

11 Acest articol utilizează pluralul atunci când se referă la *deficiențe*. Cu toate acestea, considerăm criteriul ca fiind unul mai degrabă calitativ decât cantitativ, astfel încât o singură deficiență semnificativă ar putea, în sine, să provoace excluderea. Este ceea ce au susținut de asemenea Comisia și guvernul austriac în ședință. Considerentul (101) al Directivei 2014/24, pentru a ilustra unele dintre „deficiențele majore" pe care le menționează, utilizează singularul atunci când se referă la „nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa" sau la „un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic". Insistăm asupra faptului că totul depinde de proporționalitatea măsurii în raport cu gravitatea comportamentului.

12 În versiunea spaniolă se utilizează expresia *cerință de fond*, însă celelalte versiuni se referă mai curând la *esența* acestei cerințe: astfel, cea franceză (*obligation essentielle*), cea engleză (*substantive requirement*), cea germană (*einer wesentlichen Anforderung*) și cea italiană (*requisito sostanziale*).

13 Disimularea cu rea-credință a participării unui subcontractant, nemenționată de ofertant în vederea eludării clauzelor contractului care sunt expresia unor norme imperative ale Directivei 2014/24, chiar dacă are caracter aparent formal, poate implica prejudicii grave și poate fi calificată, în funcție de acestea și de intenția sa frauduloasă, drept semnificativă.

34. Pentru ca excluderea să fie aplicabilă nu este suficientă, așadar, simpla reziliere unilaterală a contractului de achiziții publice anterior. Autoritatea contractantă va trebui să îndeplinească o sarcină suplimentară de evaluare a încălcării reproșate la data respectivă contractantului și să verifice dacă sunt îndeplinite sau nu cerințele prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24.

35. Curtea nu trebuie să înlocuiască instanța de trimitere nici în ceea ce privește aprecierea faptelor, nici în ceea ce privește evaluarea gravității încălcării care a motivat excluderea Delta. Prin urmare, este de competența instanței de trimitere să stabilească dacă, în speță, subcontractarea neautorizată [14] a lucrărilor de construcție a bazei municipale de agrement a reprezentat o deficiență gravă în executarea contractului dintre ATI1 și Primăria Râmnicu Vâlcea.

36. Curtea poate furniza însă instanței de trimitere unele indicații utile pentru ca aceasta să își efectueze propria evaluare.

37. În primul rând, va trebui să se aprecieze conținutul documentului achiziției și măsura în care acesta impunea contractantului, în mod specific, o obligație de a comunica intenția de a subcontracta o parte din lucrare și de a solicita autorizația autorității contractante în acest scop. Potrivit guvernului român, existau clauze specifice în temeiul cărora niciun subcontractant nu putea fi implicat în executarea contractului fără consimțământul autorității contractante [15].

38. Nu trebuie uitat că, potrivit articolului 71 alineatul (2) din Directiva 2014/24, „în documentele achiziției, autoritatea contractantă poate solicita […] ofertantului să indice în oferta sa partea din contract pe care intenționează să o subcontracteze unor terți, precum și subcontractanții propuși”. Numai pe baza acestei informații autoritatea contractantă va fi în măsură să aprecieze dacă subcontractantul este, la rândul său, fiabil [16].

39. O clauză din caietul de sarcini care impune această mențiune prealabilă are, așadar, un temei juridic solid în dreptul Uniunii. Introducerea acesteia corespunde, în plus, obiectivului Directivei 2014/24 în ceea ce privește mecanismele de comunicare a intențiilor de a subcontracta și identitatea subcontractanților.

40. În timp ce Directiva 2004/18 era laconică în această privință [17], întrucât menționa doar caracterul oportun al prevederii de norme privind subcontractarea pentru a favoriza accesul întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice [18], Directiva 2014/24 subliniază motivele pentru care „transparența în lanțul de subcontractare” este atât de importantă.

41. Mai precis, în preambulul Directivei 2014/24 se explică faptul că „aceasta asigură autorităților contractante informații cu privire la persoanele prezente pe șantier […]. Ar trebui să se clarifice că obligația de transmitere a informațiilor necesare intră, în orice caz, în sfera de responsabilitate a contractantului principal, fie pe bază de *clauze specifice pe care orice autoritate contractantă va trebui să le includă în toate procedurile de achiziții*, fie pe bază de obligații pe care statele membre le vor impune asupra contractanților principali prin intermediul unor dispoziții cu aplicabilitate generală” [19].

14 Delta afirmă că, în realitate, nu a existat o subcontractare, ci o relație cu o altă întreprindere pentru prestarea de servicii și pentru furnizarea de materiale. Decizia de trimitere, a cărei expunere a faptelor trebuie acceptată de Curte, pare să plece de la premisa că a existat o subcontractare efectivă.

15 Punctul 17 din observațiile sale scrise. În ședință s-a dezbătut cu privire la conținutul acestei clauze (numărul 23.6), a cărei existență a fost recunoscută de Delta.

16 Considerentul (105) al Directivei 2014/24: „[…] ar trebui să se precizeze explicit că statele membre ar trebui să poată merge mai departe, de exemplu, prin extinderea obligațiilor de transparență, […] prin autorizarea sau solicitarea autorităților contractante să verifice dacă subcontractorii nu se află în oricare dintre situațiile în care s-ar impune excluderea operatorilor economici […]”.

17 Comparația dintre regimul de subcontractare prevăzut de Directiva 2004/18 (articolul 25) și cel prevăzut de Directiva 2014/24 (articolul 71) evidențiază că în esență se menține obligația de a comunica autorității contractante, dacă acest lucru este indicat în caietul de sarcini, că o parte din lucrări se va subcontracta, precum și identitatea subcontractanților propuși.

18 Considerentul (32) al Directivei 2004/18.

19 Considerentul (105) al Directivei 2014/24. Sublinierea noastră.

42. Din punct de vedere strict normativ, articolul 71 alineatul (6) litera (b) din Directiva 2014/24 prevede că „autoritățile contractante pot să verifice, din proprie inițiativă sau la cererea statelor membre, dacă există motive de excludere a subcontractanților în temeiul articolului 57”. Această verificare necesită, în mod logic, ca ofertantul câștigător să fi informat în prealabil acele autorități că intenționează să subcontracteze o parte din lucrare.

43. Plecând de la această premisă, va trebui să se verifice, în plus, dacă încălcarea obligației de a notifica existența subcontractantului determina, potrivit caietului de sarcini, încetarea anticipată a contractului. Într-o asemenea ipoteză, autoritatea contractantă, prin rezilierea contractului, nu ar face decât „să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea”, în sensul Hotărârii Connexxion Taxi Services [20].

44. În al doilea rând, instanța de trimitere va trebui să aprecieze dacă executarea directă, aflată exclusiv în sarcina contractantului selectat, reprezenta o obligație *esențială* pentru atingerea obiectivului urmărit de autoritatea contractantă. În caz contrar, și anume dacă recurgerea la subcontractanți în cadrul acelui contract de lucrări ar părea viabilă, chiar dacă este supusă obligației de notificare prealabilă și autorizației administrative subsecvente, ar trebui să se aprecieze dacă lipsa notificării menționate (și, prin urmare, a autorizației necesare) este doar o simplă eroare administrativă fără relevanță majoră și care poate fi acoperită *a posteriori* [21].

45. În al treilea rând, instanța de trimitere va putea să aprecieze în ce măsură subcontractarea a afectat o parte importantă din lucrările de construcție a bazei municipale de agrement și dacă intervenția subcontractantului a avut un impact negativ asupra executării acestor lucrări [22].

46. Asemenea aprecieri vor fi relevante pentru a evalua măsura excluderii din punctul de vedere al principiului proporționalității [23]. În cazul în care comportamentul operatorului economic care și-a încălcat obligațiile în primul contract nu ar atinge un anumit nivel de importanță (cu alte cuvinte dacă ar fi numai *de minimis*), este posibil ca excluderea sa din al doilea contract să fie considerată nelegală, întrucât este disproporționată.

47. În al patrulea rând, dacă se constată existența acestui motiv de excludere, articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24 (transpus prin articolul 171 din Legea nr. 98/2016) admite totuși că ofertantul afectat poate prezenta probe care să ateste că, prin comportamentul său anterior, și-a dovedit fiabilitatea [24].

48. În sfârșit, argumentul formulat de Delta referitor la litigiile pendinte cu privire la decizia Primăriei Râmnicu Vâlcea de reziliere a contractului ATI1 [25] nu împiedică, în sine, aplicarea acestui motiv de excludere. Astfel cum am susținut în Concluziile prezentate în cauza Mecca [26], simpla contestare a unei decizii de încetare anticipată a unui contract nu poate constitui un obstacol care să împiedice autoritatea contractantă să aprecieze comportamentul care a provocat încetarea și fiabilitatea subsecventă a operatorului.

20 Hotărârea din 14 decembrie 2016 (C-171/15, EU:C:2016:948), punctul 38 și jurisprudența citată.

21 Aceasta este una dintre posibilitățile pe care le menționează Comisia în observațiile sale scrise (împreună cu altele, precum ipoteza că ATI1 ar urmări să inducă în eroare autoritatea contractantă privind identitatea subcontractantului).

22 Pentru guvernul român, deși decizia de trimitere nu precizează dacă au existat deficiențe în ceea ce privește executarea menționată, declarația privind răspunderea ATI1 ar fi un indicator că au existat.

23 Directiva 2014/24 impune proporționalitatea măsurii, chiar și în ceea ce privește motivele de excludere obligatorie, precum cel referitor la neplata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale [articolul 57 alineatul (3) al doilea paragraf].

24 La punctul 21 din decizia de trimitere se subliniază că ATI2 „a invocat exclusiv motive de nelegalitate a actului constatator, fără să furnizeze dovezi pentru demonstrarea credibilității sale […]”. În ședință, Delta nu a susținut că ar fi luat măsuri corective, de îndreptare a comportamentului său, pentru a-și restabili fiabilitatea (s-a limitat să indice că a încercat, la data respectivă, să acopere lipsa de notificare a subcontractării).

25 Decizia de trimitere menționează această litispendență la punctul 12.

26 C-41/18, EU:C:2019:183.

C. Cu privire la motivul de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (h) din Directiva 2014/24

49. Printre ipotezele avute în vedere în articolul 57 alineatul (4) litera (h) din Directiva 2014/24 pentru a justifica excluderea unui operator economic de la o procedură de achiziție publică se numără:

– „cazul în care operatorul economic s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor necesare pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție” și

– faptul că „nu a divulgat aceste informații” [27].

50. Curtea s-a confruntat cu prima dintre aceste ipoteze atunci când a interpretat, în Hotărârea Esaprojekt [28], prevederea Directivei 2004/18 [și anume, articolul 45 alineatul (2) litera (g)] care, în termeni analogi, permitea excluderea de la contractul de achiziții publice a unui operator economic din cauza declarațiilor sale false în fața autorității contractante.

51. În acea hotărâre Curtea a considerat că nu era necesar caracterul intenționat al declarației false, fiind suficientă existența unei „neglijențe[e] de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice”. Având în vedere că o asemenea împrejurare exista în speță, operatorul economic a putut fi considerat „grav vinovat”, ceea ce justifica „decizia autorității contractante de a exclude operatorul menționat de la contractul de achiziții publice în cauză” [29].

52. Cea de a doua ipoteză a fost abordată în Hotărârea Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani și Guerrato [30], cu referire la prevederea corespunzătoare din Directiva 2004/18 [31]. În acea cauză, ofertantul nu menționase, în oferta sa, informația referitoare la situația penală a unui administrator, condamnat pentru diferite infracțiuni. Curtea a considerat că o asemenea împrejurare era suficientă pentru a exclude ofertantul de la procedura de atribuire [32].

53. Deși având în vedere modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (h) din Directiva 2014/24 ar putea părea că „gravitatea” este necesară numai în ceea ce privește furnizarea de informații false, iar nu în ceea ce privește nedivulgarea de informații, considerăm că nu aceasta este situația. Atât în cazul în care este vorba despre o acțiune (falsificare), cât și în cel în care este vorba despre o omisiune (disimulare), ceea ce este important este ca informația furnizată în mod fals sau disimulată să fie semnificativă pentru decizia adoptată de autoritatea contractantă. În opinia noastră, aceasta este, din nou, o consecință a principiului proporționalității.

27 Deși diferitele versiuni lingvistice pe care le-am consultat diferă în ceea ce privește utilizarea verbelor afirmative sau negative (în italiană, *non ha trasmesso*; în engleză, *has withheld*; în franceză, *a caché*; în germană, *zurückgehalten*; în portugheză, *tiver retido*; în română, *nu a divulgat*), considerăm că, pe fond, concordă în descrierea aceluiași comportament.

28 Hotărârea din 4 mai 2017 (C-387/14, EU:C:2017:338).

29 *Ibidem*, punctele 71 și 77.

30 Hotărârea din 20 decembrie 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000).

31 În conformitate cu articolul 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18, „poate fi exclus de la participarea la un contract orice operator economic […] care nu a furnizat respectivele informații [solicitate în temeiul prezentei secțiuni]”.

32 Hotărârea din 20 decembrie 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000), punctul 48: „Astfel, faptul de a nu informa autoritatea contractantă cu privire la acte sancționabile penal ale fostului administrator poate fi de asemenea un element care să permită excluderea, în temeiul acestei dispoziții, a unui ofertant de la participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice”.

54. În cadrul acestei trimiteri preliminare, astfel cum am arătat deja, instanța de trimitere nu examinează motivul de excludere pe care îl analizăm, spre deosebire de modul în care a procedat autoritatea contractantă [33]. Astfel, întrucât Delta s-a abținut să comunice CNAIR rezilierea contractului său precedent de achiziții publice din cauza nerespectării clauzei referitoare la subcontractare, organismul respectiv a ales să aplice (împreună cu motivul de excludere examinat deja în titlul anterior) articolul 167 alineatul (1) din Legea nr. 98/2016, și anume norma națională care este expresia articolului 57 alineatul (4) litera (h) din Directiva 2014/24.

55. În acest context, dacă instanța de trimitere consideră că este oportun să se oprească asupra analizei celui de al doilea motiv de excludere aplicat de CNAIR, va trebui să ia în considerare împrejurările specifice în care a avut loc disimularea informației, precum și gravitatea acestui comportament.

56. Mai precis, pentru a aprecia gravitatea disimulării informației față de autoritatea contractantă, nu va fi suficient să se constate că ofertantul nu a menționat existența unui posibil motiv de excludere. Va fi indispensabil, în plus, să se aprecieze importanța informației omise.

57. Într-o cauză precum aceasta, în care a avut loc o reziliere anterioară a unui contract constatată formal [34], principiul loialității obliga Delta să notifice acest element obiectiv autorității contractante încă de la început, fără să o împiedice să îi furnizeze toate informațiile pe care le-ar considera indispensabile pentru a demonstra că, în opinia sa, încălcarea obligațiilor nu a existat sau a avut o importanță redusă [35].

58. În orice caz, revine instanței naționale sarcina de a aprecia situația de fapt din litigiu pentru a determina, din perspectiva principiului proporționalității, dacă excluderea ofertantului, dintr-un motiv sau altul, a fost suficient justificată.

V. Concluzie

59. Având în vedere considerațiile care precedă, propunem Curții să răspundă la întrebarea preliminară adresată de Curtea de Apel București (România) după cum urmează:

„1) Articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că:

– o autoritate contractantă are dreptul, în principiu, să excludă de la o procedură de achiziție de lucrări publice un operator economic cu privire la care s-a dispus încetarea anticipată a unui contract de achiziții publice anterior, în temeiul faptului că a încălcat clauza care îi impunea obligația de a comunica, în vederea obținerii autorizației necesare, atribuirea unei părți din aceste lucrări unui subcontractant;

– revine instanței naționale sarcina de a determina, având în vedere împrejurările specifice ale litigiului și cu aplicarea principiului proporționalității, dacă încetarea anticipată a unui (prim) contract de achiziții publice a fost cauzată de o deficiență semnificativă la îndeplinirea unei cerințe esențiale impuse în cadrul contractului menționat, suficientă pentru a exclude operatorul economic de la un (al doilea) contract.

33 În ședință, Comisia a menționat posibilitatea ca articolul 57 alineatul (4) litera (h) să servească drept temei pentru excludere.

34 Guvernul austriac a subliniat, în ședință, că rezilierea anticipată a unui contract de achiziții publice este un factor a cărui importanță nu poate fi subestimată și care trebuie în mod necesar să fie evidențiat în procedurile de atribuire ulterioare.

35 În ședință, Delta a recunoscut că nu a inclus acest aspect în documentul european de achiziție unic, susținând că formularul nu conține un spațiu pentru observații. Însă nimic nu o împiedica, dacă ar fi dorit să explice particularitățile rezilierii contractului, să prezinte un înscris separat cu aceste explicații.

2) Articolul 57 alineatul (4) litera (h) din Directiva 2014/24 nu se opune posibilității ca autoritatea contractantă să îl excludă de la un (al doilea) contract de achiziții publice pe ofertantul care a disimulat față de aceasta încetarea anticipată a unui contract anterior, în temeiul existenței unor deficiențe semnificative la îndeplinirea unei cerințe esențiale impuse în cadrul acestui (prim) contract. Este de competența instanței naționale să aprecieze, în lumina principiului proporționalității, gravitatea acestei disimulări de informații.”