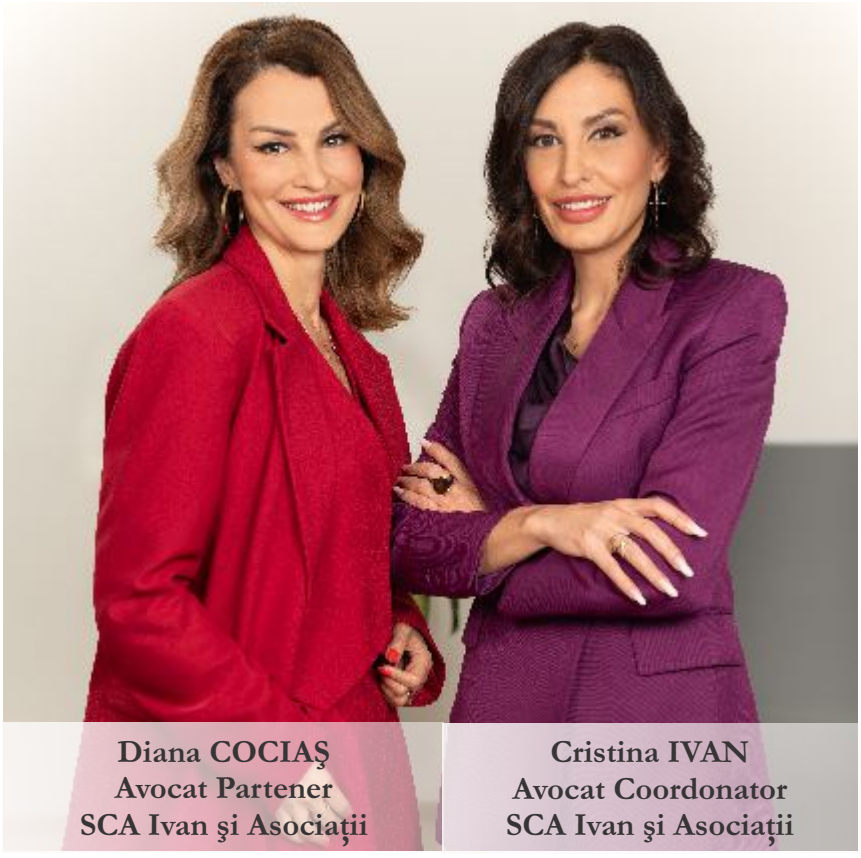
Documentul constatator intermediar: între funcția de monitorizare şi efectul de excludere



Diana COCIAŞ
Avocat Partener
SCA Ivan şi Asociații

Cristina IVAN
Avocat Coordonator
SCA Ivan şi Asociații

Documentul constatator a beneficiat, în ultimii ani, de o atenție constantă în literatura de specialitate, fiind analizat sub aspectul naturii sale juridice, al regimului contestării şi al efectelor asupra participării viitoare a operatorului economic la procedurile de atribuire. Discuția a rămas însă concentrată asupra actului emis la finalizarea contractului, în vreme ce documentul intermediar, introdus prin H.G. nr. 375/2022 şi guvernat de o rațiune diferită, a fost tratat de cele mai multe ori ca o simplă varietate a aceleiaşi instituții, supusă aceluiaşi regim şi producând aceleaşi efecte. Materialul de față își propune să argumenteze că această asimilare este eronată şi că din ea decurg, în practica evaluării ofertelor, consecințe pe care legiuitorul nu le-a urmărit.

Potrivit art. 166 alin. (5²) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă poate emite documente constatatoare şi pe perioada derulării contractului, la fiecare 90 de zile de la semnarea acestuia, în cuprinsul lor urmând a fi consemnate cel puțin stadiul contractului şi, dacă este cazul, eventualele întârzieri sau deficiențe în implementare, precum şi eventualele daune cauzate din culpa contractantului. Rațiunea unei asemenea reglementări este, privită în sine, legitimă, întrucât autoritățile se confruntau cu dificultatea de a interveni în timp util în proiectele a căror implementare începea să deraieze, îndeosebi în cazul celor finanțate din fonduri europene nerambursabile, instrumentul fiind conceput pentru a semnaliza timpuriu o deficiență şi a determina contractantul să recupereze întârzierile identificate cât timp remedierea mai este posibilă.

La aproape patru ani de la introducerea acestei reglementări, problematica ridicată de practică nu mai privește însă utilitatea instrumentului, ci întrebarea, mult mai delicată, dacă şi în ce condiții un act de monitorizare periodică a executării poate constitui, prin el însuşi, temeiul excluderii unui operator economic dintr-o procedură ulterioară, în condițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Natura actului şi consecințele care decurg din ea

Textul art. 166 alin. (5²) este redactat în termeni descriptivi, iar nu constatatori de răspundere, întrucât se referă la stadiul contractului şi la eventualele întârzieri ori deficiențe existente la o dată determinată, într-un raport contractual aflat încă în desfăşurare şi ale cărui pretenții reciproce nu au fost, la acel moment, tranşate de organul competent să o facă. Un asemenea act fotografiază, prin urmare, o etapă a executării, fără a putea stabili o răspundere contractuală şi fără a produce, aşadar, prin el însuşi, efectul unei constatări de neexecutare culpabilă.

Deosebirea față de documentul constatator final este structurală, în măsura în care acesta din urmă intervine la epuizarea raportului contractual şi consemnează un

rezultat, în vreme ce documentul intermediar surprinde un moment din parcursul către acel rezultat, moment care poate fi ulterior depășit, corectat sau infirmat de însăşi evoluţia contractului. Cum nicio dispoziție legală nu obligă emitentul să își actualizeze ori să își retragă actul atunci când realitatea consemnată s-a modificat, documentul rămâne în circuitul juridic în forma inițială, supraviețuind situației de fapt care l-a generat.

Aritmetica involuntară a caracterului repetat

Riscul cel mai serios se manifestă în modul în care documentele intermediare ajung să fie valorificate pentru a demonstra caracterul repetat al încălcării obligațiilor contractuale. Art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 impune, ca primă condiție a cazului de excludere, ca operatorul economic să își fi încălcat obligațiile principale „în mod grav sau repetat", ceea ce înseamnă că verificarea poartă asupra faptelor de neexecutare, iar aplicarea criteriului presupune identificarea acestora şi stabilirea numărului lor.

Documentele intermediare se emit însă la intervale fixe de 90 de zile şi consemnează stadiul contractului la data emiterii. În ipoteza, cu totul frecventă în proiectele complexe de infrastructură, în care întârzierea are caracter continuu, aceeaşi stare de fapt se va regăsi, în termeni practic identici, în fiecare document succesiv, astfel încât un eveniment care persistă timp de un an va genera, prin simpla trecere a timpului şi fără nicio contribuție suplimentară a antreprenorului, patru documente constatatoare distincte.

Dacă autoritatea contractantă stabileşte caracterul repetat prin numărarea actelor care îl consemnează, iar nu a faptelor pe care acestea le descriu, rezultatul verificării ajunge să depindă de împrejurări străine de conduita contractuală a operatorului economic, respectiv de periodicitatea administrativă instituită de normă şi de durata în care o stare de fapt persistă. Consecința este că doi antreprenori aflați în situații riguros identice vor primi calificări juridice diferite, după cum beneficiarii lor au înțeles sau nu să uzeze de facultatea prevăzută de art. 166 alin. (5²), ceea ce contrazice principiul tratamentului egal, a cărui respectare condiționează întreaga arhitectură a procedurilor de atribuire.

Operațiunea a fost sancţionată de Curtea de Apel București prin Decizia civilă nr. 434 din 26.10.2023, instanța reținând că, dat fiind caracterul intermediar al actelor şi întrucât al doilea document constatator nu identifica alte penalități, daune sau obligații principale încălcate față de cele arătate în primul, nu se poate reține existența unei încălcări repetate a obligațiilor contractuale principale.

Suprapunerea cu mecanismul contractual de soluționare a revendicărilor

Un al doilea aspect, mai rar adus în discuție, privește raportul dintre documentul intermediar şi procedura contractuală prin care diferendul consemnat în cuprinsul lui urmează a fi tranşat. În contractele guvernate de condițiile generale aprobate prin H.G. nr. 1/2018, Clauza 69 instituie un mecanism de revendicare construit pe principiul simetriei, Antreprenorul care pretinde prelungirea Duratei de Execuție şi Beneficiarul care pretinde compensații financiare fiind ținuți de aceleaşi termene şi cerințe de formă, iar pentru evenimentele cu efect continuu ambele părți fiind obligate să actualizeze detaliile revendicării la fiecare 30 de zile, sub sancțiunea decăderii, competența de a stabili care dintre poziții este întemeiată revenind Supervizorului, iar în ipoteza dezacordului, tribunalului arbitral ori instanței.

Rezultă că, atât timp cât evenimentul generator se află în derulare, ambele părți comunică periodic cuantificări provizorii ale unor pretenții care se exclud reciproc, Beneficiarul indicând penalitățile calculate până la acea dată, iar Antreprenorul zilele de prelungire solicitate pentru exact aceleaşi împrejurări de fapt, niciuna dintre cifre neexprimând un drept stabilit, ci reprezentând executarea unei obligații contractuale de raportare periodică.

Atunci când cuantificarea Beneficiarului este preluată într-un document constatator intermediar şi tratată ulterior drept dovadă a unei încălcări săvârşite, în vreme ce cuantificarea corelativă a Antreprenorului rămâne lipsită de relevanță, se ajunge la a atribui forță probatorie unei singure laturi a unui mecanism pe care contractul îl supune, în întregime, aceluiaşi regim şi aceleiaşi decizii a Supervizorului. Într-o asemenea configurație, una dintre părțile aflate în dispută sfârşeşte prin a-şi certifica singură propria pretenție, conferindu-i efecte care se produc pe o piață întreagă, înainte ca organul competent să se fi pronunțat asupra temeiniciei ei. Problematica a fost reținută de Tribunalul București prin Sentința civilă nr. 1843 din 14.07.2023, prin care s-a dispus anularea unui document constatator emis în temeiul art. 166 alin. (5²) tocmai pentru considerentul că mențiunile privind întârzierile nu erau conforme raporturilor contractuale atât timp cât acestea făceau obiectul unor revendicări de prelungire a duratei de execuție rămase nesoluționate.

Orientarea jurisprudențială

Practica este, contrar aparențelor, mai consecventă decât s-ar putea presupune. Curtea de Apel Oradea a confirmat, prin Decizia nr. 176 din 13.03.2026, că întârzierile înregistrate în executarea unui contract anterior, chiar necontestate şi chiar depăşind 90 de zile, nu pot atrage incidența art. 167 alin. (1) lit. g) atunci când nu au condus la încetarea anticipată a contractului, la plata de daune-interese sau la alte sancțiuni comparabile, documentele intermediare având un rol strict informativ, menit să permită recuperarea eventualelor întârzieri, iar nu să producă, prin ele însele, efecte excluzive. În acelaşi sens s-a pronunțat şi Consiliul, statuând că simpla existență a unui asemenea document nu produ-

ce efecte în mod automat şi că un document intermediar nu are efect definitiv, importantă fiind evoluţia contractului până la finalul perioadei contractuale, iar nu strict într-un segment de perioadă.

Concluzii

Cele arătate mai sus se sprijină, în ultimă instanţă, pe o normă a cărei aplicare consecventă ar înlătura cea mai mare parte a dificultăţilor semnalate, respectiv art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, potrivit căruia comisia de evaluare care respinge un ofertant pe baza unui document constatator are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g). Norma porneşte de la premisa că documentul există, este valabil şi nu a fost suspendat, ceea ce înseamnă că prezumţia de legalitate a actului administrativ acoperă legalitatea emiterii sale, fără a califica juridic faptele pe care le consemnează, verificarea impusă presupunând raportarea acestora la pragul de gravitate pe care art. 167 alin. (8) îl indică prin exemple, precum şi respectarea exigenţei proporţionalităţii, formulate fără echivoc în considerentul (101) al preambulului Directivei 2014/24/UE.

Documentul constatator intermediar are, prin urmare, o raţiune legitimă şi îndeplineşte o funcţie utilă, astfel încât problematica supusă atenţiei nu priveşte existenţa instrumentului, ci confuzia dintre finalitatea pentru care a fost creat şi efectul pe care ajunge, în practică, să îl producă. Aplicat în litera şi în spiritul reglementării, un asemenea act semnalează o deficienţă în timp util şi oferă contractantului posibilitatea reală de a o remedia.

Aplicat formal, el poate transforma o dispută contractuală aflată în curs de soluţionare într-un motiv de excludere, iar durata acelei dispute, prin numărul de acte pe care le generează, în măsură a gravităţii ei, ceea ce constituie o consecinţă pe care legiuitorul nu a urmărit-o şi pe care textele în vigoare nu o susţin.