

SCURTE CONSIDERAȚII PRIVIND POTENȚIALUL DE NELEGALITATE AL TERMENULUI DE EXECUTARE A CONTRACTULUI CA FACTOR DE EVALUARE ÎN ACHIZIȚIILE PUBLICE



Teodora Borca*

24

Rezumat: Autoritățile contractante inițiază proceduri de achiziții publice și hotărăsc cerințele, obiectul și modalitatea de desfășurare a procedurilor în funcție de necesitățile acestora și urmărind satisfacerea unui interes public. Autoritățile au libertatea de a stabili factori de evaluare pentru departajarea ofertelor, însă acești factori nu trebuie să constituie obstacole absolute și, mai ales, nelegitime în calea liberului acces al operatorilor economici la procedurile de achiziții.

Cuvinte-cheie: achiziții publice; licitația deschisă; termen de executare; factori de evaluare; egalitate de tratament; Legea nr. 98/2016

Summary: Contracting authorities initiate public procurement procedures and decide on the requirements, the object and the way the procedures are conducted based on their needs and aiming to satisfy a public interest. Authorities are free to establish evaluation factors in order to differentiate between tenders, but these factors cannot constitute absolute and more importantly unfair obstacles to economic operators' free access to public procurement procedures.

Keywords: public procurement; open procedure; execution term; evaluation factors; equality of treatment; law no. 98/2016

1. PREAMBUL. TEMATICA ABORDATĂ

Pentru a iniția o procedură de achiziții, o autoritate contractantă întocmește, ca element esențial al procedurii, documentația de atribuire, care conține „toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare

* Teodora Borca este avocat definitiv, membru al Baroului Cluj. Poate fi contactată la adresa de e-mail av.teodoraborca@gmail.com.

a procedurii de atribuire” (art. 154 din Legea nr. 98/2016¹⁾). Prin documentație se trasează cadrul general al procedurii: tipul contractului, obiectul, accesoriile, specificațiile tehnice pe care trebuie să le întrunească în mod obligatoriu bunurile, serviciile sau lucrările, etc.

Ca regulă, în cazul licitației deschise – procedura de achiziții care va fi tratată în prezenta lucrare – oferta câștigătoare va fi oferta care îndeplinește toate cerințele impuse prin documentație și este cea mai avantajoasă din punct de vedere economic: oferta cu prețul cel mai scăzut sau oferta cu cel mai bun raport calitate-preț, după caz.

În situația în care criteriul de atribuire este reprezentat de cel mai bun raport calitate-preț, acesta va fi analizat pe baza unor „factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu și/sau sociale în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru” [art. 187 alin. (4) din Legea nr. 98/2016].

Printre factori de evaluare precum avantajele tehnice, accesibilitatea sau calificarea și experiența personalului ofertantului, art. 187 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 stabilește posibilitatea autorității contractante de a include ca factor de evaluare termenul de executare: „Factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele (...) c) serviciile postvânzare, asistența tehnică și condițiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare și termenul de livrare sau de finalizare” (s.n.).

Deși este unul dintre factorii de evaluare cei mai de întâlniți în practică, deseori se neglijează legalitatea includerii termenului de executare ca factor de evaluare: atât din perspectiva stabilirii în sine a acestuia ca factor, cât și din perspectiva ponderii pe care o are acesta. La o primă și superficială privire, acesta apare ca un criteriu general-rezonabil, însă modalitatea în care este reglementat în concret prin documentația de atribuire poate suscita în practică probleme de legalitate a procedurii, în special prin prisma liberului acces la procedurile de achiziții și obligativitatea asigurării egalității de tratament a ofertanților.

2. JUSTIFICAREA FACTORILOR DE EVALUARE

Conform art. 32 alin. (2) din Normele metodologice ale Legii nr. 98/2016²⁾, „Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare (...) **trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire**” (s.n.).

Alin. (8) și (9) ale aceluiași text legal stabilesc: „Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, **autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care: (...) b) nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv. (9) Pondere stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare **autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect: a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat; (...)**” (s.n.).**

În esență, legea impune autorității contractante să justifice *avantajul concret* pe care l-ar obține prin atribuirea contractului ofertantului care întrunește cel mai mare punctaj în urma analizării factorilor de evaluare – atât în ceea ce privește stabilirea unui factor de evaluare, cât și în ceea ce privește ponderea acestuia față de ceilalți factori.

Rațiunea acestor norme este simplă. Astfel cum am arătat în secțiunea introductivă oferta câștigătoare trebuie să fie, ca regulă, cea mai avantajoasă economic. Aceasta întrucât banii publici trebuie folosiți în cele mai stricte

¹⁾ Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, publicată în M. Of. nr. 390 din 23 mai 2016.

²⁾ Adoptate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, publicată în M. Of. nr. 423 din 06 iunie 2016.

condiții și în cel mai eficient mod. Factorii de evaluare scad din importanța laturii economice, astfel că o ofertă mai costisitoare financiar ar putea fi declarată câștigătoare dacă ar asigura avantaje de altă natură – prevăzute ca factori de evaluare.

Prin urmare, este esențial ca orice factor de evaluare să aducă un avantaj considerabil autorității, avantaj care să justifice investiția financiară mai mare.

La nivel teoretic, *executarea în termen scurt a unui contract poate părea a fi avantajoasă* din considerente precum eficiența sau chiar imaginea autorității publice în societate – executarea cu celeritate a unor proiecte de interes public întărește încrederea și respectul cetățenilor față de autoritate.

În practică, se invocă deseori ca presupus avantaj *posibilitatea autorității de a dispune rapid de bunuri/lucrări*. Acest beneficiu este, însă, unul pur ipotetic, iar în realitate *executarea precoce a unui contract poate fi chiar dăunătoare*. Cât timp bunurile/lucrările nu sunt alocate unor întrebuițări efective, acestea se deteriorează în mod inutil prin simpla trecere a timpului, se devalorizează și generează costuri de întreținere nejustificate. Mai mult decât atât, pot începe să curgă și chiar să se împlinescă eventualele termene de garanție, fără ca autoritatea să beneficieze în concret de acestea.

Așadar, avantajul punctării unei oferte cu termen de executare redus trebuie să fie unul real, efectiv – *autoritatea trebuie să justifice urgența* care impune executarea promptă a contractului de achiziție ce urmează a fi atribuit.

3. EGALITATEA DE TRATAMENT. LIBERUL ACCES LA PROCEDURA DE ACHIZIȚII

Legea nr. 98/2016 prevede ca principii directoare în procedurile de achiziții publice, printre altele, liberul acces al potențialilor ofertanți la proceduri, tratamentul egal, nediscriminarea și transparența, iar la art. 71 stabilește regula generală: „În cadrul procedurii de licitație deschisă **orice operator economic are dreptul de a depune ofertă în urma publicării unui anunț de participare**” (s.n.).

Egalitatea de tratament și liberul acces la procedurile de achiziții presupun că operatorii au posibilitatea de a participa, dar și de a câștiga, în condiții egale, o procedură. Aceasta presupune, între altele, *posibilitatea reală a ofertanților de a se încadra în factorii de evaluare și de a acumula punctajul aferent*. În alte cuvinte, factorii de evaluare nu trebuie impuși într-o asemenea manieră încât să conducă la denaturarea concurenței.

Art. 1 alin. (2) din Norme metodologice prevede tocmai această obligație a autorității contractante: „Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, **autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței**” (s.n.).

Recompensarea unor termene de executare reduse avantajează în mod evident *operatorii economici mari*, cu volum de activitate și cifră de afaceri considerabile, care le permit acestora executarea rapidă a unor contracte. În egală măsură, prin punctarea termenului redus de executare poate fi avantajat un operator economic care *produce/ deține/ execută un anumit tip de bun/lucrare*, cu *specificații tehnice precis impuse* de autoritatea contractantă, cu înlăturarea din procedură a altor ofertanți care ar necesita un oarecare timp pentru adaptarea propriilor produse/ tehnici la cerințele autorității.

Desigur, aceste aspecte trebuie analizate având în vedere toate circumstanțele relevante, documentația de atribuire, toți factorii de evaluare impuși, pentru a evalua atât caracterul justificat al recompensării termenului de executare redus, cât și eventuala intenție de avantajare indirectă a anumitor operatori economici sau de dezavantajare a altora.

Într-o speță³⁾, autoritatea contractantă inițiasse o licitație deschisă pentru achiziționarea unor autoutilitare, stabilind un factor de evaluare termenul de livrare: 30 zile – 40 puncte, 60 zile – 20 puncte, 90 zile – 0 puncte, 90 zile fiind termenul maxim acceptat. Autoutilitarele nu sunt produse comune, dar, mai mult decât atât, nici nu aveau specificații tehnice standard, astfel că majoritatea operatorilor economici ar fi trebuit să își adapteze produsele pentru a se încadra în prevederile caietului de sarcini. Autoritatea nu justificase în niciun mod urgența atribuirii contractului, iar specificațiile tehnice deosebite avantajau un singur operator economic care deținea pe stoc utilaje tocmai cu configurația solicitată.

Fiind sesizat de către un potențial ofertant cu privire la denaturarea concurenței de către autoritatea contractantă, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a arătat că ofertanții nu sunt împiedicați să participe la procedură, întrucât au posibilitatea de a oferta orice termen de livrare care să se încadreze în limita de 90 zile, fiind irelevant că nu ar putea obține punctajul aferent factorului de evaluare.

Curtea de Apel Cluj, însă, a infirmat raționamentul Consiliului și a subliniat că „(...) față de bunurile a căror livrare este în discuție, respectiv autoutilitare de mari dimensiuni, **un termen de livrare de 30 de zile apare ca fiind deosebit de scurt și presupune ca ofertanții să aibă aceste bunuri în stoc. Pe de altă parte, ponderea factorului de evaluare este foarte mare, respectiv de 40% din punctaj. În acest context, autoritatea contractantă era ținută să justifice urgența deosebită care o determină să stabilească acest factor de evaluare și ponderea lui. Aspectele reținute de Consiliu, potrivit cărora această cerință nu împiedică intimata să participe la procedură cu un alt termen de livrare, nu pot fi validate. #### ar participa la această procedură cu un termen de livrare de 90 de zile petenta ar pierde automat 40% din punctaj, fiind mai mult decât evident că nu ar mai putea câștiga licitația, deoarece este greu de imaginat ce preț și ce perioadă de garanție ar putea oferi pentru a compensa acest dezavantaj major**” (s.n.).

Curtea de Apel a confirmat că posibilitatea de a participa la o procedură de achiziții presupune și posibilitatea de a câștiga acea procedură în condiții egale cu alți ofertanți. Factorii de evaluare nu trebuie să regleze artificial concurența, ci să constituie repere pertinente de departajare, bazate pe beneficii reale pentru autoritate.

4. CONCLUZII

Autoritățile se bucură de libertate și independență în alcătuirea documentațiilor de atribuire și stabilirea „regulilor de joc”, fiind cele mai în măsură să stabilească necesitățile pe care le au, dar și modalitatea în care le-ar satisface cel mai eficient.

În mod evident, lucrând cu diferiți operatori economici, inclusiv autoritățile pot dezvolta anumite preferințe pentru unii dintre ei, în considerarea calității bunurilor/serviciilor, a ușurinței de relaționare, a apropierii geografice etc. Autoritățile însă nu se bucură de libertate și independență în alegerea co-contractanților (fără a intra în discuție cu privire la particularitățile achiziției directe sau ale altor proceduri).

Prin urmare, acestea nu pot denatura concurența și influența rezultatul procedurii prin stabilirea unor factori de evaluare care dezavantajează indirect marea masă a potențialilor ofertanți, în lipsa unor justificări adecvate pentru factorii respectivi. Modalitatea de reglementare a termenului de executare punctat poate ascunde o asemenea favorizare, astfel că acesta trebuie analizat în contextul achiziției și nu izolat. Punctarea unui termen de executare extrem de redus poate atrage nelegalitatea procedurii dacă nu poate fi demonstrată o urgență reală.

³⁾ Hotărârea nr. 975/2024 din 28 octombrie 2024 pronunțată de Curtea de Apel Cluj, cod RJ de7g5867g, disponibilă pe rejust.ro, accesat la data de 13 aprilie 2026.