

RECENTELE MODIFICĂRI ALE O.U.G. NR. 34/2006, UN TEMEI PENTRU REORIENTAREA CONTRACTELOR ADMINIS- TRATIVE SPRE LIBERTATEA CONTRACTUALĂ?

Andreea TABACU
Amelia SINGH

Andreea TABACU

Lect. univ. dr., Catedra de Științe Juridice, Facultatea de Științe
Juridice și Administrative, Universitatea din Pitești, România
Tel.: 0040-724-069.888
E-mail: andreea.tabacu@upit.ro

Amelia SINGH

Asist. univ. drd., Catedra de Științe Juridice, Facultatea de Științe
Juridice și Administrative, Universitatea din Pitești, România
Tel.: 0040-248-223.464
E-mail: amelia.singh@upit.ro

Recent Amendments of the G.E.O. no. 34/2006
– Grounds for the Reorientation of the Adminis-
trative Contracts Towards Contractual Liberty?

Abstract

Because of the need to ensure an effective valorization of public assets and funds or to guarantee the proper functioning of public services, the administrative contract is based on the principle of subordinating the freedom of the contract to the public interest.

The evolution of legal regulations in this field has proved the permanent care for finding the optimal solutions in order to fulfill the goals of every public authority, as well as to maintain the balance concerning the rapports in the private sector.

Due to more permissive regulations, until the moment the G.E.O. no. 34/2006 came into force, the public authorities resorted to the easiest solutions in choosing fellow contractors and executing the public affairs, among which one can mention the joint ventures, which in some cases were banned by the courts of law.

Currently, after the Emergency Government Ordinance no. 76/2010, modified by the Law no. 278/2010, was adopted, one might say that the legislator has opted, in the common law, for a mixed policy, which distinguishes between the rules applicable in the pre-contractual stage, following for the most part the power of the administrative law, and the rules applicable in the contractual stage, following the commercial law.

Key words: administrative contract, public interest, freedom of contract, joint venture, competence



Revista Transilvană
de Științe Administrative
1 (28)/2011, pp. 166-178

1. Prezentare

Domeniul contractual se întemeiază pe principiul libertății contractuale, fiind în același timp deschis și autorității publice, care trebuie să își asigure atingerea obiectivelor specifice activității sale. Reglementările în materie, frecvent supletive, nu impun, ci ajută părțile să-și construiască și să execute convenția cât mai eficient, dar și cât mai echitabil posibil.

Însă, materia contractelor administrative, marcată de principiul priorității interesului public, suferă un cert dezavantaj față de contractele private, fiind supusă unor formalități și cerințe suplimentare, astfel că s-a căutat ca la nivel legislativ să fie consacrată o structură hibridă care să îmbine libertatea contractuală cu necesitatea protejării interesului public.

Evoluția realităților juridice administrative a demonstrat că, după trecerea la economia de piață și desființarea privilegiilor evidente ale statului în materia contractuală, din perioada anterioară anului 1989, legiuitorul a încercat să adopte diverse reglementări prin care să îmbine cele două principii menționate, deși ca un corolar, reține în dreptul comun al contenciosului administrativ regula potrivit căreia „principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public” (art. 8 alin. 3 teza a doua din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ).

O încercare de acest gen, importantă în sfera contractelor administrative, a fost dată de adoptarea O.U.G. nr. 60/2001¹ privind achizițiile publice, potrivit căreia acestea se definesc drept contracte având ca obiect executarea de lucrări, prestarea de servicii, respectiv dobândirea de produse de către o autoritate publică, utilizând resurse din bugetul de stat, din bugetele locale, din fondurile special constituite prin lege în afara acestor bugete, din credite externe garantate sau contractate direct de către stat, precum și din surse proprii și credite bancare acordate regiilor autonome.

Totodată, O.G. nr. 16/2002² aprobată și modificată prin Legea nr. 470/2002³ vorbea despre parteneriatul public-privat (Săraru, 2008, pp. 74-75), care are ca obiect proiectarea, finanțarea, construcția, exploatarea, întreținerea și transferul oricărui *bun public* pe baza parteneriatului public-privat, cu resursele proprii ale investitorului sau atrase de către acesta.

Reglementările menționate au fost adoptate pe fondul activității Legii nr. 219/1998 privind contractul de concesiune⁴ și evident a Legii nr. 213/1998, privind proprietatea

1 Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 241 din 11.05.2001, aprobată cu modificări prin Legea nr. 212 din 19.04.2002, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 331 din 17.05.2002. În prezent abrogată prin O.U.G. nr. 34/2006.

2 Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 94 din 02.02.2002. În prezent abrogată prin O.U.G. nr. 34/2006.

3 Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 559 din 30.07.2002.

4 Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 459 din 30.11.1998. În prezent abrogată prin O.U.G. nr. 34/2006.

publică și regimul juridic al acesteia, fiind însă substanțial reformate prin adoptarea O.U.G. nr. 34/2006, privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

Recent, au fost adoptate modificările O.U.G. nr. 34/2006, ca drept comun în materia contractelor de achiziție publică, de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 76/2010, aprobată cu modificări prin Legea nr. 278/2010.⁵

2. Aplicarea reglementărilor și apelarea la contracte comerciale

În timp, legile aplicabile contractului public au relevat mijloacele juridice la îndemâna autorității publice, care reflectă preocuparea legiuitorului pentru asigurarea interesului public, fără a face abstracție de echilibrul contractual.

În materia concesiunii, autoritatea publică deține un bun care trebuie exploatat, rolul contractului fiind acela de a crea un cadru legal exploatării respectivului bun, pe cheltuiala concesionarului.

Achiziția publică urmărește realizarea unor bunuri publice sau prestarea de servicii publice, utilizând fondurile autorității publice, iar nu resurse financiare particulare, în timp ce contractul de parteneriat public-privat, deși asemănător achiziției publice, avea specific faptul că finanțarea lucrării se efectuează de către investitorul privat nu pe seama autorității, care dobânda gratuit proprietatea bunului realizat, la finalizarea contractului.

În contextul normelor anterioare adoptării O.U.G. nr. 34/2006, s-a constatat o atenuare a principiului priorității interesului public în raport cu libertatea de voință a părților, care, au început să strămute raporturile lor pe tărâm contractual de drept comun. Se pare că atare atitudine și-a avut izvorul nu numai în reglementările destul de largi, mai sus menționate, ci și în doctrina administrativă ante și interbelică, a cărei poziție a relevat o continuă negare a contractelor administrative (Negulescu, 1934; Rarincescu, 1936; Iorgovan, 1994, pp. 102-103). În ciuda faptului că sursa de inspirație a marilor autori, respectiv doctrina franceză a momentului, era din ce în ce mai atrasă de ideea recunoașterii contractelor administrative (Jeze, 1927, 1936; Rouviere, 1930), doctrina românească s-a menținut adeptă a teoriilor contractuale de drept comun, parcă pentru a nu permite autorității publice să-și impună poziția, cu consecința părăsirii definitive a libertății contractuale.

Astfel, pe fondul existenței reglementărilor arătate, autoritatea, pe de o parte, și partenerul privat, pe de alta, au încheiat contracte care nu au primit titulatura niciunuia din contractele numite în sfera administrativă (Înaltă Curte de Casație și Justiție, decizia nr. 2338 din 08.10.2009), rațiunea principală fiind aceea de a le sustrage cerințelor procedurale de alegere a cocontractantului și de încheiere a convenției.

⁵ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 898 din 31.12.2010.

Un aspect important al acestei tendințe, având în vedere permisiunea tacită sau chiar expresă a legii⁶, era dat și de includerea în contract a unei clauze compromisorii (Săraru, 2008, p. 71), chiar dacă acesta era numit contract de achiziție, de parteneriat public-privat sau de concesiune, cu consecința derogării de la justiția etatică și a adăpostirii convenției în procedura privată, arbitrală (Înalta Curte de Casație și Justiție, decizia nr. 973 din 07.03.2008).

În special este vorba despre contracte de asociere în participațiune, care pe lângă regimul juridic de constituire prezintă totodată și incontestabile avantaje din punct de vedere formal, fiscal și contabil.

Astfel, asocierea în participațiune este un contract prin care un comerciant sau o societate comercială acordă uneia sau mai multor persoane sau societăți o participație în beneficiile și pierderile uneia sau mai multor operațiuni sau chiar asupra întregului său comerț⁷. Asocierea în participațiune a fost analizată în literatura de specialitate ca un contract special (Cărpenaru *et. al.*, 2009, p. 49) prin care două sau mai multe persoane fizice și/sau juridice române și/sau străine convin să creeze o colaborare prin contribuirea cu anumite bunuri, bani, servicii, în vederea exercitării în comun a unor activități, cu scopul de a împărți profitul obținut. Asocierea în participațiune fără aport nu este posibilă (Săuleanu, 2009, p. 39), având în vedere obligativitatea aporturilor prevăzută de art. 251 din Codul Comercial. Participația la beneficii și pierderi este de asemenea obligatorie, proporția fiind stabilită de acestea prin contractul încheiat. Din cuprinsul reglementării legale coroborate cu dispozițiile art. 1513 din Codul Civil orice clauze contrare între părți cu privire la scutirea de la participarea la pierderi a uneia dintre ele sunt nule, clauzele leonine nefiind admise (Înalta Curte de Casație și Justiție, decizia nr. 1177 din 2004).

Art. 252 din Codul Comercial menționează că „asociațiunea în participațiune poate să aibă loc asemenea și pentru operațiunile comerciale făcute de către necomercianți”, text care a permis interpretarea că în aceasta pot fi părți, pe lângă comerciant și necomerciantul (Rebreanu, 1995, p. 112; Schiau, 2009, p. 492; Înalta Curte de Casație și Justiție, decizia nr. 713 din 2005), indiferent dacă este persoană fizică sau persoană juridică, autoritate publică sau simplu particular (Băcanu, 2005, p. 56).

Potrivit art. 253 din Codul Comercial, asocierea în participațiune nu constituie în privința terților, o ființă juridică distinctă de persoana interesatilor, cel de-al treilea neavând nici un drept și neobligându-se decât față de cel cu care a contractat. Fiecare asociat răspunde pentru obligațiile pe care și le-a asumat față de terți, asociația neputând avea creditori, deoarece nu este subiect de drept. Lipsa personalității juridice este de esența asociației în participațiune, având în vedere că elementele esențiale

6 Art. 30 alin. 2 din Legea nr. 219/1998 în forma în vigoare la 15.08.2005 – „Pentru soluționarea eventualelor litigii izvorâte din executarea contractului de concesiune, părțile pot stipula în contract clauza compromisorie, putând atribui competența soluționării litigiilor instanțelor arbitrale române sau internaționale.”

7 Art. 251 din Codul Comercial.

ale oricărei persoane juridice lipsesc – denumire proprie, sediu propriu, patrimoniu propriu (Florescu, Popa și Mrejeru, 2009, p. 158). Spre deosebire de societățile comerciale, în cazul contractului de asociere în participațiune nu există creditorii ai asocierii, asocierea nu poate fi supusă procedurii insolvenței și nu intervine lichidarea. Terții nu au drepturi și nu se obligă decât față de administratorul cu care a contractat, iar acesta are dreptul să se îndrepte contra asociaților săi pentru obligațiile pe care le-a contractat și le-a achitat pentru asociație.

Conform art. 254 din Codul comercial, bunurile contribuie ca aport în societate devin coproprietatea asociaților, aceștia putând stipula limitarea coproprietății la dreptul de folosință asupra bunurilor sau redobândirea în natură a acestor bunuri, la lichidare. Față de terți, fiecare asociat rămâne proprietar al bunurilor puse la dispoziția asociației în participație, cu excepția cazului în care asociații ar conveni prin act să îndeplinească condițiile de fond și de formă necesare ca bunul aportat să treacă în coproprietatea propriu-zisă a asociaților.

Întinderea și condițiile asocierii sunt determinate de către părți (Curtea Supremă de Justiție, decizia nr. 7710/2001), asocierile în participațiune fiind scutite de formalitățile de constituire stabilite pentru societăți, ele putând fi probate doar prin înscrisuri, spre deosebire de Codul Comercial francez, care prevede posibilitatea probării asocierii în participațiune prin orice mijloc (Dumitrescu, 1924, p. 158). Contractul se încheie *ad probationem* sub forma unui înscris sub semnătură privată, ceea ce produce și consecințe sub aspect fiscal, deoarece asocierea în participațiune trebuie să contribuie la veniturile bugetului de stat.

În privința organizării și conducerii contabilității, prin Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 3.055/2009⁸ pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene, se dispune că ținerea contabilității în cazul asocierilor în participație încheiate între o persoană juridică română și o persoană juridică străină, se realizează de către persoana desemnată de asociați, care răspunde potrivit legii. În cazul asocierilor în participație între persoane juridice străine (nerezidente), înregistrate în România, asociatul desemnat prin contractul de asociere să îndeplinească obligațiile fiscale organizează și conduce evidența contabilă a asocierii⁹, fără a întocmi situații financiare anuale.

În contractele ce stau la baza asocierilor între o autoritate publică și o persoană juridică privată, se prevede faptul că se va ține contabilitatea de către cea din urmă, datorită previziunilor stricte cu privire la gestionarea bugetului de stat ce ar face mai complicată ținerea evidenței contabile de către autoritatea statală. În acest mod, autoritatea publică va prevedea în bugetul propriu suma de bani prestabilă în contract (sub forma unei redevențe) ca un venit propriu.

8 Publicat în Monitorul Oficial al României nr. 766 bis din 10.11.2009.

9 Pct. 13 din Reglementările contabile conforme cu Directiva a IV-a a Comunităților Economice Europene, cuprinse în anexa care face parte integrantă din Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 3.055/2009.

Din punct de vedere fiscal, orice entitate trebuie să se înregistreze, primind un cod de identificare fiscală, care pentru asocieri și alte entități fără personalitate juridică, este codul de înregistrare fiscală atribuit de organul fiscal competent din subordinea Agenției Naționale de Administrare Fiscală (art. 72 alin. (1) litera a) din O.G. nr. 92/2003). Se face însă diferențiere în Codul de procedură fiscală între asocierea în participațiune dintre două persoane juridice străine, care-și desfășoară activitatea în România, în sensul că aceasta se înregistrează fiscal, în timp ce asocierea dintre două sau mai multe persoane juridice române nu este supusă înregistrării fiscale.

Impozitul pe profit se aplică în cazul persoanelor juridice străine și al persoanelor fizice nerezidente, care desfășoară activitate într-o asociere în participațiune asupra părții din profitul impozabil al asocierii atribuibile fiecărei persoane, iar în cazul persoanelor fizice rezidente asociate cu persoane juridice române ce realizează venituri în România și străinătate din asocieri asupra părții din profitul impozabil al asocierii atribuibile persoanei fizice rezidente. Asocierile în participațiune au obligația de a depune la organul fiscal competent declarațiile anuale de venit care vor cuprinde și distribuția venitului net, respectiv a pierderii pe asociați.

Cu privire la drepturile și obligațiile privind taxa pe valoarea adăugată, acestea revin asociatului care contabilizează veniturile și cheltuielile conform contractului încheiat între părți, conform pct. 79¹ din Normele metodologice de aplicare a art. 156 din Codul fiscal, art. 127 alin. 10 și 156 alin. 5 din Codul fiscal.

În ciuda avantajelor oferite de această formă de parteneriat, instanțele au reținut până în prezent că apelarea la contracte nenumite sau neaplicabile în materia administrativă, cu scopul de a sustrage contractul controlului de contencios administrativ nu poate fi acceptată, pe fondul caracterului imperativ și de ordine publică al normelor privind atribuirea contractelor publice, iar avantajele de altă natură, rezultate din reglementarea fiscală sau contabilă, nu pot întemeia admiterea unei atare conduite, prioritatea interesului public față de libertatea contractuală trebuind analizată și cenzurată de către instanță.

După adoptarea O.U.G. nr. 34/2006 s-au extins consecințele acestei practici (Înaltă Curte de Casație și Justiție, decizia nr. 3483 din 29.06.2010). Actul normativ nou a abrogat prevederile anterioare, care au lăsat în curs de derulare contracte încheiate între autoritatea publică și partenerii privați, fără respectarea rigorilor impuse de noua reglementare. Dacă sub aspectul validității contractelor, regula *tempus regit actum* a anihilat orice îndoială determinată de adoptarea noului act normativ, sub aspect procedural, s-a constatat că însăși ordonanța de urgență a suferit o evoluție sinuoasă, prin adoptarea unor concepții deosebite, în primă fază, după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 34/2006, orice litigii ivite în privința contractelor publice fiind date în competența strictă a instanței judecătorești de contencios administrativ (Tabacu, 2009, pp. 124-146), alta fiind situația în prezent. Prin urmare, orice clauză arbitrală, care deferea litigiile ivite în derularea contractului, tribunalului arbitral, a devenit ineficientă, hotărârea arbitrală pronunțată după intrarea în vigoare a noului act normativ fiind nulă, în condițiile art. 364 lit. a) din Codul de procedură civilă,

domeniul contractului administrativ fiind exclus arbitrabilității (Prescure și Crișan, 2010, p. 73).

În acest context, instanțele s-au văzut sesizate cu acțiuni având ca obiect nulitatea contractelor încheiate după adoptarea ordonanței, împotriva prevederilor imperative ale acesteia, care cer o anumită procedură de urmat pentru atribuire, contracte încheiate însă în inerția reglementărilor anterioare ordonanței și care nu puteau fi acceptate ca atare (deciziile nr. 435 din 02.04.2010, nr. 506 din 16.04.2010, nr. 569 din 28.04.2010, nr. 570 din 28.04.2010, ale Curții de Apel Pitești).

Este cert că ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 34/2006, orice contract a trebuit supus procedurii prevăzute de lege, atât pentru atribuirea acestuia, cât și pentru executare, eventualele litigii născute în legătură cu cele două etape ale contractelor administrative de achiziție, de concesiune de lucrări publice, de concesiune de servicii, de concesiune de bunuri (Vedinaș, 2009, pp. 219-228), de delegare a gestiunii serviciilor (Puie, 2008, pp. 46-47)¹⁰, fiind în căderea instanței de contencios administrativ (Niculeasa, 2009, pp. 627 și urm.). Acolo unde legea a înțeles să deroge de la această regulă a arătat-o expres, calificând special respectivul contract, și deferindu-l instanței competente, deși natural, acesta este un contract administrativ. Este cazul Legii nr. 95/2006, care reglementează contractele între autoritățile de sănătate publică județene și a municipiului București și furnizorii autorizați de servicii medicale, calificându-le drept civile și atribuite pe cale de consecință în competență acestei instanțe¹¹.

Această concepție se fundamentează pe regula de drept comun, consacrată în art. 2 alin. 1 lit. f) din Legea nr. 554/2004, care definește contenciosul administrativ¹², prin raportare la noțiunea de act administrativ¹³, care la rândul său asimilează și contractele administrative (Bogasiu, 2008, p. 59; Bogasiu, 2009, p. 101 și urm.).

10 Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 254 din 21.03.2006.

11 Art. 246 alin. 1 din l. nr. 95/2006 – „Relațiile dintre furnizorii de servicii medicale, medicamente și dispozitive medicale și casele de asigurări sunt de natură civilă, reprezintă acțiuni multianuale și se stabilesc și se desfășoară pe bază de contract. În situația în care este necesară modificarea sau completarea clauzelor, acestea sunt negociate și stipulate în acte adiționale.”

12 „Contencios administrativ – activitatea de soluționare de către instanțele de contencios administrativ competente potrivit legii organice a litigiilor în care cel puțin una dintre părți este o autoritate publică, iar conflictul s-a născut fie din emiterea sau încheierea, după caz, a unui act administrativ, în sensul prezentei legi, fie din nesoluționarea în termenul legal ori din refuzul nejustificat de a rezolva o cerere referitoare la un drept sau la un interes legitim.”

13 Art. 2 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 554/2004 – „act administrativ – actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice; sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice; prin legi speciale pot fi prevăzute și alte categorii de contracte administrative supuse competenței instanțelor de contencios administrativ”.

2. Legea aplicabilă în prezent contractelor administrative, prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006

Față de evoluția ulterioară a concepției legiuitorului în materia contractelor administrative, în ce privește procedura de atribuire a acestora și soluționarea litigiilor, care denotă o îndepărtare parțială față de limitarea contractului în tiparele administrative, date de prioritatea interesului public, s-a ridicat problema ca cel puțin până la o anumită limită, procedura de atribuire să devină facultativă, dacă nu este vorba despre o autoritate contractantă, dar respectivul contract este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă. Astfel, recenta modificare a O.U.G. nr. 34/2006, adusă prin O.U.G. nr. 76/2010¹⁴ aprobată prin Legea nr. 278/2010¹⁵, care reprezintă dreptul comun în materia contractelor administrative, prevede mai întâi că pentru contractele de lucrări sau de servicii, se aplică procedura prevăzută de ordonanța de urgență, dacă atribuirea se realizează de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă, dar valoarea estimată a contractului depășește echivalentul în lei al sumei de 4.845.000 euro, respectiv de 193.000 euro (art. 9 lit. c) și c¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

Textul nu înlătură însă posibilitatea de a se apela la prevederile O.U.G. nr. 34/2006, dacă se apreciază necesar, având în vedere situarea sub valoarea prag, concluzie rezultată din interpretarea *per a contrario* a art. 9 din O.U.G. nr. 34/2006.

Derivând din caracterul facultativ al procedurii pentru cazurile sus menționate, rezultă că prevederea în discuție limitează major câmpul de aplicare al procedurii prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006, cu consecința supunerii contractului direct instanței comerciale.

În cazul în care s-a urmat procedura prevăzută de Ordonanță, chiar în cazul contractelor cu valoarea sub prag și în toate cazurile în care este vorba despre o autoritate contractantă¹⁶, legea achizițiilor publice lasă la latitudinea persoanei interesate sesizarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor¹⁷ pentru con-

14 Pentru modificarea și completarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 453 din 02.07.2010.

15 Privind aprobarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 76/2010 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 898 din 31.12.2010.

16 În condițiile art. 19 din O.U.G. nr. 34/2006 potrivit căruia dacă valoarea estimată a contractului nu depășește echivalentul în lei a 15.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări, autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse, servicii sau lucrări.

17 Art. 266 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 prevede – „Consiliul este competent să soluționeze contestațiile formulate în cadrul procedurii de atribuire, înainte de încheierea contractului, prin complete specializate, constituite potrivit Regulamentului de organizare și funcționare a Consiliului, aprobat potrivit art. 291.”

testarea unui act al autorității contractante, întocmit prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Un regim juridic incert în privința soluționării cererii, pe fondul actualei reglementări, se profilează în ipoteza în care persoana interesată nu înțelege să sesizeze Consiliul, caz în care trebuie să i se recunoască accesul direct la instanță, pentru cenzurarea procedurii, față de principiul prevăzut în legea fundamentală¹⁸.

Legea nouă separă evident, în privința impunerii unor cerințe imperative, procedura de atribuire a contractului de executarea acestuia. Dacă procedura de atribuire, până la semnarea contractului, pare să rămână una administrativă, supusă cenzurii în competența C.N.S.C. și ulterior exclusiv a instanței de contencios administrativ, litigiile născute în executarea contractelor administrative sunt deferite expres instanțelor comerciale.

Actualul art. 255 din O.U.G. nr. 34/2006 prevede că partea poate sesiza sesizarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, dar din faptul că art. 286 din lege nu se mai referă la soluționarea litigiilor determinate de derularea procedurii, direct în instanța de contencios administrativ¹⁹, vorbind numai de litigiile născute după încheierea contractului, se poate concluziona asupra intenției legiuitorului ca, într-o formă mascată, să declare obligatorie procedura administrativ jurisdicțională în fața Consiliului.

Numai că, dată fiind dispoziția constituțională a art. 21 alin. final, care declară facultative și gratuite procedurile administrativ jurisdicționale, în care în mod cert se încadrează și cea în discuție²⁰ actele autorității contractante nu pot fi excluse de la cenzura directă a instanței de contencios administrativ. Anterior, reglementarea permitea cert concluzia caracterului facultativ al procedurii administrativ jurisdicționale în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (Deleanu, 2008,

18 Dacă a fost sesizat Consiliul, decizia acestuia va fi atacată cu plângere dată în competența curților de apel, în condițiile art. 283 din O.U.G. nr. 34/2006.

19 Anterior modificării art. 286 din O.U.G. nr. 34/2006, prin O.U.G. nr. 76/2010, textul conferea toate litigiile, indiferent de faza anterioară sau ulterioară încheierii contractului, instanței de contencios administrativ. O.U.G. nr. 76/2010 a modificat art. 286 în sensul că cererile privind actele autorităților contractante *emise înainte de încheierea contractului*, precum și acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate *în cadrul procedurii de atribuire* se soluționau în primă instanță de către secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului în circumscripția căruia se afla sediul autorității contractante.” În același timp cererile privind executarea, nulitatea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziție publică se soluționau în primă instanță de către *secția comercială* a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante. Legea nr. 278/2010, de aprobare a O.U.G. nr. 76/2010 a modificat din nou textul în sensul că „cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind executarea, nulitatea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziție publică se soluționează în primă instanță de către secția comercială a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante.”

20 Art. 255 și 257 din O.U.G. nr. 34/2006, care o califică expres ca atare.

pp. 49-50), însă și față de forma actuală ne permitem să constatăm că legiuitorul nu a adoptat un text care să consacre expres caracterul obligatoriu și exclusiv al procedurii în fața Consiliului, poate pentru a nu exista obiectul unui control de constituționalitate. Nu putem conchide că lipsa unei prevederi în sensul atribuirii competenței instanței de contencios administrativ, pentru cenzura actelor întocmite în procedură, după modificarea art. 286 din O.U.G. nr. 34/2006, atrage obligativitatea procedurii administrativ-jurisdicționale în fața Consiliului, pe de o parte, deoarece textul constituțional declară aceste proceduri ca facultative și gratuite, fără a adăuga posibilitatea derogării „în condițiile legii”, iar pe de altă parte, deoarece art. 297 alin. 1 din lege prevede că, în măsura în care ordonanța nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun. Or, în lipsa unui text care să consacre expres caracterul obligatoriu al procedurii în fața Consiliului, extrem de facil cenzurabil în contenciosul constituțional, se va aplica dreptul comun, în completare, respectiv Legea nr. 554/2004.

Ca atare, din art. 256 coroborat cu art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006, rezultă că în procedura de atribuire, în lipsa parcurgerii contestației în fața Consiliului, eventualele litigii intră în competența instanțelor de contencios administrativ. Practic dacă părțile nu aleg să sesizeze Consiliul, ele se vor adresa direct instanței de judecată, pentru care însă, legea, în forma actuală, nu prevede competența, astfel că, fiind vorba despre anularea unui act al autorității contractante, întocmit în procedura de atribuire, el va fi cenzurat la instanța de contencios administrativ. Concluzia este determinată de natura actelor cenzurate, în tăcerea legii, a cărei formă actuală este consecința unor modificări „neinspirate”, aduse O.U.G. nr. 76/2010 de legea de aprobare a acesteia.

În prezent, în ce privește procesele și cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind executarea, nulitatea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de achiziție publică, competența este deferită expres instanței comerciale (art. 286 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006).

Mai departe, este esențial de determinat care sunt regulile aplicabile în fața instanței astfel investită, în condițiile în care ea este una comercială. În ce privește norma procedurală, devreme ce litigiul este scos din competența instanței de contencios administrativ, care este singura care aplică regulile contenciosului administrativ, cu excepția unei prevederi exprese a legii, este cert că se vor aplica alte reguli. O.U.G. nr. 34/2004 cuprinde dispoziții procedurale particulare pentru soluționarea litigiilor născute în derularea contractului public, dar se oprește, ca reglementare, la procedura de atribuire, dispozițiile sale neavând în vedere regulile de drept substanțial aplicabile contractelor astfel încheiate.

Ca atare, după încheierea contractului, litigiile în legătură cu acesta sunt date în competența instanței comerciale, care va aplica regulile de drept comercial, devreme ce legea califică contractul de achiziție publică drept contract comercial²¹, deși față de

21 Art. 3 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006 – „contract de achiziție publică – contractul comercial care include și categoria contractului sectorial, astfel cum este definit la art. 229 alin. (2),

natura contractului se impunea aplicarea regulilor de drept administrativ, în special principiul priorității interesului public față de libertatea contractuală.

În acest context este cert că părțile, care au încheiat un contract administrativ prin natura lui, cu respectarea procedurii obligatorii, sub imperiul O.U.G. nr. 34/2006, se vor comporta, după încheierea contractului ca părți într-un contract comercial, litigiile lor, decurgând din executarea contractului, urmând să fie soluționate de instanțele comerciale, scăpând rigorilor date de aplicarea procedurii contenciosului administrativ – procedura prealabilă, termene scurte de sesizare a instanței etc.

Intenția legiuitorului de a deferi aceste contracte contenciosului comercial reflectă tendința sa de a evita norma greoaie, favorabilă autorității publice, dar și de a flexibiliza sistemul achizițiilor publice, pentru a reduce riscul diminuării gradului de cheltuire a fondurilor publice alocate, a fondurilor comunitare.

4. Concluzii

O deschidere largă spre libertatea contractuală nu este posibilă în materia contractelor administrative, care sunt supuse rigorilor normei administrative, atât în ce privește formarea cât și derularea acestora.

Procedurile prevăzute de lege pentru atribuirea sau încheierea unui contract public sunt imperative, fiind menite să asigure eficiența punere în valoare a bunurilor și fondurilor proprietate publică sau buna funcționare a serviciilor publice.

Pentru evitarea unor formalități, asigurarea unor avantaje fiscale ori în scopul derulării cu celeritate a procedurilor, autoritățile publice au optat și pentru contracte de asociere în participațiune, neadmise de lege în materia achizițiilor publice, concesiunii de lucrări și de servicii publice, fiind cenzurate de instanțe.

Recent, într-o manieră nu tocmai clară, legiuitorul a considerat necesar să dividă materia contractelor prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006, pe care le intitulează contracte comerciale, în funcție de faza în care se află acestea. Anterior încheierii sale, contractul este supus, ca regulă generală, procedurii prevăzute de ordonanță, în natura sa administrativă, însă după încheiere, contractul (comercial) este reglementat de legea comercială.

Apreciem tendința legiuitorului de a conferi contractului administrativ, odată încheiat, „calități” comerciale, precum și preocuparea pentru flexibilizarea sistemul achizițiilor publice, cu consecințe pozitive asupra dezvoltării economice.

Bibliografie:

1. Băcanu, I., *Controlul judecătoresc asupra hotărârii arbitrale*, București: Editura Lumina Lex, 2005.
2. Bogasiu, G., *Legea contenciosului administrativ, comentată și adnotată cu legislație, jurisprudență și doctrină*, București: Editura Universul Juridic, 2008.

cu titlu oneros, încheiat în scris între una sau mai multe autorități contractante, pe de o parte, și unul sau mai mulți operatori economici, pe de altă parte, având ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii, în sensul prezentei ordonanțe de urgență.”

3. Cârpenaru, S.D., David, S., Predoiu, C. și Piperea, G., *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, ediția a 2-a, București: Editura C.H. Beck, 2009.
4. Deleanu, I., „Observații privind procedura de rezolvare a diferendelor juridice în legătură cu atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii”, 2008, *Revista Dreptul*, nr. 3, pp. 42-54.
5. Dragoș, D.C., *Legea contenciosului administrativ, Comentarii și explicații*, ediția a 2-a, București: Editura C.H. Beck, 2009.
6. Dumitrescu, M.A., „Asociațiunea în participațiune”, 1924, *Revista societăților și a dreptului comercial*, nr. 2.
7. Florescu, D.A.P., Popa, R. și Mrejeru, T., „Contractul de asociere în participațiune”, București: Editura Universul Juridic, 2009.
8. Iorgovan, I., *Drept administrativ*, vol. II, București: Editura Atlas Lex, 1994.
9. Jeze, G., *Les contrats administratifs de l'Etat, des departments, des communes et des etablissements publics*, Paris: Girard, 1927.
10. Jeze, G., *Les Contrats administratifs*, vol. V-VI, Paris: Girard, 1936.
11. Negulescu, P., „Tratat de drept administrativ”, București: Institutul de Arte Grafice, 1934, în Iorgovan, I., *Drept administrativ*, vol. II, București: Editura Atlas Lex, 1994, pp. 102-122.
12. Niculeasa, M.I., *Legislația achizițiilor publice, Comentarii și explicații*, ediția a 2-a, București: Editura C.H. Beck, 2009.
13. Prescure, T. și Crișan, R., *Arbitrajul comercial, modalitate alternativă de soluționare a litigiilor patrimoniale*, București: Editura Universul Juridic, 2010.
14. Puie, O., „Aspecte privind soluționarea unor litigii derivând din contractele administrative și alte tipuri de contracte încheiate de către autoritățile publice”, 2008, *Pandectele Române*, nr. 7, pp. 32-47.
15. Rarincescu, C., „Contenciosul administrativ român”, București: Alcalay, 1936, în Iorgovan, I., *Drept administrativ*, vol. II, București: Editura Atlas Lex, 1994, pp. 102-122;
16. Rebreanu, V., „Asociațiunea în participațiune între tradiție și actualitate”, 1995, *Revista de Drept Comercial*, nr. 4.
17. Rouviere, J., *Les contrats administratifs*, Paris: Dalloz, 1930.
18. Săraru, C.S., „Acțiunea în contencios administrativ în cazul contractelor administrative”, 2008, *Pandectele Române*, nr. 9, pp. 54-72.
19. Săraru, C.S., „Scurte considerații cu privire la contractele administrative în dreptul comparat și valorificarea cercetării în dreptul românesc”, 2008, *Revista de Drept Public*, nr. 4, pp. 60-77.
20. Săuleanu, L., *Contractul de asociere în participație*, București: Editura Hamangiu, 2009.
21. Schiau, I., *Drept comercial*, București: Editura Hamangiu, 2009.
22. Tabacu, A., „Scurte considerații asupra contractului administrativ și asupra procedurilor de control jurisdicțional în materia achizițiilor publice”, 2009, *Revista Transilvană de Studii Administrative*, nr. 24, pp. 124-146.

23. Vedinaș, V., *Drept administrativ*, ediția a 5-a, București: Editura Universul Juridic, 2009.

Jurisprudență:

1. Codul Comercial adnotat, Craiova: Editura Tribuna, 1994.
2. Curtea de Apel Pitești, Decizia nr. 435 din 02.04.2010, nepublicată.
3. Curtea de Apel Pitești, Decizia nr. 506 din 16.04.2010, nepublicată.
4. Curtea de Apel Pitești, Decizia nr. 569 din 28.04.2010, nepublicată.
5. Curtea de Apel Pitești, Decizia nr. 570 din 28.04.2010, nepublicată.
6. Curtea Supremă de Justiție, Secția comercială, Decizia nr. 7710/2001.
7. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială și de contencios administrativ, Decizia nr. 3483 din 29.06.2010, în *Revista de Drept Comercial*, nr. 11, 2010. Selecție prezentată de E. Albu, pp.109-112.
8. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, Decizia nr. 1177/2004.
9. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, Decizia nr. 713/2005.
10. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, Decizia nr. 973 din 07.03.2008 pronunțată în soluționarea recursului exercitat împotriva sentinței Curții de Apel Ploiești, în Tăbârcă, M. și Buta, Gh., *Codul de procedură civilă, comentat și adnotat cu legislație, jurisprudență și doctrină*, ediția a 2-a, revăzută și adăugită, București: Editura Universul juridic, 2008, pp. 1051-1054.
11. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 2338 din 08.10.2009 în *Dreptul*, nr. 7, 2010, pp. 254-255.