

# DESPRE UNELE CONTRACTE ADMINISTRATIVE PRIN PRISMA TEORIEI GENERALE A DREPTULUI

ELENA-MIHAELA FODOR\*

**Abstract** *The paper is considering the role of the General Theory of law upon the coherence of a national law system. Notions of “given” and “built” elements of law are considered. The “given” elements are essentialised in concepts, and concepts lead to the principles of law. An analysis of the relationship between the principles of law and legal norms is made at a theoretical level.*

*From this perspective, the author is looking at the evolution of national regulation in the field of the contracts regarding public procurement and public-private partnership. Through different legal acts issued since 2006, with the purpose of aligning the national norms to the UE ones in the researched field, the character of administrative contract was denied to the public procurement and public-private partnership contracts. Odd enough, a mixed character resulted: an administrative contract during the tender stage and a private contract during the implementation and termination stages. A comparison with the evolution of French legislation in the same field proves that an alignment to UE norms may be achieved together with the preservation of the specifics of the national law system.*

*The article is a plea for a permanent consideration of the elements of the general Theory of Law in order to ensure coherence both with the national legal system and the UE regulations. This is not a theoretical requirement, but a practical one, enabling the predictability of law and stability of juridical relations.*

**Key words:** *administrative law, principles of law, public contract.*

---

\* Elena-Mihaela Fodor, Dr., Associated Professor, “Dimitrie Cantemir” Christian University Bucharest, Faculty of Law Cluj-Napoca, single author of 3 books: „Legal Norm – a Component of Social Norms” (2003), „Administrative Law” (2004), „Administrative Law” a revised edition (2008), member of the Institute of Administrative Sciences “Paul Negulescu” from Romania, member of the Institute of Public Law and Administrative Sciences from Romania, member of the Institute of Administrative Sciences from the Republic of Moldova. E-mail: mihaelafodor@yahoo.co.uk.

Teoria generală a dreptului a fost caracterizată ca o știință care analizează fenomenul juridic dintr-o poziție de echilibru, între un model pur științific ce ignoră valorile morale, politice și sociale și un model bazat exclusiv pe judecăți de valoare care se substituie oricărui raționamente și explicații<sup>1</sup>.

Din această perspectivă, este neîndoios faptul că această știință este fundamentală pentru crearea unui sistem juridic coerent, riguros științific, bine structurat și care totodată să fie mereu acordat la realitățile, necesitățile, tendințele dezvoltării societății și valorile ei morale de la un moment dat<sup>2</sup>. Astfel, în crearea normelor juridice sunt combinate elemente preexistente normei juridice, așa numitul „dat” al dreptului, cu tehnica legislativă ce reprezintă ceea ce este „construit”<sup>3</sup>.

Dreptul urmărește să realizeze o ordine socială armonioasă, stabilă și să asigure progresul social; finalitățile concret stabilite și tehnicile utilizate constituie specificul fiecărui sistem juridic<sup>4</sup>. Prin urmare, ordinea socială va fi armonioasă și progresul social spre finalitățile stabilite vor fi realizate cu atât mai bine cu cât sistemul juridic va fi mai coerent, fără discrepante care să conducă la diverse contrarietăți de idei în interiorul sistemului și cu o aplicabilitate cât mai previzibilă, care să asigure o ușoară conformare a membrilor societății la regulile stabilite.

Din această perspectivă este esențial să fie cunoscut și studiat modul în care „datul” dreptului este transformat prin „construcție”.

„Datul” dreptului, pentru a ajunge în norma juridică, este esențializat în concepte. După cum arată profesorul Gheorghe Boboș „Conceptele reflectă în mod creator realitatea înconjurătoare. Ele rețin esențialul din această realitate dar, în același timp, cunoașterea nu este o identitate nemijlocită a realității, ci o prelucrare, o lărgire și adâncire a ei. La începutul procesului de gândire, noțiunea este mai săracă în determinări. Pe măsura desfășurării procesului de cunoaștere, noțiunea se îmbogățește, ea concretizând rezultatele unui vast proces de gândire. Noțiunile științifice foarte complexe reprezintă prescurtări ale cunoștințelor noastre, fiind construcții logico-sintetice, pe baza unor

---

<sup>1</sup> F. Ost, M. Van de Kerchove, *What is legal theory?*, Leuven 1985, *apud* J.-L., Bergel, *Théorie générale du droit*, Editura Dalloz, Paris, 2003, p. 3.

<sup>2</sup> Pentru corelația între normele morale și normele juridice, a se vedea Corina Buzdugan, *Corelația normelor juridice cu normele morale și normele obișnuielnice*, în "Fiat Iustitia", nr. 1/2011, <http://fiatiustitia.ro/ojs/index.php/fi/index>, accesat la 31.10.2012.

<sup>3</sup> I. Vida, *Manual de legistică formală*, Editura Lumina Lex, București, 2000, p. 26-29.

<sup>4</sup> Bergel, *Théorie générale du droit*, Editura Dalloz, Paris, 2003, p. 6.

cunoștințe și judecăți. Dar dacă noțiunea rezumă o experiență, dacă ea este un bilanț, ea poate permite și o anticipare, poate indica o ipoteză sau o soluție”<sup>5</sup>. Prin urmare, pentru formarea unui concept este nevoie de existența unor experiențe individuale, idee exprimată și anterior în literatura noastră juridică<sup>6</sup>. Prin extragerea aspectelor comune ale acestor experiențe și abstractizarea informațiilor astfel obținute se formează o noțiune cu un grad mare de generalitate, în care pot fi înglobate și alte situații similare, individuale, ulterioare<sup>7</sup>.

Abstractizările cu cel mai mare grad de generalitate sunt principiile. Controversa dintre Hart și Dworkin ne face să ne întrebăm care sunt valoarea, locul și aplicabilitatea principiilor în drept. Hart consideră că dreptul este un sistem de reguli, în timp ce, Dworkin este de părere că în conținutul noțiunii intră și principiile alături de reguli<sup>8</sup>. O dispută similară ne propune și Radu Stancu atunci când se întreabă dacă principiile dreptului sunt altceva decât reguli sau sunt tot reguli de un alt tip<sup>9</sup>.

În general, cercetătorii în domeniul Teoriei Dreptului sunt de acord cu privire la faptul că principiile dreptului au un grad mare de generalitate și sunt idei călăuzitoare pentru un ansamblu de norme juridice enunțate în reglementarea unei instituții juridice. În literatură s-a mai precizat că principiile stau la baza întregului sistem de drept, dintr-o țară, orientând reglementările juridice și aplicarea dreptului<sup>10</sup>, ele nu au caracterul precis și concret al normelor de drept pozitiv, nu depășesc sfera ordinii de drept și nu sunt principii filosofice sau de drept natural<sup>11</sup>. Cu privire la materialitatea și rolul lor s-a arătat ca principiile dreptului sunt deasupra normelor propriu-zise, forța lor superioară apărând fie din

---

<sup>5</sup> G. Boboș, *Teoria generală a dreptului*, Editura didactică și pedagogică, București, 1983, p. 212, *apud* Corina Buzdugan, *Teoria generală a dreptului*, Universul Juridic, București, 2011.

<sup>6</sup> M. Djuvara, *Drept și sociologie*, București, 1936, p. 11.

<sup>7</sup> Elena Mihaela Fodor, *Norma juridică parte integrantă a normelor sociale*, Editura Argonaut, Cluj-Napoca, 2003, p. 160.

<sup>8</sup> R. A. Posner, *Lecture One: Hart versus Dworkin, Europe versus America în Law and Legal Theory in England and America*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 1-38.

<sup>9</sup> R. Stancu, *Norma juridică*, Editura Tempus, București, 2002, p. 107.

<sup>10</sup> I. Ceterchi, I. Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, Editura All, București, 1993, p. 25.

<sup>11</sup> S. Popescu, *Introducere în studiul dreptului*, Editura Unex A-Z, București, 1994, p. 132.

„litera” fie din „spiritul” legii. Principiile exprimă unitatea gândirii, a cunoașterii întemeiată și exprimată prin concepte și categorii<sup>12</sup>. Aceste constatări surprind două elemente importante: principiul nu este întotdeauna exprimat printr-o normă a dreptului obiectiv iar respectarea lui asigură coerența sistemului juridic.

S-a mai subliniat în literatura de specialitate că principiile dreptului nu sunt importante doar în crearea normelor juridice ci și în aplicarea lor, respectiv că acestea au un rol valorizator, pentru că ele cuprind cerințele obiective ale societății, manifestări specifice atât în procesul de constituire a dreptului cât și în procesul de realizare a sa<sup>13</sup>.

Profesorul Gheorghe Boboș concluzionează asupra relațiilor dintre norme și principii precum și asupra rolului acestora din urmă arătând că principiile juridice sunt atât un fundament al sistemului de drept, cât și o modalitate de coordonare a normelor juridice din cadrul sistemului în jurul unor idei călăuzitoare. Principiile fundamentale definesc un sistem de drept. În general, principiile, ca idei călăuzitoare, constituie elemente ale conștiinței juridice reflectând părerile oamenilor despre drept, indiferent dacă aceste păreri au reușit sau nu să se impună în dreptul pozitiv. Normele juridice se grupează în jurul principiilor fundamentale ale dreptului, după cum, la rândul lor, principiile se concretizează în norme juridice fie într-o formă directă (în articole distincte în Constituție sau alte legi), fie sunt deduse pe calea interpretării<sup>14</sup>.

Ideile mai sus menționate sunt consistente cu teoria normativistă care subliniază organizarea ierarhică a normelor juridice. Coeziunea sistemului de drept rezultă din relația dintre elemente. Validitatea unei norme legate corespunzător de o alta se fondează pe aceasta din urmă, care, la rândul ei a fost condiționată de alta, care la rândul ei constituie fundamentul validității sale. Rezultă de aici că norma juridică trebuie astfel construită încât să fie în concordanță cu principiile dreptului exprimate prin alte norme ierarhic superioare.

Din perspectiva expusă asupra construcției unui sistem juridic<sup>15</sup>, urmează să analizăm o problemă de reglementare normativă care a

---

<sup>12</sup> A. Sida, *Introducere în teoria generală a dreptului*, ediția a II-a, Editura „Augusta”, Timișoara, 1998, p. 79.

<sup>13</sup> N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Editura Actami, București, 1994, p. 106.

<sup>14</sup> G. Boboș, *op.cit.*, p. 186-187.

<sup>15</sup> Cu privire la sistemul de drept, a se vedea și C. Buzdugan, *Componentele sistemului de drept*, în "Fiat Iustitia", nr. 2/2008, p. 98-106, <http://fiatiustitia.ro/ojs/index.php/fi/index>, accesat la 31.10.2012.

suscitat numeroase discuții în ultima perioadă: caracterul contractelor de achiziții publice și a contractului de parteneriat public-privat. Analiza pune în evidență o ruptură între principiile și normele juridice.

Dihotomia drept public – drept privat are implicații ideologice și epistemologice ce fundamentează științele juridice și politice în Europa vestică. Izvoarele romane dezvăluie implicațiile politice<sup>16</sup>: *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*<sup>17</sup>. Dreptul continental încă păstrează această dihotomie, deși conceptele sunt regândite pe măsură ce societățile moderne aduc în atenție noi drepturi și interese legitime în legătură cu tipuri noi de proprietate care deși nu reprezintă o proprietate „publică” în înțelesul pe care îl dădeau romanii (adică să aparțină *res publica* sau statului), aparține unei colectivități sau este difuză în sensul că nu aparține niciunui individ în particular, sau particularii dețin doar o parte insignifiantă din ea<sup>18</sup>. În Marea Britanie litigiile sunt privite ca privind exclusiv soluționarea unor conflicte între indivizi; ideologia constituțională a judecătorilor rămâne fundamentată pe un model în care „națiunea este un termen colectiv pentru milioane de indivizi, iar indivizii sunt cei care contează”<sup>19</sup>.

Filosofii moderni au pendulat între individualism și colectivism, colectivismul extrem conducând la ideologia socialistă. Dezbaterile au evidențiat însă că legiuitorul a intervenit adesea pentru a proteja societatea și interesul general împotriva exercițiului abuziv al drepturilor individuale. Legislațiile au dezvoltat mijloace complexe pentru restrângerea unor drepturi individuale pentru motive considerate a avea o natură superioară.

Dihotomia este în zilele noastre foarte bine conturată în dreptul francez. Deși dreptul comercial este în mod tradițional guvernat de regulile dreptului privat, dreptul public a rămas aplicabil în unele situații.

---

<sup>16</sup> G. Samuel, *What is it to have knowledge of a European public law?*, în B. De Witte & C. Forder (editors), *The common law of Europe and the future of legal education*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1992, p.171. Despre influența dreptului roman asupra sistemelor de drept, a se vedea M. D. Radu, *Dreptul roman al obligațiilor – Bază comună a sistemelor de drept actuale*, Editura Argonaut, Cluj-Napoca, 2008, p. 206 și urm.

<sup>17</sup> *Digestae* 1.1.1.2.

<sup>18</sup> M. Capelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspectiv*, apud G. Samuel, *op.cit.*, p. 172.

<sup>19</sup> Lord Donaldson M.R. in *X Ltd v Morgan-Grampian Ltd*, apud G. Samuel, *op .cit.*, p. 172.

Serviciul public este una din acestea, în dreptul francez noțiunea de serviciu public dezvoltându-se în strânsă legătură cu puterea publică prin jurisprudența începutului secolului XX. Prin hotărârea *Blanco*<sup>20</sup> a fost consacrată noțiunea de serviciu public iar prin hotărârile *Terrier* și *Thérond*<sup>21</sup> au fost stabilite criteriile de identificare a unei activități de serviciu public: obiectul activității este satisfacerea unui interes general iar cadrul legal ce reglementează activitatea aparține dreptului public. Criteriile de aplicabilitate a dreptului public s-au modificat în timp, de la școala lui Maurice Houriou până azi. Faptul că pentru anumite operațiuni izolate administrația poate acționa asemenea unui individ, fără prerogative de putere publică, a fost acceptat. Prin hotărârea dată în cazul *Société commerciale de l'Ouest africain*<sup>22</sup> s-a recunoscut că administrația poate organiza serviciul public în aceleași condiții (fără prerogative de putere publică), punându-se astfel bazele serviciilor publice industriale și comerciale, reglementate în principal de dreptul privat. Chiar în aceste circumstanțe dreptul public nu și-a încetat complet incidența asupra acestei categorii a serviciilor publice. Jurisprudența franceză a admis că serviciile publice industriale și comerciale pot avea prerogative de putere publică în scopul menținerii calității lor. Entitatea care asigură serviciul public are capacitatea de a emite acte administrative, supuse controlului instanțelor de contencios administrativ și, în același timp, are obligația de a se supune regulilor serviciului public, asigurând continuitatea, adaptabilitatea, egalitatea și neutralitatea serviciului.

Noțiunea de „serviciu public” a fost pentru multă vreme ignorată în Uniunea Europeană. Integrarea europeană a avut ca scop o piață unică, pentru a permite libera circulație a bunurilor și serviciilor între statele membre. În ce privește serviciile publice, s-a urmărit privatizarea celor cu caracter industrial și comercial, care se susțineau din plata de către beneficiari a contravalorii serviciului furnizat, pentru ca activitatea lor să fie supusă regulilor liberei concurențe. Această viziune asupra eficientizării serviciului public nu este specifică Uniunii Europene ci se integrează curentului global de la sfârșitul secolului XX conform căruia statul trebuie să reglementeze furnizarea serviciilor publice prin intermediul agenților privați. În contextul în care, din ce în ce mai des,

---

<sup>20</sup> Hotărârea (arrête) Blanco, 1873, *Grands arrêtes de la jurisprudence administrative*, 15<sup>e</sup> édition, Editura Dalloz, Paris, 2005.

<sup>21</sup> Hotărârea (arrête) Terrier, Tribunal des conflits, 1903, hotărârea (arrête) Thérond, Tribunal des conflits, 1910.

<sup>22</sup> Hotărârea (arrête) Société commerciale de l'Ouest africain, Tribunal des conflits, 1921.

serviciile publice erau văzute ca beneficii adresate în special particularilor care trebuiau să plătească o sumă suficient de mare pentru a acoperi integral costurile furnizării serviciului, cetățeanul (cu toate drepturile aferente acestei noțiuni) s-a transformat într-un simplu „consumator” care se află în raport cu un furnizor privat, statul nemaifiind subiect în raportul juridic născut în legătură cu furnizarea serviciului public.

Neajunsurile unei asemenea situații, care a început să afecteze posibilitatea de acces a cetățenilor la servicii publice vitale, cum ar fi alimentarea cu utilități sau serviciile poștale, a fost sesizată în final de Curtea Europeană de Justiție. Fără a îmbrățișa cu totul viziunea franceză asupra serviciului public, prin deciziile *Corbeau* (19 mai 1993) și *Commune d'Almelo* (27 aprilie 1994) această instanță a stabilit că egalitatea față de serviciul public și continuitatea acestui serviciu (caractere de bază ale serviciului public în conformitate cu doctrina franceză) sunt elemente de interes economic general. A fost fundamentată astfel noțiunea de „serviciu universal” creată de către Comisie în 1992, acesta fiind înțeles ca un serviciu de care trebuie să beneficieze toți membrii comunității la prețuri accesibile și cu un nivel standard al calității. Serviciile de bază sunt parte a serviciilor publice și oferirea unui serviciu universal poate fi un obiectiv pentru un serviciu public organizat în condițiile liberei concurențe.

Având în centru tot noțiunea de interes general, o altă creație a dreptului francez este contractul administrativ<sup>23</sup>. Conform jurisprudenței franceze ne aflăm în prezenta unui contract administrativ atunci când una dintre părți este o autoritate publică iar contractul conține dispoziții care derogă de la regulile comune ale dreptului privat – așa numitele *clauze exorbitante*, care au rolul de a asigura o poziție supraordonată a autorității publice. Sunt asemenea clauze cele care conferă unor autorități publice un drept de control asupra desfășurării contractului, conferă prerogative acestor autorități pentru a aplica sancțiuni în cazul depistării nerespectării contractului, recunosc autorității publice contractante posibilitatea de a modifica sau rezilia în mod unilateral contractul atunci când interesul public o cere despăgubind în același timp cealaltă parte pentru prejudiciile suferite fără a avea vreo culpă (asigurând echilibrul economic al contractului), stabilesc repartitia suportării eventualelor riscuri între partenerii contractului astfel încât interesul public să nu fie afectat. Totodată, este admisă impreviziunea ca o cauză de modificare a contractului, în sensul protejării co-contractantului pentru a putea executa

---

<sup>23</sup> Contractul de concesiune este privit ca un contract reprezentativ al acestei categorii.

contractul și a satisface astfel interesul public în bune condiții<sup>24</sup>. Jurisprudența franceză a subliniat faptul că aceste caractere pot fi extinse și la situații în care niciuna din părțile contractante nu este o autoritate publică, căci caracterul contractului nu se stabilește în funcție de calitatea de autoritate publică a uneia dintre părți, ci în funcție de obiectul contractului<sup>25</sup>. Potrivit acestui mod de interpretare, contractele încheiate de co-contractant cu diverse societăți subcontractante pentru construirea unei autostrăzi sunt tot contracte administrative, obiectul tuturor contractelor fiind în final realizarea unei lucrări de interes public. În doctrina franceză s-a arătat că participarea la realizarea unui serviciu public poate fi un criteriu care califică un contract ca fiind unul administrativ, chiar dacă este încheiat între persoane private și nu conține clauze exorbitante și că toate contractele menționate în Codul achizițiilor publice (*Code des marches publics*) privind achiziția de bunuri, servicii și lucrări, sunt contracte administrative<sup>26</sup>.

Doctrina românească, iar mai apoi legislația, au preluat noțiunea de contract administrativ dar nu au reușit să o contureze suficient de precis și nici să o utilizeze în mod coerent<sup>27</sup>. După cel de al doilea război mondial, între anii 1948-1989, cu puține excepții, teoria contractului administrativ s-a pierdut în dreptul nostru. După anul 1989 teoria a fost reluată, stabilindu-se aceleași caractere ale contractului administrativ ca în perioada interbelică. Noțiunea nu a fost însă consacrată din punct de vedere legislativ, deși în Legea nr. 219/1998 privind concesiunea de bunuri, lucrări și servicii publice se puteau identifica elemente specifice noțiunii de contract administrativ, precum menționarea clauzelor exorbitante, dreptul autorității contractante de a modifica unilateral contractul pentru motive excepționale de interes local sau național (art. 31 alin. 1), sau de a rezilia contractul. Pe de altă parte însă, litigiile privind încheierea, executarea și încetarea contractului erau date în competența instanțelor civile, nu a celor de contencios administrativ, motiv care a condus în literatură la ideea că ar fi vorba de contracte civile, cu caracter

---

<sup>24</sup> P. Foillard, *Droit administratif*, Éditions Paradigme, Orléans, 2009, p. 244-249.

<sup>25</sup> Hotărârea (arrête) *Société des Autorites de la région Rhône-Alpes*, Section du contentieux du Conseil d'État, 3 mars 1989, *Revue française de droit administratif*, 1989, p. 619

<sup>26</sup> P. Foillard, *op. cit.*, p. 228-231.

<sup>27</sup> Pentru o analiză a noțiunii de contract administrativ a se vedea I. Lazăr, *Contractul administrativ în activitatea administrației publice*, în „*Revista Transilvană de Științe Administrative*”, nr. 1 (25)/2010, p. 93-128.



comercial. Câțiva ani mai târziu, achizițiile publice de bunuri, lucrări și servicii au fost reglementate prin O.U.G. nr. 60/2001. De această dată natura de contract administrativ a fost mai evidentă, litigiile privind încheierea, derularea și încetarea contractelor fiind date în competența instanțelor de contencios administrativ.

Dispozițiile Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ au consacrat din punct de vedere normativ noțiunea de „contract administrativ”. Această lege este o lege organică, raportat la dispozițiile Constituției României care în art. 52 alin. (1) consacră dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică de a se adresa instanței de judecată pentru a obține recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, anularea actului și repararea pagubei. Conform alin. (2) din același articol, condițiile și limitele exercitării acestui drept se stabilesc prin lege organică, adică prin legea contenciosului administrativ.

În articolul 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004, definindu-se noțiunea de act administrativ se arată: *„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”*. Articolul 7 alin. (6) din aceeași lege prevede: *„Plângerea prealabilă în cazul acțiunilor care au ca obiect contracte administrative are semnificația concilierii în cazul litigiilor comerciale, dispozițiile Codului de procedură civilă fiind aplicabile în mod corespunzător.”* Acest termen începe să curgă de la: *„a) de la data încheierii contractului, în cazul litigiilor legate de încheierea lui; b) de la data modificării contractului sau, după caz, de la data refuzului cererii de modificare făcute de către una dintre părți, în cazul litigiilor legate de modificarea contractului; c) de la data încălcării obligațiilor contractuale, în cazul litigiilor legate de executarea contractului; d) de la data expirării duratei contractului sau, după caz, de la data apariției oricărei alte cauze care atrage stingerea obligațiilor contractuale, în cazul litigiilor legate de încetarea contractului; e) de la data constatării caracterului interpretabil al unei clauze contractuale, în cazul litigiilor legate de interpretarea contractului.”* Articolul 8 alin. (2) din lege arată: *„Instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea, modificarea, interpretarea, executarea și încetarea contractului administrativ.”* Iar

alin. (3) al aceluiași articol statuează că: „*La soluționarea litigiilor prevăzute la alin. (2) se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.*” În articolul 18 alin. (4), referitor la soluțiile pe care le poate pronunța instanța de contencios administrativ se arată: „*Atunci când obiectul acțiunii în contencios administrativ îl formează un contract administrativ, în funcție de starea de fapt, instanța poate: a) dispune anularea acestuia, în tot sau în parte; b) obliga autoritatea publică să încheie contractul la care reclamantul este îndrituit; c) impune uneia dintre părți îndeplinirea unei anumite obligații; d) suplini consimțământul unei părți, când interesul public o cere; e) obliga la plata unor despăgubiri pentru daunele materiale și morale.*” La contractele administrative face referire legea și cu privire la termenul pentru introducerea pe cale separată a cererii pentru despăgubiri, în articolul 19: „*(1) Când persoana vătămată a cerut anularea actului administrativ, fără a cere în același timp și despăgubiri, termenul de prescripție pentru cererea de despăgubire curge de la data la care acesta a cunoscut sau trebuia să cunoască întinderea pagubei. (2) Cererile se adresează instanțelor de contencios administrativ competente, în termenul de un an prevăzut la art. 11 alin. (2). (2<sup>^</sup>1) Dispozițiile alin. (1) și (2) se aplică, în mod corespunzător, și contractelor administrative.*” În ce privește executarea silită, contractele administrative, în legătură cu care sunt competente instanțele de contencios administrativ, sunt din nou menționate de lege în art. 25: „*(1) Sancțiunea și despăgubirile prevăzute la art. 24 alin. (2) se aplică, respectiv se acordă, de instanța de executare, la cererea reclamantului. Hotărârea se ia în camera de consiliu, de urgență, cu citarea părților. (2) Cererea prevăzută la alin. (1) este scutită de taxa de timbru. (3) Hotărârea pronunțată de instanța de executare poate fi atacată cu recurs în termen de 5 zile de la pronunțare. (3) Hotărârea pronunțată de instanța de executare poate fi atacată cu recurs, în termen de 5 zile de la comunicare. (4) Prevederile alin. (1)-(3) se aplică, în mod corespunzător, și pentru punerea în executare a hotărârilor instanțelor de contencios administrativ date pentru soluționarea litigiilor ce au avut ca obiect contracte administrative*”.

Analizând dispozițiile sus-menționate ale Legii nr. 554/2004, lege organică, se observă că această lege nu dă o definiție a contractelor administrative, probabil pentru a nu fi nevoie de o lungă perioadă de timp pentru conturarea unei jurisprudențe care să determine pentru fiecare tip de contract dacă aparține sau nu sferei contractelor administrative, ci nominalizează cele patru categorii de contracte care în mod cert aparțin

acestei categorii și invită legiuitorul ca, în legile speciale să menționeze expres atunci când competența de judecată pentru litigiile privind alte contracte va fi a instanțelor de contencios administrativ. În opinia noastră, în cazul unor asemenea legi speciale, nu va fi necesară menționarea caracterului administrativ al contractului, competența de soluționare a litigiilor fiind o indicație suficientă sub acest aspect.

O problemă se naște totuși din formularea articolului 2 alin. (1) lit. c). Lăsând la latitudinea legiuitorului să determine competența în legătură cu „alte categorii de contracte administrative”, rezultă concluzia că pentru unele categorii de contracte administrative este posibil ca legiuitorul să stabilească o competență a instanțelor de drept civil sau specializate, altele decât cele de contencios administrativ. Credem că acele contracte, în cazul în care îndeplinesc criteriile pentru a fi definite ca fiind contracte administrative, nu își pierd această calitate doar pentru motivul că litigiile care se nasc în legătură cu ele sunt date spre soluționare altor instanțe decât cele de contencios administrativ, fiind recunoscută posibilitatea recursului paralel chiar prin dispozițiile articolului 5 alin. (2) din Legea nr. 554/2004.

Dispozițiile articolului 7, mai sus menționat, dovedesc faptul că legiuitorul este conștient de faptul că anumite reguli specifice contractelor comerciale funcționează și în cazul contractelor administrative, însă, înțelege să protejeze interesul general, interesul public, făcând aplicabile regulile specifice în acest sens ale contractelor administrative, reguli care ar putea fi invocate doar în fața instanțelor de contencios administrativ așa cum reiese din dispozițiile articolului 8 alin. (3) pe care le-am amintit. Este fără îndoială și faptul că este de competența instanțelor de contencios administrativ soluționarea litigiilor legate de executarea și încetarea contractelor numite la art. 2 alin. (1) lit. c), precum și a stabilirii despăgubirilor, dacă este cazul, după cum reiese din dispozițiile articolului 7 alin. (6) literele b) - d), articolului 8 alin. (2), articolului 18 alin. (4) lit. c) - e), articolului 19.

În ciuda acestor concluzii și în ciuda dispozițiilor Legii nr. 554/2004, evoluția legislației privind reglementarea unor contracte consacrate chiar prin această lege organică ca fiind administrative a cunoscut o ciudată evoluție.

Pentru a se alinia la exigențele europene în domeniul atribuirii contractelor oferite de către administrația publică, în anul 2006 au fost adoptate două acte normative. O.U.G. nr. 54/2006 privind concesiunea bunurilor din domeniul public a înlocuit Legea nr. 219/1998. Deși în acest nou act normativ competența de soluționare a litigiilor privind această

categorie de contracte a fost atribuită instanțelor de contencios administrativ (în concordanță cu dispozițiile Legii nr. 554/2004), au fost menținute aceleași sărace dispoziții privind posibilitatea administrației de modificare a contractului doar în situații excepționale. Situațiile excepționale, ca și forța majoră, sunt situații diferite de cele de impreviziune, Curtea Constituțională arătând în Decizia nr. 15/2000 că „situație excepțională” există în cazul „unui pericol public major”. Totuși, această ordonanță a stabilit că anumite autorități publice au un drept de control permanent asupra concesionarului, pentru a determina dacă el își îndeplinește obligațiile în conformitate cu contractul (articolul 55).

Achizițiile publice, concesiunea de lucrări publice și concesiunea de servicii au fost grupate în același act normativ, respectiv O.U.G. nr. 34/2006 care a despărțit concesiunea de bunuri și servicii de concesiunea bunurilor publice. Așa cum am mai arătat, această ordonanță, încă din forma inițială, conține numeroase dispoziții privind atribuirea contractelor și nicio dispoziție referitoare la executarea contractelor după încheierea lor în urma atribuirii prin procedurile specifice<sup>28</sup> sau instanțele competente să judece litigiile născute în legătură cu executarea sau încetarea contractului. În ce privește procedura de atribuire, ordonanța prevede competența de soluționare a litigiilor în favoarea Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor, ca autoritate administrativ jurisdicțională, precum și competența instanțelor de contencios administrativ ca autorități judiciare. La vremea intrării în vigoare a acestui act normativ opinia noastră a fost în sensul că toate contractele la care se referă sunt contracte administrative, în virtutea articolului 2 alin. (1) litera c) din Legea nr. 554/2004, astfel că toate caracterele acestor contracte trebuie avute în vedere de instanțele de contencios administrativ care, firește, ar fi fost competente să judece litigiile născute în legătură cu executarea contractelor după atribuire, conform dispozițiilor articolului 8 din Legea nr. 554/2004<sup>29</sup>.

Guvernul însă a ales o altă cale. O.U.G. nr. 7/2010 a modificat O.U.G. nr. 34/2006 introducând la articolul 286 alin. (1)<sup>1</sup> prin care a stabilit că procesele și cererile 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

---

<sup>28</sup> Elena Mihaela Fodor, *Drept administrativ*, Editura Albastră, Cluj-Napoca, 2008, p. 227.

<sup>29</sup> *Idem*.

contractante. Alin. (1) al aceluiași articol a fost modificat, stabilind că procesele și cererile privind actele autorităților contractante emise înainte de încheierea contractului, precum și acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire se soluționează în primă instanță de către secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante. Unii autori au interpretat textul modificat al O.U.G. nr. 34/2006 în sensul că părțile, după ce au încheiat un contract administrativ, cu toate rigorile ce decurg din această calificare, vor acționa ca egali într-un contract comercial ulterior, litigiile urmând a fi soluționate ținând cont de această nouă poziție a părților, în fața instanțelor comerciale, fără a fi supuse procedurii specifice contenciosului administrativ<sup>30</sup>. Această opinie omite faptul că verificarea respectării condițiilor de validitate la momentul încheierii contractului este dată tot în competența instanțelor comerciale. Adică, se atribuie un contract care este definit în această fază ca fiind administrativ iar apoi contractul se încheie cu respectarea normelor de drept privat. Este binecunoscut faptul că nulitatea în dreptul administrativ este supusă altor reguli decât în dreptul civil<sup>31</sup>, deci și comercial, astfel încât apare cel puțin ciudată, dacă nu confuză, această schimbare de caracter a respectivelor contracte.

Ne punem întrebarea, cum poate fi calificat un contract ca având simultan sau consecutiv în diferite faze, două naturi diferite (administrativ și comercial)? Din reglementarea în vigoare înțelegem că s-a apreciat că doar faza atribuirii contractului trebuie să protejeze interesul public, instanțele de contencios administrativ urmând să ia în seamă acest element la soluționarea eventualelor litigii ivite în această etapă. În opinia noastră însă, nu poate exista o înlăturare totală a acestui element în fazele executării sau încheierii contractului, decât în cea a încheierii lui. O competență mixă, diferită pentru diferitele faze ale contractului va da naștere la controverse privind interpretarea clauzelor contractuale care au fost stabilite înainte de încheierea contractului, când a fost avut în vedere interesul public și sunt puse în aplicare în etapa în care acest element nu mai este luat în considerare, părțile având o poziție egală. Apoi, în general litigiile privind contractele administrative sunt excluse arbitrajului. Să înțelegem că litigiile privind executarea contractului pot fi soluționate

---

<sup>30</sup> A. Tabacu, A. Singh, *Recentele modificări ale O.U.G. nr. 34/2006, un temei pentru reorientarea contractelor administrative spre libertatea contractuală?*, în „Revista Transilvană de Științe Administrative”, nr. 1 (28)/2011, p. 176.

<sup>31</sup> Elena Mihaela Fodor 2008, *op.cit.*, p. 204-210.

prin arbitraj, în timp ce litigiile privitoare la încheierea contractului nu? Poate că aceste întrebări și-ar fi găsit un răspuns care să mențină unitatea contractului, dacă s-ar fi considerat că, deși competența de soluționare a litigiilor revine instanțelor comerciale, dată fiind natura administrativă a contractului, litigiile vor fi soluționate prin luarea în considerare a naturii acestora și recunoașterea posibilității autorităților publice de a supraveghea derularea contractului și de a interveni în executarea lor în scopul protejării interesului public.

O asemenea interpretare, ar fi fost susținută de legislația Uniunii Europene. Cu toate că Uniunea Europeană privește contractele discutate aici ca având o natură comercială, fără a face distincția între dreptul public și dreptul privat, se recunoaște necesitatea existenței clauzelor exorbitante în aceste contracte. Un document al Uniunii Europene, Cartea Verde a Comisiei Europene privind parteneriatele public privat<sup>32</sup>, arată că în cadrul contractelor de parteneriat public-privat, a contractelor de achiziții publice și a celor de concesiune trebuie să fie luate în considerare câteva aspecte, chiar dacă prevederile contractuale ce guvernează executarea contractelor sunt în primul rând cele prevăzute de legislația națională. În ce privește contractele de parteneriat public-privat, aceste aspecte sunt:

evaluarea și distribuția optimă a riscurilor între sectorul public și cel privat, conform abilității acestora de a le asuma;

posibilitatea adaptării contractului la schimbările din mediul macro-economic și tehnologic și a cerințelor legate de interesul general, având în vedere că se referă la servicii întinse pe perioade mai îndelungate de timp; în acest sens caietele de sarcini transmise ofertanților în timpul procedurii de atribuire trebuie să conțină clauze de ajustare, cum ar fi indexarea prețurilor, sau să stipuleze circumstanțe în care redevențele ar putea fi modificate, situații în care alte clauze ar putea fi modificate – cu condiția ca aceste situații să fie clar determinate și să se stabilească și modalitățile în care modificările pot fi efectuate cu menținerea echilibrului contractual;

în general, modificările contractuale pe parcursul executării contractelor de parteneriat public-privat au efectul de a aduce în

---

<sup>32</sup> *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions* [COM(2004) 327 final, at [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type\\_doc=COMfinal&an\\_doc=2004&nu\\_doc=327](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=COMfinal&an_doc=2004&nu_doc=327), accesat la 30.10.2011.

discuție principiul egalității de tratament al operatorilor economici, de aceea, modificările nestipulate în contract sunt acceptabile doar dacă sunt necesare ca urmare a unor circumstanțe imprevizibile sau dacă sunt justificate de motive ce țin de politicile publice, securitatea publică sau sănătatea publică.

Este ușor de observat că toate aceste elemente se încadrează în caracterele unui contract administrativ, așa cum este văzut acesta în doctrina franceză și românească.

Dispoziții asemănătoare se regăsesc în Codul civil al provinciei Quebec din Canada, unde se arată că în contractele încheiate, autoritățile publice au aceleași obligații ca și persoanele private, dar există o poziție supraordonată a autorităților publice, asigurată prin clauzele exorbitante. Totodată, în numeroase situații, autoritățile publice își mențin un drept de control și de a da instrucțiuni în faza executării contractului de către co-contractantul privat. Litigiile privitoare la executarea contractului pot fi soluționate de autoritățile judiciare sau prin arbitraj. Litigiile privind validitatea contractului sau chestiuni de interes public (cum ar fi formalități pentru obținerea unei autorizații premergătoare încheierii contractului) sunt excluse arbitrajului<sup>33</sup>.

Legiuitorul român însă a exclus o asemenea interpretare, întrucât, prin Legea nr. 278/2010 pentru aprobarea O.U.G. nr. 76/2010, s-a modificat litera f) din articolul 3 al Secțiunii 2 (Definiții) astfel: „*contract de achiziție publică - contractul comercial care include și categoria contractului sectorial, astfel cum este definit la art. 229 alin. (2), 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*”.

În același mod, contrar direcției stabilite de Legea nr. 554/2004, s-au modificat dispozițiile legale privind contractul de parteneriat public-privat. Inițial, acest contract a fost reglementat prin O.G. nr. 16/2002, cu modificările și completările ulterioare, în concordanță cu doctrina franceză și documente europene comunitare<sup>34</sup>. Odată cu intrarea în

---

<sup>33</sup> P. Lemieux, *Le code civil du Quebec et l'administration publique*, în "Acta Universitatis Lucian Blaga", nr. 2, anul VIII, 2008, p. 62-64.

<sup>34</sup> Cartea Verde a Comisiei Europene privind parteneriatele public privat; Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de achiziție publică în domeniul lucrărilor, bunurilor și serviciilor, publicată în JOL nr. 134 din 30 aprilie 2004.

vigoare a O.U.G. nr. 34/2006, O.G. nr. 16/2002 a fost abrogată. Se poate observa însă că atât înainte, cât și după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 34/2006, au fost adoptate acte normative speciale pentru a reglementa activitatea sectoarelor care desfășoară activități de utilitate publică din al căror conținut rezultă nominalizarea expresă a contractelor de concesiune și a celor de parteneriat public-privat drept modalitate de delegare a gestiunii serviciilor publice în aceste sectoare de utilitate publică (apă, energie, transport, poștă). Astfel, contractul de parteneriat public-privat era nominalizat expres ca posibilitate de delegare a serviciilor publice comunitare prin dispozițiile Legii nr. 51/2006 a serviciilor publice comunitare și prin acte normative speciale adoptate în aplicarea Legii nr. 51/2006<sup>35</sup>. O.U.G. nr. 39/2011 a schimbat însă cursul acestor interpretări atunci când a modificat articolul 28 al Legii nr. 178/2010 care reglementa din nou contractul de parteneriat public-privat, introducând articolul 28<sup>23</sup> care prevede: „(1) *Procesele și cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de selecție, precum și cele privind executarea, nulitatea, anularea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor de parteneriat public-privat se soluționează în primă instanță de către secția comercială a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul partenerului public. (2) În fața instanței de judecată, litigiile privind drepturile și obligațiile contractate în cadrul procedurilor de selecție care intră în sfera de aplicare a dispozițiilor prezentei legi se soluționează de urgență și cu precădere, potrivit dispozițiilor art. 720<sup>2</sup>-720<sup>7</sup> și 720<sup>9</sup> din Codul de procedură civilă, care se aplică în mod corespunzător*”. Astfel, contractul de parteneriat public-privat a urmat soarta contractelor de achiziții publice, concesiune de lucrări publice și concesiune de servicii publice. Este de remarcat totuși faptul că în articolele 106-108 ale Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 178/2010, aprobate prin H.G. 1239/2010, pot fi identificate anumite clauze exorbitante, care, potrivit dreptului nostru, conturează natura administrativă a contractului.

În opinia noastră, evoluția reglementării contractelor mai sus menționate, urmărind doar alinierea la normele Uniunii europene, a pierdut din vedere specificul național al sistemului nostru de drept, care recunoaște distincția dintre dreptul public și dreptul privat. Că este așa,

---

<sup>35</sup> C. Constantinescu, *Parteneriatul public-privat*, Lucrare de licență, Facultatea de Drept Cluj-Napoca, Universitatea Creștină "Dimitrie Cantemir" București, 2012, nepublicată, p. 19.



o demonstrează evoluția legislației franceze în aceleași domenii<sup>36</sup>, unde, alinierea la legislația europeană comunitară s-a realizat fără a fi abrogată Ordonanța nr. 566/17.06.2004 privind lucrările publice. Pentru susținerea parteneriatului public-privat ca un mecanism simplu și de aplicare globală la îndemâna oricărei administrații și în particular a colectivităților teritoriale în vederea adoptării unor decizii cu privire la investițiile publice în interesul cetățenilor, legiuitorul francez a adoptat și Circulara din 29 noiembrie 2005 privind acordurile de parteneriat în atenția autorităților locale, în care aceste contracte sunt definite expres ca fiind contracte administrative în articolul 1.2.4. Sunt relevante și cele statuate în literatura juridică franceză, în ce privește realizarea atributelor administrației de către persoanele de drept privat în materia contractelor administrative: „Administrația nu mai este doar în administrație; acțiunea administrativă a ieșit în sfârșit din cadrul persoanelor publice propriu-zise și dincolo chiar de stabilimentele publice cele mai descentralizate, ea integrează astăzi persoane private. Activitatea administrativă este efectuată astăzi, în bună parte, de către persoane publice sau private, care administrează servicii publice industriale și comerciale în termenii dreptului comun”<sup>37</sup>.

Mai mult, menținându-și privirea ațintită doar asupra dreptului european comunitar, emitenții actelor normative naționale au încălcat dispozițiile constituționale, golind de conținut normele stabilite atât prin art. 52 al Constituției cât și de o lege organică, Legea nr. 554/2004, prin dispozițiile unor ordonanțe de urgență, fapt inadmisibil, așa cum a constatat Curtea Constituțională în Decizia nr. 1257/2009.

Pledoaria noastră este aceea de considerare a elementelor Teoriei Generale a Dreptului în permanență de către emitenții actelor normative și a celor care le aplică. În felul acesta doar va putea fi asigurată coerența actelor normative interne, pe de o parte între ele cu considerarea specificului național al sistemului de drept, iar pe de altă parte cu cerințele dreptului european comunitar. Nu este doar un deziderat teoretic ci, în primul rând unul practic, ce asigură previzibilitatea aplicării legii și stabilitatea raporturilor juridice, părțile contractului fiind conștiente de consecințele tipului de raport juridic în care se angajează iar cetățenii având protejat interesul general, public, pe care sistemul de drept îl recunoaște.

---

<sup>36</sup> *Ibidem.*

<sup>37</sup> J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, Editura Dalloz, Paris, 1996, p. 103-105.