

# INFLUENȚA DIRECTIVEI 2014/23/UE PRIVIND CONCESIUNILE ASUPRA DREPTULUI NAȚIONAL ROMÂN

**Cătălina Georgeta DINU**

**The Influence of the Directive 2014/23/EU  
Regarding Concessions on the Romanian  
National Law**

## **Abstract**

Concession contracts were neglected by the European law, especially by the directives on public procurement in 2004, which were only marginally covering public works concessions and the concessions were not subject to any specific regulation. Therefore, the Directive 2014/23/EU comes to cover a dead angle of the European law of public business contracts.

Concessions are still in the same shadow cone on domestic plan, the Romanian legislation waiving in 2006 a legislative act dedicated exclusively to these contracts, as a result of the directives transposition at that moment.

Yet this time, by implementing the Directive 2014/23/EU, the institution of concession is reinvigorated, to the detriment of the voices which sustained the lack of practical importance of this type of contract and of a distinction between this and public procurement.

We are interested to analyze the manner in which this transposition was performed, both in form, and especially in substance: was the European legislation adapted by developing a clear domestic legislative framework or are we witnessing an *ad litteram* assumption, which will enforce multiple amendments and supplements, similarly to the previous legislative experience in the field; are the assigned guided principles observed, are unequivocal procedures regulated and characterized by transparency?

**Keywords:** Directive 2014/23/EU, concessions, public law, Romania.

**Cătălina Georgeta DINU**

Asist. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea  
Transilvania din Brașov, Brașov, România  
Tel.: 0040-268-471.044  
E-mail: catalina.matei@unitbv.ro



Revista Transilvană  
de Științe Administrative  
2 (39) / 2016, pp. 73-87

## 1. Introducere

În data de 28 martie 2014 au fost publicate trei directive de o semnificație aparte în dreptul european în materia contractelor de drept public, o veritabilă dovadă că perspectiva Uniunii Europene asupra acestora este într-o continuă evoluție. Directiva 2014/23/UE privind concesiunile, Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, respectiv Directiva 2014/25/UE privind utilitățile au fost chintesența unui lung drum jurisprudențial european și a unor îndelungi dezbateri și propuneri.

Concesiunea este un contract care a fost neglijat de dreptul european, în special de directivele achizițiilor publice din 2004, care nu tratau decât marginal concesiunile de lucrări și nu au supus concesiunile de servicii niciunei reguli specifice. Așadar, Directiva 2014/23/UE vine să acopere un unghi mort al dreptului european al contractelor publice de afaceri. Concesiunile s-au aflat până de curând, în același con de umbră pe plan intern, legislația românească renunțând în anul 2006 la un act normativ dedicat exclusiv acestor contracte, ca urmare a transpunerii directivelor de la acel moment.

De data aceasta însă, prin implementarea Directivei 2014/23/UE, instituția concesiunii este revigorată, în detrimentul vocilor care susțineau lipsa de importanță practică a acestui tip de contract și a unei distincții între acesta și achiziții publice. Întrucât directivele urmau a fi transpuse în dreptul național până în data de 18 aprilie 2016 (urmând ca aceste dispoziții să fie obligatorii pentru organismele centrale implicate, din luna aprilie a anului 2017, iar în luna septembrie a anului 2018 să devină general obligatorii), ne interesează să analizăm modul în care această transpunere s-a realizat, atât ca formă, dar mai ales ca fond: s-a reușit adaptarea legislației europene prin elaborarea unui cadru legislativ intern clar sau asistăm la o preluare *ad literam*, care va impune multiple modificări și completări, similar experienței legislative anterioare în domeniu; sunt respectate principiile directoare trasate, sunt reglementate proceduri neechivoce caracterizate prin transparență?

În vederea transpunerii celor trei directive, Agenția Națională pentru Achiziții Publice<sup>1</sup> (în continuare, ANAP) a elaborat patru proiecte de lege privind următoarele domenii: achizițiile sectoriale, achizițiile publice, remediile și căile de atac pentru achiziții publice și concesiuni, concesiunea de lucrări și concesiunea de servicii. Proiectele au fost trimise în Parlament în regim de urgență și au fost aprobate de Senatul României în data de 9 februarie 2016, fiind ulterior adoptate de Camera Deputaților – cameră decizională (Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile

---

1 Agenția Națională pentru Achiziții Publice este o instituție publică cu personalitate juridică, înființată în temeiul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 13/2015, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 362 din 26 mai 2015. ANAP se află în subordinea Ministerului Finanțelor Publice și este succesoarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (ANRMAP), a Unității pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice (UCVAP), precum și a compartimentelor de verificare a achizițiilor publice din cadrul direcțiilor regionale ale finanțelor publice.

de servicii și Legea nr. 101/2016 privind privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor).

În dreptul Uniunii Europene, noțiunea de concesiune a comportat dificultăți de abordare, fiind pus în discuție contractul de concesiune doar odată cu aplicarea regulilor concurențiale (Avram, 2003, p. 217). În doctrina franceză s-a afirmat faptul că „interferența dreptului european este acceptată atunci când concesiunea dă naștere unor relații susceptibile de a pune în cauză regulile pieței comune” (Bréchon-Moulens, 1992, p. 59).

Directivele care au fost anterior transpuse în spațiul românesc prin O.U.G. nr. 34/2006 – Directiva 2004/17/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții de către entitățile care operează în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, respectiv Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de lucrări, de furnizare și de servicii au fost abrogate prin Directiva 2014/25/UE privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE și prin Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE. De asemenea, pentru prima dată în dreptul european, a fost elaborată și a intrat în vigoare o directivă care reglementează exclusiv domeniul concesiunilor, și anume, Directiva 2014/23/UE. Prevederile acestei directive impun modificări de substanță în plan intern, având în vedere că termenul de transpunere de 24 de luni de la data intrării în vigoare în spațiul Uniunii Europene, deja se împlinise în data de 18 aprilie 2016.

## 2. Principii. Scurte considerații

Actualmente, principiul libertății contractuale este înlocuit cu „principiul libertății administrative a autorităților publice”, reglementat de art. 2 din Directiva 2014/23/UE; potrivit acestuia, autoritățile au libertatea de a decide cel mai bun mod de a administra executarea lucrărilor.

Acest principiu a fost preluat de Legea nr. 100/2016 privind concesiunea de lucrări și concesiunea de servicii, art. 3 stabilind că noile reglementări nu aduc atingere responsabilității autorităților centrale, județene și locale de a decide cel mai bun mod de a administra executarea lucrărilor sau prestarea serviciilor.

Din economia prevederilor legale rezultă și alte principii decât cele prevăzute la art. 2 alin. (2), deși acestea nu sunt prevăzute expres. „Principiul preeminenței interesului public” considerăm că reprezintă un astfel de principiu, aspect care rezultă din prevederile art. 7 alin. (4) din proiectul de lege, potrivit căruia „prin hotărâre, Guvernul va stabili, după caz, ca studiul de fundamentare prevăzut la alin. (1) să fie analizat și aprobat de către o autoritate competentă, în considerarea interesului public al proiectului”. Din analiza exprimării legiuitorului, apreciem că preferința pentru sintagma „interes public” în detrimentul celei de „utilitate publică”, este salutară și considerăm că noțiunea de „utilitate publică” (care fusese propusă de doctrină în contextul unei posibile modificări a

Legii nr. 213/1998) este mai degrabă corelată cu mijloacele prin intermediul cărora este satisfăcut interesul public, chiar dacă s-a susținut faptul că reprezintă o exprimare mai puțin echivocă decât cea de „*interes public*” (Ciobanu, 2012, p. 333)<sup>2</sup>.

Interesul public rămâne așadar un criteriu esențial al contractelor de concesiune, fiind recunoscut ca specific al unui regim juridic exorbitant, derogatoriu de la dreptul comun (Tofan Apostol, 2012, p. 13). Cu toate acestea, prin interpretarea *per a contrarium* a dispozițiilor proiectului de lege, încheierea unui astfel de contract nu trebuie să aibă ca scop exclusiv interesul public, fiind necesară coroborarea altor aspecte, cum este și cel economic, având în vedere faptul că, prin esență, concesiunea este un contract cu titlu oneros.

În aceeași idee a promovării priorității interesului public la atribuirea și încheierea contractului de concesiune, natura sa juridică certă de contract administrativ este descrisă în definiția acestuia din lege, în art. 5 alin. (1) lit. g), fiind asimilat potrivit legii actului administrativ.

Așa cum am arătat într-un studiu anterior, natura juridică a contractului de concesiune nu poate fi însă confundată cu natura juridică a dreptului de concesiune (Dinu, 2015, p. 40). Indiferent de modul în care este perceput contractul de concesiune de către un terț, contractul de concesiune privind bunurile proprietate publică este, indiscutabil, un contract administrativ, și nu un contract civil (Prescure, 2004). În ceea ce privește dreptul de concesiune, potrivit art. 873 alin. (2) și art. 949-952 Cod civil în vigoare (Legea nr. 287/2009), se recunoaște o dublă natură juridică a dreptului de concesiune, întrucât, față de terțul cu care concesionarul intră în raporturi juridice, contractul are natura unui contract civil și, astfel, mijloacele juridice care pot fi exercitate de către concesionar pentru apărarea dreptului său de concesiune sunt *acțiunea confesorie* sau *acțiunile posesorii* – specifice dreptului civil.

### 3. Riscul de operare

Potrivit art. 6 din proiectul de lege, „atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică întotdeauna transferul către concesionar a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau serviciilor respective”. De asemenea, potrivit art. 104 din proiectul normelor metodologice de aplicare a Legii privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, modul în care se realizează recuperarea costurilor de către concesionar trebuie să includă, în mod obligatoriu, „preluarea celei mai mari părți din riscurile exploatării aferente contractului de concesiune de lucrări publice sau de concesiune de servicii”.

Aceste prevederi preiau întocmai prevederile art. 49 alin. (3) din Normele de aplicare ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobate prin Hotărârea de Guvern nr. 71/2007, potrivit acestor dispoziții legale – încă aplicabile, până la momentul

---

2 Acest fapt e întărit de art. 5 alin.(1) lit.z) bb): *SEAP* – „desemnează sistemul informatic de utilitate publică, accesibil prin internet la o adresă dedicată, utilizat în scopul aplicării prin mijloace electronice a procedurilor de atribuire a contractelor de concesiune”.

intrării în vigoare a noii legislații – riscul exploatării fiind constituit din:

- riscul de disponibilitate, respectiv nerespectarea unor parametri de performanță și calitate ai construcției/serviciului, clar determinați și măsurabili, pe întreaga durată de viață a proiectului;
- riscul de piață, respectiv neîntrebuințarea de către utilizatorii finali a rezultatului lucrărilor executate/serviciilor puse la dispoziția acestora, în condițiile în care parametrii de performanță și calitate sunt integral respectați.

O nouă legislație o reprezintă recunoașterea posibilității preluării integrale a riscului de către concesionar, acesta fiind obligat față de concedent și la plata unei redevențe „care poate fi stabilită la un nivel fix sau într-un anumit procent din cuantumul veniturilor încasate de concesionar de la beneficiarii finali ca urmare a activităților realizate” (vezi art.104 alin. (4) din proiectul de lege).

Pe de altă parte însă, așa cum rezultă și din explicațiile cuprinse în Ghidul pentru implementarea proiectelor de concesiune de lucrări publice și servicii în România (2009, p. 117), o înțelegere eronată a situației este aceea potrivit căreia scopul unei concesiuni este de a aloca „toate riscurile” concesionarului.

Prin noua legislație elaborată, a fost menținută regula prevăzută anterior de cadrul legal încă existent, potrivit căreia concedentul nu are dreptul ca, pe parcursul îndeplinirii contractului de concesiune de lucrări publice sau de concesiune de servicii, să accepte sau să solicite modificări ale clauzelor contractuale care ar avea ca efect o diminuare a responsabilităților concesionarului în asemenea măsura încât cea mai mare parte a riscurilor să fie redistribuită concedentului.

Și în jurisprudența europeană a fost susținută ideea potrivit căreia transferul riscului către concesionar nu trebuie să fie integral. Însă, partea de risc transferată trebuie să implice o „reală expunere a pericolelor pieței”, potrivit art. 5.1 alin. (2) al Directivei 2014/23/UE și să fie „semnificativ”, potrivit jurisprudenței europene (C-274/09, 2011).

De asemenea, în doctrina franceză s-a opinat că Directiva concesiunilor confirmă clar că transferul riscului și nu riscul însuși este semnificativ pentru a antrena calificarea de concesiune a unui contract (Braconnier, 2014, p. 841). În funcție de existența riscului și a transferului său, un contract de parteneriat public-privat poate fi la rândul său clasificat ca o concesiune sau ca o achiziție publică (Braconnier, 2014, p. 833).

Legea nr. 100/2016 prevede că, în cazul în care riscul de exploatare este distribuit între concedent și concesionar, „este obligatoriu ca prin contractul de concesiune să se stabilească în mod explicit contribuția financiară a concedentului pe parcursul derulării contractului, precum și alte angajamente ale acestuia, ca sprijin complementar”.

Proiectul de norme metodologice nu păstrează însă o prevedere pe care o considerăm extrem de relevantă, și anume, a determinării delimitării dintre achiziția publică și concesiune, pe criterii de risc. Astfel, potrivit art. 3 alin. (1) lit. a) din Normele de aplicare ale O.U.G. nr. 34/2006, aprobate prin H.G. nr. 71/2007: „distanța dintre contractul de concesiune și contractul de achiziție publică se realizează în funcție de distribuția riscurilor, după cum urmează: a) contractul prin intermediul căruia contractantul, în calitate de concesionar, primește dreptul de a exploata rezultatul lucrărilor executate,

preluând astfel și cea mai mare parte din riscurile aferente realizării și exploatării lucrărilor respective, este considerat a fi contract de concesiune de lucrări publice, în caz contrar fiind considerat contract de achiziție publică de lucrări”. Semnalăm cu această ocazie că proiectul conține în mai multe prevederi noțiunea de achiziție publică în locul celei de concesiune, ceea ce poate conduce la confuzii și interpretări echivoce; de exemplu, art. 10 alin. (3) din proiectul de norme metodologice de aplicare a legii concesiunilor de lucrări și a concesiunilor de servicii.

Semnificativ este însă faptul că distincția dintre cele două categorii de contracte, pe considerente de risc, este reiterată prin inserarea sa chiar în lege, de această dată, ceea ce denotă importanța aspectului.

Apreciem că riscul se dorește să rămână un element definitoriu al delimitării concesiunii de lucrări publice și de servicii, „Agenția Națională pentru Achiziții Publice evaluând înainte de transmiterea spre publicare a invitației de participare/anunțului de participare, conformitatea cu legislația aplicabilă în domeniul concesiunilor de lucrări și a concesiunilor de servicii a documentațiilor de atribuire aferente contractelor de concesiune de lucrări/servicii, ce au fost selectate în baza unei analize de risc și/sau aleatoriu”, așa cum prevede în forma sa actuală, art. 24 din proiectul Normelor metodologice de aplicare a Legii concesiunilor de lucrări și concesiunilor de servicii.

#### **4. Value for money**

O altă noutate legislativă o reprezintă atribuirea contractelor de concesiune pe baza criteriului ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, în detrimentul celui al prețului cel mai scăzut.

Potrivit problemelor identificate în aplicarea actualei legislații în domeniul achizițiilor publice (ANAP, 2016, p. 64)<sup>3</sup>, autoritățile contractante sunt în prezent descurajate să folosească primul criteriu, ca urmare a solicitărilor de a justifica utilizarea celui de-al doilea criteriu. Sistemele de control administrativ sunt redundante, punând accent exclusiv pe legalitatea procesului de atribuire, lăsând deoparte calitatea acestuia și asigurarea eficienței cheltuielilor.

În fosta legislație, prevederile O.U.G. nr. 34/2006 reglementau însă doar criteriul de atribuire pentru contractul de achiziție publică, nu și pentru concesiune. Atribuirea contractului de achiziție publică prin intermediul criteriului prețului cel mai scăzut este încurajată. Astfel, conform art. 199 din O.U.G. nr. 34/2006, „criteriul de atribuire a contractului de achiziție publică poate fi oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic sau, în mod exclusiv, prețul cel mai scăzut”.

În sensul asigurării criteriului ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic („value for money”), gradul de preluare a unor riscuri de către concesionar este primul criteriu obiectiv enumerat în lege, nivelul redevenței fiind penultimul criteriu obiectiv luat în considerare de către legiuitor. De asemenea, este semnalată

---

3 Strategia Națională a Achizițiilor Publice reprezintă politica Guvernului cu privire la reformarea sistemului național de achiziții publice în perioada 2015-2020.

importanța implicării unor persoane cu experiență în domeniul obiectului contractului și în procesul de evaluare a ofertelor, și nu doar a angajaților autorității contractante (ANAP, 2016, p. 72).

Cadrul legal european este impus concesiunilor a căror valoare este egală sau superioară sumei de 5.186.000 euro. Deci, regăsim un singur prag, față de cel dublu, inițial propus de către Comisie. Propunerea originală se referea la metode de calcul diferite pentru concesiunea de servicii și concesiunea de lucrări. Având în vedere că anumite concesiuni au obiect mixt, Parlamentul European a unificat metoda de calcul cu privire la evaluarea concesiunii. În contrapartidă, acest calcul este strict reglementat acum, întrucât autoritatea contractantă trebuie să ia în calcul o serie de parametri care fac obiectul unei lungi enumerări și care limitează libertatea sa de a alege modalitatea de calcul. Rezultă regula *de minimis* pentru loturile concesiunilor și insistența asupra principiului bunei-credințe, procedura fiind mai lejeră decât în cazul achizițiilor publice.

Potrivit art. 11 din Legea nr. 100/2016, procedurile de atribuire prevăzute de prezenta lege se aplică concesiunilor de lucrări sau de servicii a căror valoare, fără TVA, este egală sau mai mare decât pragul valoric de 23.227.215 lei. Concesiunilor de lucrări sau de servicii a căror valoare este mai mică decât acest prag valoric li se aplică doar principiile generale prevăzute la art. 2 alin. (2) din lege, în condițiile și potrivit procedurilor reglementate prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi.

## 5. Contractele mixte

### 5.1. Concesiunea de lucrări și concesiunea de servicii

În Secțiunea a 5-a intitulată Reguli de atribuire a contractelor mixte, Legea nr. 100/2016 prevede modalități de determinare a așa-numitelor contracte mixte, astfel că, potrivit art. 17 alin. (1), „contractele care au ca obiect atât concesiunea de lucrări, cât și concesiunea de servicii se atribuie în conformitate cu dispozițiile prezentei legi aplicabile pentru tipul de concesiune care caracterizează scopul principal al contractului”.

Preluând o perspectivă anterioară, în literatura juridică românească post-decembristă (David, 1991, p. 41), concesiunea de lucrări publice era asimilată concesiunii de servicii și s-a considerat că încheierea unui contract de concesiune conduce la „contopirea categoriei de lucrare publică cu cea de serviciu public”, deoarece, în cvasi-totalitatea cazurilor, beneficiarul concesiunii unei lucrări publice preia în același timp în sarcina sa și gestiunea serviciului public căreia îi va fi afectată lucrarea și invers, concesionarea unui serviciu public va realiza și exploata lucrări publice aferente serviciului.

Mai târziu, în legislația românească, atât potrivit Legii nr. 219/1998 privind regimul concesiunilor, *în prezent abrogată* – în cadrul căreia se distingeau trei categorii de contracte de concesiune: concesiunea de servicii publice, concesiunea de bunuri și concesiunea de activități economice – cât și potrivit O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, concesiunea de lucrări publice era și încă este reglementată în mod distinct față de celelalte forme de concesiune. Astfel, la atribuirea unui contract de concesiune, autoritatea contractantă trebuie să stabilească natura juridică a acestuia, „întrucât un contract nu poate fi în același timp și contract de concesiune de lucrări

publice și contract de concesiune de servicii” (Ghidul pentru implementarea proiectelor de concesiune de lucrări publice și servicii în România, secțiunea 1.2.3, 2009). Un contract de concesiuni de lucrări publice ar trebui ales în cazul în care scopul concesiunii vizează în special executarea de lucrări, așa cum acestea sunt definite de lege, chiar „dacă contractul include și prestarea unor servicii” care devin necesare pentru derularea activității specifice<sup>4</sup>.

Recunoașterea după caz, fie a naturii juridice a concesiunii de lucrări publice, fie a celei de servicii publice este recunoscută de cadrul legal actual, regăsindu-se în rațiunea O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare. Prin coroborarea prevederilor art. 6 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, cu cele ale art. 3 alin. (2) din normele metodologice de aplicare ale acesteia, rezultă că un contract de concesiune care are ca obiect principal prestarea unor servicii și, cu titlu accesoriu, desfășurarea unor activități dintre cele prevăzute în anexa nr. 1 (care se referă la lucrările publice) este considerat contract de servicii.

În concluzie, preeminența concesiunii de servicii publice asupra concesiunii de lucrări publice este condiționată de „criteriul obiectului principal al contractului de concesiune”, care trebuie să fie acela de executare a serviciului public și nu de executare de lucrări publice.

## **5.2. Concesiunea și achiziția publică**

Potrivit art. 18 alin. (4) din lege, „în cazul contractelor mixte care au ca obiect atât elemente de concesiuni, precum și elemente de achiziție publică în sensul Legii privind achizițiile publice, sau achiziție sectorială în sensul Legii privind achizițiile sectoriale, contractul mixt se atribuie în conformitate cu prevederile Legii privind achizițiile publice, respectiv, ale Legii privind achizițiile sectoriale”.

Prin Legea nr. 100/2016 se dorește păstrarea aceluiași specific regăsit în legislația anterioară, reprezentată de art. 11 lit. d) din Normele de aplicare ale O.U.G. nr. 34/2006, aprobate prin H.G. nr. 71/2007, conform căruia rezultatele studiului de fundamentare a deciziei de concesionare trebuie să justifice necesitatea și oportunitatea concesiunii și să demonstreze că varianta prin care proiectul este prevăzut a fi realizat prin atribuirea unui contract de concesiune de lucrări publice este mai avantajoasă în raport cu varianta prin care proiectul este prevăzut a fi realizat prin atribuirea unui contract de achiziție publică. De asemenea, potrivit Ghidului pentru implementarea proiectelor de concesiune de lucrări publice și servicii în România (elaborat pentru înlesnirea aplicării O.U.G. nr. 34/2006), în situația în care nu sunt îndeplinite condițiile realizării unui proiect în regim de concesiune (delegarea pe termen lung a serviciului public către un operator privat, productivitatea serviciului, valoarea investiției, termenul în care trebuie

---

4 Ghidul pentru implementarea proiectelor de concesiune de lucrări publice și servicii în România mai precizează că dacă serviciile sunt auxiliare și reprezintă o completare a obiectului principal al contractului, ele nu vor determina încadrarea contractului de concesiune de lucrări publice într-un contract de concesiune de servicii.

demarată executarea lucrării, existența unor proiecte similare în regim de concesiune), autoritatea contractantă poate opta pentru o schemă tradițională de achiziție publică și nu pentru concesiune.

În dreptul european, Directiva 93/37/CEE, abrogată de Directiva 2004/18/CE, definea contractul de achiziție publică de lucrări ca fiind contractul cu titlu oneros, încheiat în scris între, pe de o parte, antreprenor și, pe de altă parte, o autoritatea contractantă, care are ca obiect fie execuția, fie atât execuția, cât și proiectarea lucrărilor referitoare la una dintre activitățile menționate în Anexa II sau a unei lucrări, fie realizarea, prin orice mijloc, a unei lucrări care să răspundă necesităților precizate de autoritatea contractantă. Definiția a fost preluată de Directiva 2004/18/CE, abrogată de Directiva 2014/24/UE, într-o formă îmbunătățită, specificându-se că această categorie de contracte este un contract de achiziție publică.

La rândul său, Directiva 2014/24/UE definește contractul de achiziție publică de lucrări similar directivei anterioare, însă obiectul contractului este mai bine structurat, pe paragrafe distincte, și nu într-o enumerare lineară.

În ceea ce privește raportul dintre contractul de concesiune, pe de o parte, și contractul de achiziție publică, pe de altă parte, apreciem că primul dintre cele două categorii de contracte prezintă aceleași caracteristici ca și un contract de achiziție publică, cu excepția potrivit căreia, contrapartida lucrărilor sau serviciilor prestate constă numai în dreptul de a exploata lucrarea sau serviciul. Autoritatea contractantă trebuie să aleagă între a realiza proiectul în sistemul tradițional de achiziție publică sau în regim de concesiune, în funcție de modalitatea care dă mai multă eficiență satisfacerii interesului public.

Reamintim și faptul că, în conformitate cu precizările din Cartea Verde referitoare la parteneriatul public-privat și dreptul comunitar în domeniul contractelor publice și concesiunilor (Comisia Europeană, 2004), s-a considerat că în situația în care, în cadrul unui contract cu privire la servicii, autoritatea contractantă nu plătește direct o remunerație co-contractantului, ci acesta din urmă are dreptul să perceapă o remunerație de drept privat de la terți, este suficient ca respectivul contract să fie calificat „concesiune de servicii” în sensul art. 1 alin. (3) din Directiva 2004/17/CE, și nu un contract de servicii, adică de achiziții publice. O astfel de calificare se poate face, în măsura în care co-contractantul preia în totalitate sau cel puțin în mare parte riscul de exploatare asumat de autoritatea contractantă, chiar dacă acest risc este de la început foarte limitat din cauza modalității de drept public de organizare a serviciului.

Cauza Telaustria (C-324/98, 2008) a recunoscut excluderea contractelor de concesiune de servicii de la aplicabilitatea directivelor privind achizițiile publice. Contractul de concesiune de servicii publice se diferențiază de contractul de servicii, prin faptul că implică exploatarea serviciului sau exploatarea împreună cu plata efectuată de către terți; de asemenea, CJUE a menționat că riscul aparține concesionarului. Instanța europeană dă anumite îndrumări cu privire la tipul și gradul de transfer al riscului pentru un contract de concesiune de servicii.

### **5.3. Concesiunea și delegarea gestiunii unui serviciu de utilitate publică**

Cu ocazia dezbaterii publice a proiectului de norme metodologice, s-a ridicat problema corelării noii legislații cu cea existentă în domenii conexe, și anume cel reglementat de Legea nr. 51/2006 privind serviciile comunitare de utilități publice. ANAP a adus anumite precizări potrivit cărora gestiunea delegată prevăzută la art. 29 din lege se va supune legislației în domeniul achizițiilor publice, fiind necesară modificarea actului normativ menționat prin ordonanță de urgență.

De altfel, prin Strategia națională a achizițiilor publice se enunța și mai mult, și anume, ca prevederile contrare directivelor UE și chiar O.U.G. nr. 34/2006 – cu exemplificarea Legii nr. 51/2006 – să fie abrogate sau corelate, pentru a elimina un tip de contracte paralele și confuze, cum este delegarea gestiunii.

Delegarea gestiunii unui serviciu de utilitate publică reprezintă, conform art. 2 lit. e) teza I din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, cu modificările și completările ulterioare, „acțiunea prin care o unitate administrativ-teritorială atribuie unuia sau mai multor operatori titulari de licență furnizarea/prestarea unui serviciu sau unei activități din sfera serviciilor de utilități publice a cărui/cărei răspundere o are”<sup>5</sup>.

Prin art. 29 alin. (6) din lege, contractul de delegare a gestiunii este definit ca fiind acel contract administrativ „prin care unitatea administrativ-teritorială atribuie, în calitate de delegatar, pe o perioadă determinată, unui operator licențiat, în calitate de delegat care acționează pe riscul și răspunderea sa, drepturile și obligațiile de a furniza sau presta serviciul de utilitate publică inclusiv dreptul de a administra și exploata infrastructura aferentă în schimbul unei redevențe, după caz”.

În consecință, contractul de delegare a gestiunii unui serviciu public este, în prezent, o concesiune de servicii publice specializată. Legiuitorul a precizat însă, prin art. 29 alin. (7) al aceluiași act normativ, faptul că un contract de delegare a gestiunii serviciilor publice poate îmbrăca nu numai forma unui contract de concesiune, cât și cea a unui parteneriat public-privat.

Prin noile modificări, vom asista însă la asimilarea contractului de delegare a gestiunii sferei mai largi a contractului de achiziții publice.

### **5.4. Concesiunea și parteneriatul public-privat**

Noua legislație cuprinde o soluție și pentru parteneriatul public-privat, subiect care a suscitat îndelungi controverse în doctrina românească. Astfel, desfășurarea unui parteneriat public-privat (în continuare, PPP) se va realiza fie printr-un contract de achiziție publică, fie printr-un contract de concesiune. Art. 117 din Legea nr. 100/2016 prevede că la data intrării sale în vigoare, Legea parteneriatului public-privat nr. 178/2010 va fi abrogată.

---

5 Potrivit art. 2 lit. e) teza a II-a din Legea nr. 51/2006, „delegarea gestiunii unui serviciu/unei activități de utilități publice implică operarea propriu-zisă a serviciului/activității, concesiunea sistemului de utilități publice aferent serviciului/activității delegat/delegate, precum și dreptul și obligația operatorului de a administra și exploata sistemul de utilități publice respectiv”.

Echivocul naturii juridice a contractului de parteneriat public-privat a generat până în prezent dificultăți în aplicarea legislației specifice. De altfel, Legea nr. 178/2010 a fost inițial respinsă de la promulgare de către Președintele României, pe considerentul creării unei confuzii între obiectul de reglementare a acestei legi cu cel al O.U.G. nr. 34/2006, respectiv pe cel al contradicției între actul normativ și prevederile comunitare transpuse în O.U.G. nr. 34/2006<sup>6</sup>.

În prezent, diferența dintre cele două categorii de contracte se stabilește pe planul distribuirii riscurilor. Astfel, dacă în cazul concesiunii, riscul preponderent este al concesiionarului, în cazul PPP, riscul este distribuit proporțional și echitabil între partenerul public și cel privat, în funcție de participarea în proiect a partenerului public, sub forma exclusivă a aportului în natură (art. 4 lit. f) din Legea nr. 178/2010)<sup>7</sup>.

Cu toate că noua legislație o abrogă pe cea existentă în domeniul PPP, considerăm necesară reglementarea acestei instituții juridice, cu accent pe dimensiunea acesteia în alte state. Abrogarea prevăzută de art. 117 din lege o considerăm o măsură necesară, însă doar premergătoare elaborării unei legislații specifice. Pentru prima dată identificăm însă o atitudine clară a legiuitorului în a determina coerent raportul dintre concesiune și PPP.

De exemplu, în Statele Unite, contractul de concesiune de lucrări este privit ca una dintre multiplele varietăți ale contractului de parteneriat public-privat, deci invers față de perspectiva care până în prezent a fost conturată în dreptul nostru. PPP este definit ca un acord contractual între o entitate publică și o entitate privată, încheiat în vederea furnizării unei facilități sau unui serviciu pentru uzul interesului public (Ziegler, 2011, p. 572). Obiectul contractului PPP este reglementat generic, iar obiectul contractului de concesiune de lucrări este unul particularizat. Concesiunea de lucrări, ca specie a contractului PPP, are aplicabilitate mai ales în domeniul infrastructurii și poate avea ca obiect nu numai construirea acesteia, dar și menținerea sau îmbunătățirea infrastructurii existente. La fel ca și în dreptul român, concesiionarul este obligat să plătească o redevență și să facă anumite investiții pe parcursul perioadei derulării contractului.

## 6. Transparența în cazul concesiunilor

O concurență reală nu poate fi garantată decât prin asigurarea transparenței procedurii de atribuire a contractului de concesiune, informarea asupra contractelor pe care statul intenționează să le încheie fiind obligatorie (Dragoș, Neamțu și Hamlin, 2011, p. 6). Ulterior încheierii contractului de concesiune, este necesară, de asemenea, parcurgerea unei proceduri de control care să asigure transparența în modul de executare a clauzelor contractuale.

---

6 Continuă să rămână un deziderat necesitatea unei reglementări „în termeni clari, flexibili și inteligenți, pentru a evita paralelismele cu dispoziții similare ale legislației asupra administrației publice locale și cea a concesiunilor” (Tofan Apostol, 2005, p. 56).

7 Din păcate, definiția contractului PPP din Legea nr. 178/2010 nu menționează riscul ca element structural, ci doar drepturile și obligațiile părților. Pentru o perspectivă critică asupra reglementării aportului în natură al partenerului public vezi Gherghina (2012, p. 155).

În ceea ce privește transparența contractului de concesiune, considerăm că legislația românească actuală are mari lacune<sup>8</sup>. Nu ne referim la transparența procesului de selecție a concesionarului, ci la clauzele contractuale și la modul în care acestea sunt respectate pe parcursul îndelungatei durate de executare a contractului, publicarea analizelor și a rezultatelor acestora în ceea ce privește monitorizările privind performanța concesiunii. Distanța între informație publică și document public poate fi esențială în crearea unui echilibru între confidențialitate și transparență, informația cu caracter public putându-se așadar regăsi inclusiv într-un document care nu permite decât parțial accesarea de către public (Dragoș, Neamțu și Hamlin, 2011, p. 154).

Legea nr. 100/2016 reglementează în art. 2 alin. (2) lit. d), principiul transparenței, ca principiu director al concesiunilor. În comparație cu legislația în vigoare, unde legiuitorul pune accentul pe proceduri de atribuire și de publicitate, și nu și pe controlul *a posteriori*, noua lege dorește îmbinarea obligației de confidențialitate cu cea a asigurării transparenței, prin art. 41, conform căruia respectarea obligației de confidențialitate nu trebuie să aducă atingere dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante. Deși aceste prevederi sunt cuprinse în secțiunea specifică procedurii de atribuire, alin. (2) al aceluiași articol prevede că publicarea părților fără caracter confidențial din contractele de concesiune încheiate, inclusiv a eventualelor modificări ulterioare, nu afectează respectarea obligației de confidențialitate. Recunoașterea posibilității publicării unor părți din contract printr-o prevedere legală expresă realizează corelarea legislației românești cu viziunea din dreptul european.

De altfel, Cartea Verde privind serviciile publice de interes general recomandă ca, în cazul concesiunii de servicii publice, să se aplice prevederile Tratatelor Comunității Europene, în chestiunile referitoare la egalitatea de tratament, transparență (C-3/88, 2009; C-285/03, 2005) și proporționalitate.

Exemple de control public care se exercită ulterior încheierii contractului regăsim, cu titlu de exemplu, în Indiana, Statele Unite și constă în înființarea unui comitet compus din angajați ai statului și din cetățeni persoane particulare, comitet care are atribuții în monitorizarea modului de executare a obligațiilor de către concesionar. De asemenea, în Australia, este obligatorie publicarea analizelor și a rezultatelor acestora în ceea ce privește monitorizările privind performanța concesiunii.

---

8 Prin Legea nr. 20 din 4 martie 2016 pentru modificarea 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, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 171 din 7 martie 2016, Partea I, art. 21 a fost modificat în sensul potrivit căruia autoritatea contractantă are obligația de a utiliza mijloace electronice pentru derularea procedurilor de atribuire prevăzute de lege, precum și pentru achiziția directă, gradual, până la 100% din valoarea totală a achizițiilor publice finalizate de aceasta în cursul anului respectiv, care se pot efectua prin utilizarea mijloacelor electronice, începând cu anul 2018.

## 7. Concluzii

Cu siguranță, prevederile elaborate de către Guvern, prin intermediul ANAP, reprezintă un efort de armonizare a legislației interne cu cea europeană. Aspectele prezentate sunt doar o scurtă analiză a acestor modificări substanțiale care vor deveni în curând aplicabile în România, cărora li se pot adăuga altele, în ceea ce privește durata concesiunii, modificarea concesiunii cu sau fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, subcontractarea și efectele acesteia asupra concesiunii, controlul ex-ante, modalitățile specifice de încheiere a contractului de concesiune, procedurile de atribuire acceptate, obiectul contractului de concesiune de lucrări sau al contractului de concesiune de servicii și eventuala sa suprapunere cu obiectul concesiunii care se bucură de reglementări speciale.

### Bibliografie:

1. Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP), „Strategia Națională în Domeniul Achizițiilor Publice”, [Online] disponibil la adresa <http://anap.gov.ro/web/strategia-nationala-in-domeniul-achizițiilor-publice/>, accesat în data de 6 mai, 2016.
2. Avram, I., *Contractele de concesiune*, București: Rosetti, 2003.
3. Braconnier, S., „La typologie des contrats publics d'affaires, face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives”, 2014, *Actualité juridique. Droit administratif*, nr. 15, pp. 832-844.
4. Bréchon-Moulens, C. (ed.), *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris: Sirey, 1992.
5. Ciobanu, A.S., *Aspecte juridice privind regimul domeniului public în România și în Franța*, București: Universul Juridic, 2012.
6. CJUE, cauza C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, 10 martie 2011, ECR 2011, I-01335.
7. CJUE, cauza C-285/03, *Coname v. Comune di Cingia de Botti*, 2005, ECR I-07287.
8. CJUE, cauza C-3/88, *Comisia v. Italia*, 2009, ECR I-04035
9. CJUE, cauza C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, 7 decembrie 2008, ECR 2000, p. I-10745.
10. Comisia Europeană, *Green Paper on Public-private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions*, COM(2004)327, Brussels: Commission of the European Communities, 2004.
11. David, S., „Contractul de concesiune”, 1991, *Dreptul*, nr. 9, pp. 45-46.
12. Dinu, C.G., *Contractul de concesiune*, București: C.H. Beck, 2015.
13. Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 134.
14. Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 134.

15. Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 94.
16. Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 94.
17. Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 94.
18. Directiva 93/37/CEE(6) a Consiliului din 14 iunie 1993 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 199.
19. Dragoș, D.C., Neamțu, B. și Hamlin, R.E. (eds.), *Law in Action: Case Studies in Good Governance*, East Lansing, Michigan: Proaction Institute, 2011.
20. Gherghina, S., „Discuții referitoare la contribuția în bunuri a partenerului public la proiectele de parteneriat public-privat potrivit legislației române actuale”, 2012, *Dreptul*, nr. 4, pp. 151-165.
21. Hotărârea Guvernului nr. 71/2007 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în Ordonanța 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, nr. 98 din 8 februarie 2007.
22. Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 392 din 23 mai 2016.
23. Legea nr. 101/2016 privind remedii și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 393 din 23 mai 2016.
24. Legea nr. 178/2010 privind parteneriatului public-privat, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 676 din 5 octombrie 2010.
25. Legea nr. 20/2016 pentru modificarea 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. 171 din 7 martie 2016.
26. Legea nr. 213/1998 privind proprietatea publică și regimul juridic al acesteia, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 448 din 24 noiembrie 1998.
27. Legea nr. 219/1998 privind regimul concesiunilor, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 459 din 5 30 noiembrie 1998.
28. Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 505 din 15 iulie 2011.

29. Legea nr. 51/2006 privind serviciilor comunitare de utilități publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 254 din 21 martie 2006.
30. Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 390 din 23 mai 2016.
31. Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 391 din 23 mai 2016.
32. Ministerul Finanțelor Publice, „Ghid pentru implementarea proiectelor de concesiune de lucrări publice și servicii în România”, 2009, [Online] disponibil la adresa [http://discutii.mfinante.ro/static/10/Mfp/PPP/GHID\\_CONCES\\_PUBLICE.pdf](http://discutii.mfinante.ro/static/10/Mfp/PPP/GHID_CONCES_PUBLICE.pdf), accesat în data de 6 mai, 2016.
33. Ordonanța de urgență nr. 13/2015 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 362 din 26 mai 2015.
34. Ordonanța de urgență 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. 418 din 15 mai 2006.
35. Prescure, T., „Despre regimul juridic al contractului de concesiune în dreptul românesc contemporan”, 2004, *Curentul juridic*, nr. 1-2 (16-17).
36. Tofan Apostol D., „Regimul juridic aplicabil proprietății publice. Implicații în activitatea autorităților administrației publice”, 2012, *Analele Universității București, seria Drept*, nr. 1, pp. 12-31.
37. Tofan Apostol, D., „Le Partenariat public privé”, 2005, *Analele Universității București, Seria Drept*, nr. II, pp. 49-57.
38. Ziegler, J., „The Dangers of Municipal Concession Contracts: A New Vehicle to Improve Accountability and Transparency”, 2011, *Public Contract Law Journal*, vol. 40, nr. 2, pp. 571-595.