

Contractul de concesiune - izvor al dreptului real de concesiune

Lect. univ. dr. Adina Calotă Ponea

Conformément aux dispositions légales spéciales en matière des concessions, la concession se fait par un contrat de concession par lequel une autorité publique transmet pour une période déterminée, à l'autre partie, le droit et l'obligation d'exploitation d'un bien propriété publique à son risque et responsabilité, contre une redevance.

1. Reglementare legală. Dreptul de concesiune este reglementat în primul rând în art. 136 alin. 4 teza a II- a din Constituție care prevede că bunurile proprietate publică pot fi concesionate. Urmare a abrogării Legii nr. 219/1998 privind regimul concesiunilor prin 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 servicii¹, acest ultim act normativ împreună cu O.U.G. nr. 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică reprezintă, în prezent, dreptul comun în materia concesiunilor². Bine înțeles că există și o serie de alte reglementări referitoare la concesiune, cum ar fi cele cuprinse în Legea nr. 213/1998 privind proprietatea publică și regimul juridic³ al acesteia sau în Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale⁴, dar și în alte legi speciale: O.G. nr. 16/2002 privind contractele de parteneriat public – privat⁵, Legea petrolului nr. 238/2004⁶, Legea minelor nr. 85/2003, etc. Conform dispozițiilor legale enunțate mai sus, *concesionarea se face printr-un contract de concesiune prin care o autoritate publică, numită concedent, transmite pentru o perioadă determinată, celeilalte părți, numită concesionar, dreptul și obligația de exploatare a unui bun proprietate publică, pe riscul și pe răspunderea sa, în schimbul unei redevențe.*

2. Părțile contractului de concesiune. Pot fi *concedenți*, astfel cum dispune art. 5 din O.U.G. nr. 54/2006: ministerele sau alte organe de specialitate ale administrației publice centrale, pentru bunuri din domeniul public național; consiliile județene, consiliile locale sau instituțiile publice de interes local, pentru bunurile din domeniul public județean ori local.

Acestora, O.G. nr. 34/2006 le-a mai adăugat, în calitate de autoritate contractantă și (art. 8): oricare organism al statului - autoritate publică sau instituție publică - care acționează la nivel central ori la nivel regional sau local; oricare organism de drept public, altul decât unul dintre cele prevăzute anterior, cu personalitate juridică, care a fost înființat pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial sau industrial și care se află cel puțin în situația de a fi finanțat, în majoritate, de către o autoritate competentă ori se află în subordinea sau controlul unei autorități contractante; orice asocieri formată din una sau mai

¹ Publicată în M. Of. nr. 418/15 mai 2006 și care a intrat în vigoare la data de 30 iunie 2006 aprobată prin Legea nr. 337/2006.

² Publicată în M. Of. nr. 569/30 iunie 2006.

³ Art. 12 din Legea nr. 213/1998 prevede că bunurile proprietate publică pot fi concesionate.

⁴ Art. 125 alin. 1 din Legea nr. 215/2001 dispune că bunurile care fac parte din domeniul public sau privat de interes local sau județean pot fi concesionate.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 94/2 februarie 2004.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 535/15 iunie 2004.

multe autorități contractante; oricare alt subiect de drept care desfășoară una sau mai multe activități în baza unui contract atribuit de o autoritate competentă. *Concesionar* poate fi orice persoană fizică sau juridică, indiferent de cetățenie sau naționalitate. Sunt excluse persoanele juridice de drept public.

3. Obiectul concesiunii. Pot fi concesionate bunurile din domeniul public al statului sau unităților administrativ-teritoriale⁷, fie că sunt bunuri imobile sau bunuri mobile. Dacă se concesionează terenuri, de orice natură, concesionarul are obligația de a înregistra contractul de concesiune în registrul de publicitate imobiliară sau în cartea funciară. Legiuitorul a identificat două categorii de bunuri care pot fi utilizate de concesionar pe perioada executării contractului, și anume: bunurile de retur adică acelea care au făcut obiectul concesiunii precum și cele care au rezultat în urma investițiilor impuse prin caietul de sarcini. Acestea revin, de plin drept, gratuit și libere de orice sarcini concedentului, la momentul încetării contractului; bunurile proprii sunt bunurile concesionarului care fie au fost folosite și epuizate pe durata concesiunii, fie au fost doar utilizate de acesta. Bunurile proprii rămân în proprietatea concesionarului la încetarea concesiunii.

Obiectul concesiunii îl poate constitui atât un bun cât și un serviciu public sau o activitate economică întrucât, de cele mai multe ori bunurile concesionate sunt afectate unor servicii publice sau economice. În astfel de cazuri, distinct de contractul de concesiune a bunului proprietate publică, concesionarul bunului are obligația de a încheia contracte de concesiune având ca obiect prestarea de servicii sau realizarea de lucrări. Acestea vor fi însă guvernate de reglementările cuprinse în O.U.G. nr. 34/2006. Bunurile obținute pe parcursul executării contractului de concesiune vor intra în proprietatea concedentului la momentul încetării concesiunii.

4. Subconcesionarea. Regula instituită de art. 8 este aceea că subconcesionarea este interzisă, excepție făcând situația expres și limitativ prevăzută în art. 59 alin. 5-11 din O. U. G. nr. 54/2006, anume aceea în care concesionarul este o companie națională, o societate națională sau o societate comercială aflată în subordinea concedentului, care a fost înființată prin reorganizarea regiilor autonome și care are ca obiect principal de activitate gestionarea, întreținerea, repararea și dezvoltarea bunurilor proprietate publică. Subconcesionarea este supusă aprobării prin hotărâre de către Guvern, consiliul local, județean sau Consiliul General al Mun. București, în baza unui studiu de oportunitate.

5. Redevența concesiunii. Deși legea nu definește această noțiune, prin redevență se înțelege acea sumă de bani pe care concesionarul o datorează periodic concedentului în schimbul exploatării bunului. Ea reprezintă principala obligație a concesionarului și constituie un element esențial al contractului de concesiune⁸. Altfel spus, redevența este prețul concesiunii și poate fi stabilită ca o cotă parte din profitul obținut de concesionar prin exploatarea bunului concesionat⁹. Modul de calcul dar și cel de plată al redevenței se stabilesc de către ministerele de resort sau de autoritățile administrației publice locale. Redevența obținută din concesiune se face venit la bugetul de stat sau la bugetele locale, după caz(art. 4 alin. 1 și 2 din O.U.G. nr. 54/2006).

⁷ Art. 3 din O.U.G. nr. 54/2006 prevede că " Fac obiectul contractului de concesiune bunurile care sunt proprietate publică a statului sau a unităților administrativ-teritoriale, potrivit Constituției și reglementărilor legale privind proprietatea publică".

⁸ S. Cercel, *Drept civil. Patrimoniul. Posesia. Proprietatea*, Editura Universitaria, 2002, p. 139.

⁹ I. Avram, *Contractele de concesiune*, Editura Rosetti, 2003, p. 97 și urm.

6. Durata contractului de concesiune. Conform dispozițiilor art. 7 din O.U.G. nr. 54/2006, pe baza unui studiu de oportunitate, concedentul este cel care stabilește termenul contractului de concesiune care însă nu va putea depăși 49 de ani începând cu data semnării lui. La expirarea duratei concesiunii, părțile pot conveni, printr-un simplu acord de voință, prelungirea termenului contractului pentru o perioadă egală cu cel mult jumătate din durata sa inițială.

7. Forma contractului de concesiune. Articolul 1 alin. 2 din O.U.G. nr. 54/2006 definește contractul de concesiune ca fiind "acel contract încheiat în formă scrisă...". Din modul de redactare a textului legal rezultă că forma scrisă este necesară *ad validitatem* pentru încheierea valabilă a contractului. Sancțiunea nerespectării acestei condiții de formă atrage inexistența actului care, nu mai poate fi probat prin nici un alt mijloc de probă¹⁰. De altfel, necesitatea formei scrise a contractului de concesiune rezultă și din coroborarea dispozițiilor legale enunțate cu cele cuprinse în art. 58 din același act normativ care prevăd faptul că, redactarea acestuia se va face în limba română, în două exemplare, câte unul pentru fiecare parte. În cazul în care concesionarul este de naționalitate sau cetățenie străină, contractul se va putea încheia în patru exemplare, două în limba română și două într-o altă limbă aleasă de părți.

8. Constituirea dreptului de concesiune și natura sa juridică. Atunci când are ca obiect bunuri aparținând domeniului public, ca și dreptul de administrare, dreptul de concesiune este un drept real principal, derivat din dreptul de proprietate publică care se naște dintr-un contract administrativ și este opozabil tuturor, cu excepția proprietarului. Ceea ce diferențiază contractul de concesiune de actele unilaterale de putere, pe de o parte dar și de contractele civile, pe de altă parte, este structura sa bipartidă: *partea reglementară* care conține clauze obligatorii, de adeziune cum ar fi cele cuprinse în caietul de sarcini și, *partea propriu-zis contractuală* care este guvernată de normele contractuale de drept comun aplicabile contractelor civile¹¹. Tocmai din acest considerent s-a afirmat în doctrină principiul dublei naturi a contractului de concesiune¹². Încercând să identificăm caracterele juridice ale contractului de concesiune, putem conchide că acesta este un contract administrativ, solemn, sinalagmatic, oneros, comutativ, cu executare succesivă și *intuitu personae*.

9. Atribuirea contractului de concesiune. Procedura atribuirii contractului de concesiune de bunuri proprietate publică¹³ este reglementată în capitolul III al O.U.G. nr. 54/2006 care, în art. 14 distinge între două modalități: licitația și negocierea directă. Înainte de a prezenta succint principalele etape ale celor două proceduri, apreciem că se impune precizarea că, la baza încheierii contractului de concesiune se găsesc principiile considerate de către legiuitor (art. 13) a fi determinante în această etapă, și anume: a) transparența – constând în punerea la dispoziție tuturor celor interesați a informațiilor referitoare la

¹⁰ I. Avram, *Contractele de concesiune*, Editura Rosetti, 2003, p. 101.

¹¹ S. Gherghina, A. Sebeni, *Efectele și încetarea contractului de concesiune*, Dreptul nr. 11/1999, p. 10; V. Stoica, *Drept civil. Drepturi reale*, vol. I, Editura Humanitas, București, 2005, p. 450; I. Avram, op. cit., p. 24.

¹² J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, 17 edition, Sirey, Paris, 1996, p. 258.

¹³ Considerăm necesar a repeta distincția ce trebuie făcută între atribuirea contractului de concesiune de bunuri, reglementată de O.U.G. nr. 54/2006 și atribuirea contractului de concesiune de lucrări sau servicii, reglementată de O.U.G. nr. 34/2006.

aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de concesiune; b) tratamentul egal – reprezentând aplicarea, într-o manieră nediscriminatorie, de către autoritatea publică, a criteriilor de atribuire a contractului de concesiune; c) proporționalitatea – presupune că orice măsură stabilită de autoritatea publică trebuie să fie necesară și corespunzătoare naturii contractului; d) nediscriminarea – se realizează prin aplicarea de către autoritatea publică a aceluiași reguli, indiferent de naționalitatea participanților la procedura de atribuire a contractului de concesiune, cu respectarea condițiilor prevăzute în acordurile și convențiile la care România este parte; e) libera concurență – constând în asigurarea de către autoritatea publică a condițiilor pentru ca orice participant la procedura de atribuire să aibă dreptul de a deveni concesionar în condițiile legii, ale convențiilor și acordurilor internaționale la care România este parte.

Anterior etapei atribuirii contractului de concesiune, conform dispozițiilor legale, trebuie parcursă o procedură prealabilă administrativă de inițiere a concesiunii, procedură demarată de concedent sau ca urmare a unei propuneri însușită de acesta. În oricare dintre situații concedentul va realiza un studiu de oportunitate, al cărui conținut este stabilit de art. 10 din O.U.G. nr. 54/2006 și care, în măsura în care este aprobat prin hotărâre a Guvernului, a consiliilor locale, județene sau al Consiliului General al Municipiului București, va sta la baza elaborării caietului de sarcini al concesiunii. Deși dispozițiile O.U.G. nr. 54/2006 stabilesc ca modalitate de atribuire a concesiunii și negocierea directă, licitația publică constituie totuși principalul procedeu de concesionare, fiind impus și de prevederile art. 15 din Legea nr. 213/1998 și art. 125 din Legea nr. 215/2001.

Licitarea este inițiată de concedent prin anunțul de licitație, care se trimite spre publicare în Monitorul Oficial sau într-un cotidian de circulație națională sau locală, cu cel puțin 20 de zile calendaristice înainte de data limită pentru depunerea ofertelor. Dacă, urmare a anunțului de licitație, sunt depuse cel puțin 3 oferte valabile, procedura licitației poate continua cu evaluarea acestora. În caz contrar, concedentul este obligat să anuleze procedura și să organizeze o nouă licitație.

Dacă însă, și după repetarea procedurii de licitație nu au fost depuse cel puțin 3 oferte valabile, concedentul are dreptul de a aplica procedura de negociere directă. În cadrul negocierii directe, așa cum de altfel o arată și denumirea, concedentul negociază cu ofertanții clauzele contractuale, inclusiv redevența.

Conform dispozițiilor legale, principalul criteriu de atribuire a contractului de concesiune îl reprezintă cel mai mare nivel al redevenței. Dacă însă acest criteriu este insuficient pentru departajarea ofertanților se poate recurge la o serie de alte aspecte în măsură să determine cea mai avantajoasă ofertă, și anume: capacitatea economico - financiară, protecția mediului înconjurător, condiții specifice impuse de natura bunului concesionat, etc.

10. Apărarea concesiunii. Întrucât raporturile dintre concesionar și concedent sunt de subordonare, acesta din urmă poate modifica unilateral unele clauze ale contractului de concesiune sau poate să retragă dreptul de concesiune prin denunțare unilaterală a contractului. Dacă însă atitudinea concedentului îmbracă aspecte abuzive, concesionarul va putea recurge la mijloace juridice de protecție de natură administrativă. În cazul în care concesiunea are ca obiect bunuri proprietate publică, litigiile apărute în legătură cu contractul de concesiune se soluționează în procedura reglementată de Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, fiind în competența Tribunalului, ca instanță de fond. Aceeași procedură va fi urmată și în cazul în care litigiul vizează acordarea de despăgubiri.

Dacă însă contractul are ca obiect concesionarea de lucrări publice sau de servicii publice, soluționarea litigiilor este reglementată de O.U.G. nr. 34/2006, în capitolul IX. Conform dispozițiilor legale cuprinse în acest act normativ, procedura judiciară în fața instanței este precedată de o procedură prealabilă jurisdicțională dată în competența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, organism cu activitate administrativ – jurisdicțională care funcționează pe lângă Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice. Deciziile pronunțate de C.N.S.C. pot fi atacate cu plângere la curtea de apel care va soluționa cauza printr-o hotărâre definitivă și irevocabilă.

11. Încetarea contractului de concesiune. Contractul de concesiune poate înceta, în condițiile legii¹⁴, astfel: la împlinirea termenului stabilit în contract; prin denunțare unilaterală de către concedent, atunci când este impusă de interesul național sau local dar cu plata unei juste și prealabile despăgubiri. Dezacordul părților cu privire la cuantumul despăgubirilor poate fi tranșat de instanța de judecată; prin reziliere unilaterală de către concedent sau, după caz de către concesionar, în cazul neîndeplinirii obligațiilor contractuale. Partea în culpă va fi obligată și la plata unei despăgubiri; prin renunțarea concesionarului la concesiune datorită imposibilității acestuia de a exploata bunul, dintr-o cauză de forță majoră; prin dispariția sau pierirea bunului concesionat dintr-o cauză de forță majoră.

La încetarea concesiunii, concesionarul este obligat să restituie concedentului bunurile care au făcut obiectul concesiunii dar și pe cele care au rezultat din investițiile impuse prin caietul de sarcini, la încheierea contractului. Dacă unele dintre bunurile concesionate au fost distruse total sau parțial, din culpa concesionarului, acesta va fi obligat la despăgubiri.

¹⁴ Art. 57 din O.U.G. nr. 54/2006.