

Evoluția legislativă în materia parteneriatului public-privat în România

În România, principalele acte normative prin care se conferea posibilitatea derulării unor proiecte publice cu participare privată au fost Legea nr. 219/1998 privind regimul concesiunilor și O.U.G. nr. 60/2001 privind achizițiile publice, dar primul act normativ care a reglementat regimul juridic al contractelor de parteneriat public-privat după intrarea în vigoare a Constituției din anul 1991 a fost O.G. nr. 16/2002 privind contractele de parteneriat public-privat aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 470/2002, fiind supusă apoi mai multor modificări și completări.

Până la adoptarea acestui act normativ, principalele modalități de eficientizare din punct de vedere economic a bunurilor din domeniul public de către autoritățile publice competente erau concesiunile și închirierile¹. Dar odată cu integrarea României în Uniunea Europeană, prin angajamentele asumate în cadrul negocierilor, România s-a angajat să armonizeze cadrul legislativ intern cu legislația comunitară în domeniul achizițiilor publice și al concesiunilor, sens în care a fost adoptată 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 servicii², prin care vechea reglementare a parteneriatului public-privat, respectiv O.G. nr. 16/2002 privind contractele de parteneriat public-privat, Legea nr. 219/1998 privind regimul juridic al concesiunilor și O.U.G. nr. 60/2001 privind achizițiile publice au fost abrogate expres.

Privitor la abrogarea O.G. nr. 16/2002 odată cu intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 34/2006, care transpune în legislația românească patru directive cu privire la contractele publice, în literatura de specialitate³ s-a arătat în mod justificat faptul că, dată fiind importanța parteneriatului între mediul public și cel privat, O.G. nr. 16/2002 nu trebuia abrogată, ci s-ar fi impus punerea ei de acord cu prevederile directivelor, după cum s-a procedat în Franța, care, spre deosebire de România, a armonizat legislația contractelor publice cu directivele europene, fără a fi abrogată Ordonanța nr. 554 din 17 iunie 2004⁴.

După aproximativ 4 ani de la intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 34/2006, prin care vechea reglementare a parteneriatului public-privat, respectiv O.G. nr. 16/2002 privind contractele de parteneriat public-privat, și celelalte acte normative mai sus precizate au fost abrogate expres, luând în considerare faptul că, la acel moment, legislația în materia concesiunilor era neclară, precisă și confuză, ceea ce constituia un impediment în derularea unor proiecte de parteneriat public-privat, Parlamentul României a adoptat Legea nr. 178/2010⁵ a parteneriatului public-privat, care a intrat în vigoare în termen de 30 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, respectiv de la data de 5 noiembrie 2010, al cărui scop este reglementarea inițierii și realizării de proiecte de parteneriat public-privat pentru lucrări publice în diverse sectoare de activitate, cu finanțări private.

Dar, din nefericire, nici acest act normativ nu și-a atins scopul propus, întrucât în perioada cât a fost în vigoare nu s-a încheiat niciun proiect de parteneriat public-privat, ceea ce s-a datorat faptului că, în dezacord cu normele de tehnică legislativă instituite de Legea

¹ A se vedea I. Avram, *Contractul de parteneriat public-privat*, în *Dreptul* nr. 10/2004, p. 111 și urm., I. Avram, *Contractele de concesiune*, Ed. Rosseti, București, 2002, *passim*.

² O.U.G. nr. 34/2006 a fost publicată în M. Of. nr. 418 din 15 mai 2006 și a intrat în vigoare la data de 30 iunie 2006, fiind aprobată cu modificări prin Legea nr. 337/2006, publicată în M. Of. nr. 625 din 20 iulie 2006.

³ C.S. Săraru, *Contractele administrative. Reglementare. Doctrină. Jurisprudență*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 362.

⁴ Publicată în *Jurnalul Oficial* nr. 141 din 19 iunie 2004.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 676 din 5 octombrie 2010.

nr. 24/2000 republicată, această lege, pe lângă faptul că institua un paralelism legislativ, în sensul că se aplica doar atunci când nu se aplica legislația concesiunilor și a achizițiilor publice, conținea reglementări care erau rigide și neclar formulate.

După adoptarea Legii nr. 178/2010 a parteneriatului public-privat și a Normelor metodologice de aplicarea acesteia, ținând seama de faptul că Direcția Generală Piață Internă și Serviciile a Comisiei Europene (DG Markt) a atras atenția autorităților române că Legea parteneriatului public-privat nr. 178/2010 este în contradicție cu normele Uniunii Europene privind contractele publice, iar începând cu data de 2 februarie 2011 România a fost notificată în UE Pilot cu privire la acest aspect, precum și de precizările și recomandările Comisiei Europene, a fost adoptată O.U.G. nr. 39/2011 pentru modificarea și completarea Legii parteneriatului public-privat nr. 178/2010¹, aprobată prin Legea nr. 205/2015², după care Legea parteneriatului public-privat a fost din nou modificată și completată prin O.U.G. nr. 86/2011³, aprobată prin Legea nr. 206/2015.

În același context al angajamentelor asumate în cadrul negocierilor de aderare la Uniunea Europeană, prin care România s-a angajat să armonizeze cadrul legislativ intern și instituțional pentru dezvoltarea de proiecte de investiții în regim de parteneriat public-privat, respectiv pentru coordonarea și monitorizarea centralizată a derulării proiectelor de parteneriat public-privat, a fost înființată prin H.G. nr. 208/2005 privind organizarea și funcționarea Ministerului Finanțelor Publice și a Agenției Naționale pentru Administrare Fiscală Unitatea centrală pentru coordonarea parteneriatului public-privat, reorganizată potrivit H.G. nr. 34/2009 privind organizarea și funcționarea Ministerului Finanțelor Publice. Această unitate centrală avea rol de instituție centrală în domeniul proiectelor de parteneriat public-privat și totodată, drept atribuție principală, pe aceea de îndrumare și monitorizare a partenerilor publici și investitorilor privați interesați în derularea unor proiecte de parteneriat public-privat.

După adoptarea O.U.G. nr. 11/2014 privind adoptarea unor măsuri de reorganizare la nivelul administrației publice centrale și pentru modificarea și completarea unor acte normative, aprobată prin Legea nr. 145/2015, Departamentul pentru Proiecte de Infrastructură și Investiții Străine, organ de specialitate cu personalitate juridică în cadrul aparatului de lucru al Guvernului, înființat prin O.U.G. nr. 96/2012 privind stabilirea unor măsuri de reorganizare în cadrul administrației publice centrale și pentru modificarea unor acte normative, își schimbă denumirea în Departamentul pentru Proiecte de Infrastructură, Investiții Străine, Parteneriat Public-Privat și Promovarea Exporturilor.

Prin Legea nr. 174/2015 pentru aprobarea O.U.G. nr. 86/2014 privind stabilirea unor măsuri de reorganizare la nivelul administrației publice centrale și pentru modificarea și completarea unor acte normative⁴ modificându-se art. 16 din O.U.G. nr. 96/2012, în tradiția legiuitorului român a fost din nou schimbată denumirea acestui departament, statuându-se că în cadrul aparatului de lucru al Guvernului funcționează Departamentul pentru Investiții Străine și Parteneriat Public-Privat, organ de specialitate cu personalitate juridică, finanțat din bugetul Secretariatului General al Guvernului, cu atribuții în coordonarea, monitorizarea și aplicarea politicii Guvernului la nivel național în domeniul promovării, marketingului, atragerii și implementării investițiilor străine directe și în domeniul parteneriatului public-privat, exercitând funcțiile de strategie, reglementare, reprezentare și autoritate de stat în domeniile de activitate.

¹ Publicată în M. Of. nr. 284 din 21 aprilie 2011.

² Publicată în M. Of. nr. 546 din 22 iulie 2015.

³ Publicată în M. Of. nr. 729 din 17 octombrie 2011

⁴ Publicată în M. Of. nr. 475 din 30 iunie 2015.

Acest Departament pentru Investiții Străine și Parteneriat Public-Privat a subzistat până la finele anului 2016, când prin O.U.G. nr. 11/2016 privind stabilirea unor măsuri de reorganizare la nivelul administrației publice centrale, acesta a fost reorganizat prin divizare totală, iar activitățile privind parteneriatul public-privat au fost preluate din nou de către Ministerul Finanțelor Publice.

De asemenea, a fost adoptat un nou proiect al Legii privind parteneriatul public-privat trimis spre reexaminare Parlamentului României, urmând ca, după adoptarea acestui Proiect de lege de către Parlamentul acesta să facă obiectul unei sesizări de neconstituționalitate, *a priori*, cu referire la art. 38 alin. (1) și art. 42, Curtea Constituțională soluționând obiecția de neconstituționalitate prin Decizia nr. 390/2014¹ în sensul admiterii în parte, declarând neconstituționale prevederile art. 38 alin. (1) și constatând că dispozițiile art. 42 din Lege sunt constituționale.

¹ Publicată în M. Of. nr. 532 din 17 iulie 2014.

*Necesitatea adoptării unei noi legi a parteneriatului public-privat în România. Reglementarea noului cadru normativ în materia parteneriatului public-privat în acord cu noul cadru normativ unional din anul 2014.
Mecanismul parteneriatului public-privat în contextul noului cadru normativ instituit de O.U.G. nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat*

Secțiunea 1. Necesitatea adoptării unei noi legi a parteneriatului public-privat în România. Reglementarea noului cadru normativ în materia parteneriatului public-privat în acord cu noul cadru normativ unional din anul 2014

Una dintre modalitățile cele mai eficiente pentru realizarea unor proiecte de interes public, în contextul principiului liberei circulații a capitalurilor, instituit prin Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, o constituie cooperarea dintre sectorul public și cel privat, context în care parteneriatul public-privat a revenit și în atenția legiuitorului român.

Contractul de parteneriat public-privat¹, în dreptul românesc, reprezintă una dintre modalitățile de gestiune eficientă a bunurilor publice sau private aparținând statului sau unităților administrativ-teritoriale, care satisface pentru aceste entități o anumită necesitate, având drept obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii.

Sunt relevante, de asemenea, sub aspectul realizării administrației de către persoanele de drept privat în materia contractelor administrative, cele statuate în literatura juridică franceză: „Administrația nu mai este doar în administrație: acțiunea administrativă a ieșit în sfârșit din cadrul persoanelor publice propriu-zise și dincolo 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. Trebuie notat și faptul că aceste servicii pot să fie exploatate fie în regie (regii municipale de apă), fie prin stabilimente publice cu caracter industrial sau comercial, fie prin societăți private concesionare (concesiuni de transporturi urbane sau autostrăzi). Diferența este considerabilă cu gestiunea privată în serviciile publice, întrucât acestea nu mai sunt acte sau activități izolate care încetează să acopere un caracter exorbitant, ci activități globale”².

¹ Pentru studiul acestui tip de contract, după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 34/2006 și înainte de intrarea în vigoare a Legii parteneriatului public-privat nr. 178/2010, v. R.N. Petrescu, *Impactul adoptării Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 asupra contractului de parteneriat public-privat*, în RDP nr. 1/2007, pp. 96-104; O. Puie, *Contractul de parteneriat public-privat în contextul legislației actuale. Aspecte de drept comparat*, în RDC nr. 12/2006, pp. 54-74; I. Nicola, *Considerații cu privire la 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*, în RDP nr. 1/2007, pp. 105-115; M. Richevaux, *Un exemple de contrat de partenariat université publique entreprise privées: Le contrat de professionnalisation*, în RDP nr. 4/2006, pp. 22-32; J-M. Wailly, *Le partenariat du droit privé et du droit public français pour la protection de la santé au travail contre les atteintes à l'environnement*, în RDP nr. 4/2006, pp. 32-39; I. Lazăr, *Contractul administrativ în activitatea administrației publice*, în Revista Transilvană de Științe Administrative nr. 1 (25)/2010, p. 109, prin care autorul arată că o importanță deosebită în cadrul parteneriatului public-privat îl reprezintă contractul de concesiune de bunuri publice.

² J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, Éd. Dalloz, Paris, 1996, pp. 103-105.

Contractele de parteneriat public-privat sunt definite în dreptul francez, prin art. 1 din Ordonanța nr. 554 din 17 iunie 2004¹, ca fiind contractele administrative prin care statul sau un stabiliment public conferă unui terț, pentru o perioadă determinată în funcție de durata amortizării investițiilor sau de modalitățile de finanțare reținute, o misiune globală referitoare la finanțarea investițiilor, lucrărilor sau echipamentelor necesare unui serviciu public, la construcția sau transformarea lucrărilor sau echipamentelor, de asemenea, cu privire la întreținerea, exploatarea și gestiunea lor, și, dacă este cazul, alte prestații de servicii contribuind la exercitarea, de către persoana publică, a misiunii de serviciu public cu care a fost însărcinată. Co-contractantul va fi remunerat de către persoana publică pe toată durata contractului. Co-contractantul va fi selecționat prin procedura apelului de ofertă.

Interesul legiuitorului francez pentru acest tip de parteneriat se reflectă și într-un alt act normativ, respectiv, Circulara din 29 noiembrie 2005 referitoare la contractele de parteneriat ce interesează colectivitățile teritoriale², potrivit căreia contractul de parteneriat este primul mecanism simplu și de aplicație globală care permite oricărei administrații și, în particular, colectivităților teritoriale să ia decizii cu privire la investițiile publice în acord cu interesele cetățenilor.

Pe cale de consecință, în dreptul francez și în doctrina juridică franceză, contractul de parteneriat public-privat este un contract public fondat pe tehnici de finanțare specifice sectorului privat și pe o împărțire optimizată a riscurilor, această nouă generație de contracte fiind strâns legată de noul management public, care promovează gestionarea prin performanță³.

În ceea ce privește actualitatea acestui tip de contract pentru administrația românească, după cum s-a arătat în literatura de specialitate⁴, contractul de parteneriat public-privat nu trebuie perceput numai sau, în principal, ca un instrument de finanțare, ci ca o formă a deciziei politice care introduce concepții novatoare în sfera administrației și deschide noi posibilități colectivităților locale pentru a satisface mai bine nevoile celor administrați.

Pe de altă parte, după cum s-a remarcat în literatura de specialitate, parteneriatele publice-privat nu sunt modalități de gestiune care vizează externalizarea datoriei persoanelor publice sau favorizarea unei mai bune prezentări a bilanțurilor lor, chiar dacă în realitatea contabilă și financiară parteneriatele pot permite favorizarea investițiilor publice prin recurgerea la fonduri private și limitarea impactului direct și imediat al investițiilor asupra contabilității publice⁵.

Necesitatea adoptării unui cadru normativ în materia parteneriatului public-privat a fost impusă odată cu adoptarea Directivei 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune⁶ și de la necesitatea

¹ Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 141 din 19 iunie 2004.

² Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. 291 din 15 decembrie 2005; v. R.N. Petrescu, *Impactul adoptării...*, loc. cit., p. 100; C.S. Săraru, *Contractele administrative...*, op. cit., p. 363.

³ A se vedea M. Stancu-Țipișcă, *Persoanele juridice de drept public*, ed. a 2-a, Ed. C. H. Beck, București, 2007, p. 254 și nota 2, p. 247.

⁴ A se vedea R.N. Petrescu, *Impactul adoptării...*, loc. cit., pp. 100-101.

⁵ A se vedea A.-M. Mihălcescu, *Contractul de parteneriat public-privat în dreptul românesc și comparat*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 303.

⁶ Publicată în JOUE L94 din 28 martie 2014. Prin Regulamentul delegat (UE) 2015/2172 al Comisiei din 24 noiembrie 2015 de modificare a Directivei 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului în ceea ce privește pragurile de aplicare pentru procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (publicat în JOUE seria L 307/9 din 25 noiembrie 2015), în vigoare de la data de 1 ianuarie 2016, au fost modificate pragurile valorice prevăzute la art. 8 alin. (1) din Directiva 2014/23/UE, care în urma modificării prevăd că valoarea concesiunilor de 5.186.000 EUR se înlocuiește cu valoarea concesiunilor de cel puțin 5.225.000 EUR. Regulamentul delegat (UE) 2015/2172 prevede că acesta este obligatoriu în toate elementele sale și se aplică direct în statele membre.

transpunerii în dreptul nostru intern a acestei directive, sens în care a fost adoptată H.G. nr. 901/2015 privind Strategia națională în domeniul achizițiilor publice¹, care statuează că este necesar a se elabora de către autoritatea legiuitoare trei legi separate privind achizițiile în sectorul clasic, utilitățile, concesiunile și parteneriatul public-privat, precum și o lege separată privind remediile și căile de atac.

Prevederile Directivei 2014/23/UE mai sus citate au fost transpuse în dreptul nostru intern prin Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii², odată cu intrarea în vigoare acestei legi fiind abrogată expres Legea nr. 178/2010 a parteneriatului public-privat³, lăsând astfel să se înțeleagă că noua lege a concesiunilor a lăsat deschisă și calea parteneriatelor publice-private, ceea ce rezultă, în opinia noastră, din conținutul art. 39 din Legea nr. 100/2016, prin care se statuează că „orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau de candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, potrivit prevederilor prezentei legi”.

Se constată, de asemenea, după cum s-a remarcat în literatura de specialitate, o tendință de globalizare a dreptului parteneriatului public-privat, context în care UNCITRAL a pus la punct un ghid legislativ despre proiectele de infrastructură cu finanțare privată, adică despre proiectele BOT (*built, operate, transfer*) și proiectele care țin de ele, fiind vorba de linii directoare în atenția statelor care doresc să elaboreze sau să își modernizeze legislația aplicabilă acestor proiecte⁴. Există, de asemenea, la nivelul UNCITRAL o lege standard/tip cu privire la atribuirea contractelor de achiziții publice de bunuri, muncă și servicii.

Totodată, se constată la nivel internațional o tendință crescândă de implicare a unor instituții financiare europene [Banca Europeană de Investiții (BEI); Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare (BERD); Fondul Monetar Internațional (FMI) și Banca Mondială; Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE)] în finanțarea unor proiecte de anvergură realizate pe calea parteneriatului public-privat, precum și în ceea ce privește întărirea reglementărilor statelor cu privire la achizițiile publice⁵.

Astfel, în ceea ce privește BERD, această instituție financiară europeană manifestă o preocupare constantă referitoare la modalitatea de reglementare a mecanismului parteneriatului public-privat, criticând în special statele în tranziție pentru neadoptarea unor legi mai favorabile parteneriatului public-privat și care nu se conformează standardelor referitoare la

¹ Publicată în M. Of. nr. 881 din 25 noiembrie 2015.

² Publicată în M. Of. nr. 392 din 23 mai 2016. Legea nr. 100/2016 a fost modificată și completată prin O.U.G. nr. 107/2017 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul achizițiilor publice (publicată în M. Of. nr. 1022 din 22 decembrie 2017).

³ Publicată în M. Of. nr. 676 din 5 octombrie 2010, cu modificările și completările ulterioare. Pentru studiul acestui tip de contract, după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 34/2006, și înainte de intrarea în vigoare a Legii parteneriatului public-privat nr. 178/2010, v. R.N. Petrescu, *Impactul adoptării...*, loc. cit., pp. 96-104; O. Puie, *Contractul de parteneriat public-privat în contextul legislației actuale. Aspecte de drept comparat*, în RDC nr. 12/2006, pp. 54-74; I. Nicola, *Considerații cu privire la 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*, în RDP nr. 1/2007, pp. 105-115; M. Richevaux, *Un exemple de contract de partenariat université publique entreprise privées: Le contract de professionnalisation*, în RDP nr. 4/2006, pp. 22-32; J.-M. Wailly, *Le partenariat du droit privé et du droit public français pour la protection de la santé au travail contre les atteintes à l'environnement*, în RDP nr. 4/2006, p. 32-39; I. Lazăr, *Contractul administrativ în activitatea administrației publice*, în Revista Transilvană de Științe Administrative nr. 1/2010, p. 109.

⁴ A se vedea A.-M. Mihălcescu, *Contractul de parteneriat public-privat în dreptul românesc și comparat*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 289, și *infra*, notele 5 și 6, p. 289.

⁵ Vezi, pentru analiza acestei problematici: M.A. Rațiu, S. Gherghina, *Legea parteneriatului public-privat. Comentarii și adnotări*, Ed. Monitorul Oficial, București, 2011, pp. 59-61; A.-M. Mihălcescu, *op. cit.*, pp. 290-291.

concesiuni, standarde care impun la nivel comunitar, între altele: a) evitarea includerii în legislația specifică a unui contract-cadru ca model; b) posibilitatea recurgerii la arbitrajul internațional pentru soluționarea eventualelor litigii care ar rezulta din semnarea și/sau executarea contractului; c) posibilitatea apelării la garanții guvernamentale aferente unor contracte de parteneriat public-privat¹.

La rândul său, BEI, considerată constant în documentele Comisiei Europene drept o instituție financiară poziționată în avangarda eforturilor Uniunii Europene de finanțare a inovației și întreprinderilor private², s-a implicat constant în studiul fenomenului de parteneriat public-privat, dar, în calitatea sa de instituție de împrumut pe termen lung a Uniunii Europene, s-a implicat și în acordarea de finanțări în acest sector și, cu precădere, în domeniul infrastructurii de transport. La nivelul OCDE a fost instituit, în anul 1990, Comitetul de gestiune publică și servicii de gestiune publică, ale cărui obiective au fost acelea de a furniza informații, analize ale evaluărilor și ale recomandărilor cu privire la gestiunea publică, de a favoriza schimbul de informații asupra practicilor optime și de a elabora rapoarte asupra problemelor de actualitate și a evoluției lor.

Drept urmare, și în acord cu normele unionale mai sus citate și cu Strategia de implementare a directivelor unionale din anul 2014, a fost adoptată o nouă lege a parteneriatului public-privat, respectiv Legea nr. 233/2016 privind parteneriatul public-privat³, modificată și completată prin O.U.G. nr. 104/2017⁴, fiind astfel reglementat printr-un nou act normativ special, un contract atât de uzitat și la „modă”, respectiv, contractul de parteneriat public-privat.

Din nefericire, și acest act normativ, într-un mod cu totul inexplicabil, după ce Legea nr. 233/2016 a fost substanțial modificată prin O.U.G. nr. 104/2017, a fost abrogat, fiind adoptată O.U.G. nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat⁵, dar care nu mai prevede că vor fi emise Norme metodologice de aplicare și termenul în care aceste Norme ar trebui să fie emise în aplicarea noului cadru normativ.

Necesitatea adoptării unui nou cadru normativ în materia parteneriatului public-privat s-a impus cu acuitate, întrucât, vechiul act normativ (Legea nr. 178/2010 abrogată), în ciuda numeroaselor sale modificări, nu a fost adaptat la noile realități economice și sociale și la bunele practici statornicite la nivel european de Cartea verde privind parteneriatul public-privat și dreptul comunitar în domeniul contractelor de achiziții publice și al concesiunilor.

Totodată, după cum am precizat, vechea reglementare institua un paralelism cu reglementările din materia concesiunilor, iar, pe de altă parte, institua limitări care generau un obstacol în derularea proiectelor de parteneriat public-privat, precum: era reglementat doar parteneriatul public-privat instituțional derulat prin intermediul companiei de proiect, având ca parteneri partenerul public și partenerul privat, drept consecință, neexistând posibilitatea derulării proiectului prin intermediul unei companii de proiect constituită exclusiv de către partenerul privat, care face obiectul noii reglementări în cazul parteneriatului public-privat contractual; contribuția partenerului public era limitată la aport în natură exclusiv sub forma unui bun proprietate privată. Ceea ce constituie element comun al celor două reglementări este faptul că și în contextul noii reglementări, compania de proiect (societatea de proiect conform noii reglementări) se poate constitui doar sub forma unei societăți pe acțiuni, în condițiile Legii nr. 31/1990 a societăților.

Sub acest aspect, se constată faptul că Legea nr. 233/2016 (abrogată prin O.U.G. nr. 39/2018), intrată în vigoare la data de 25 decembrie 2016 și încetându-și aplicabilitatea la

¹ M.A. Rațiu, S. Gherghina, *op. cit.*, pp. 59-60.

² *Ibidem*, p. 60.

³ Publicată în M. Of. nr. 954 din 25 noiembrie 2016.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 1037 din 28 decembrie 2017.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 427 din 18 mai 2018.

data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 39/2018 a prevăzut, potrivit art. 45, un termen de 90 de zile de la data intrării în vigoare a acestei legi, în care Ministerul Finanțelor Publice trebuia să elaboreze normele metodologice de aplicare a acestei legi, însă acestea nu au fost elaborate nici până în prezent.

În acest context, după cum se afirmă și în literatura de specialitate, motivul, aparent ilar, dar foarte pertinent la o analiză mai atentă, îl identificăm tot în instrumentul de prezentare și motivare a O.U.G. nr. 104/2017: legea adoptată în anul 2016 era, practic, inaplicabilă, nefiind corelată nici cu legislația națională care reglementează domeniul achizițiilor publice și nici cu legislația europeană în domeniu, motiv pentru care, Guvernul a preferat să nu aplice Legea nr. 233/2016 și nici să elaboreze norme de aplicare înainte de a o modifica în mod substanțial¹.

Totodată, putem constata faptul că prin O.U.G. nr. 104/2017 (abrogată odată cu intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 39/2018), din cele 46 de articole ale Legii nr. 233/2016, prin O.U.G. nr. 104/2017 au fost modificate și completate 36 de articole, motiv pentru care, în considerarea nefericită a incapacității legiuitorului român de a adopta acte normative în concordanță cu legislația Uniunii Europene, era necesar ca din nou Legea nr. 233/2016 să fie abrogată, iar O.U.G. nr. 104/2017 să constituie un act normativ distinct care să reglementeze materia parteneriatului public-privat.

Pornind de la acest șir interminabil de modificări și completări ale actelor normative din materia parteneriatului public-privat, urmate apoi de abrogarea acestor acte normative, în loc ca legiuitorul să procedeze la supunerea spre aprobare a O.U.G. nr. 104/2017 prin care puteau fi aduse modificări și completări ale Legii nr. 233/2016, a preferat să abroge și Legea nr. 233/2016, adoptând O.U.G. nr. 39/2018, act normativ, care, în opinia noastră este lipsit de claritate, concizie și previzibilitate, ceea ce va genera de asemenea o piedică în realizarea de investiții pe calea parteneriatului public-privat.

În motivarea urgenței adoptării O.U.G. nr. 39/2018 se arată că adoptarea acestui nou act normativ are la bază Programul de guvernare, perioada 2018-2020 aprobat prin hotărârea Parlamentului României nr. 1/2018 privind acordarea încrederii Guvernului, în care se va pune accent pe creșterea investițiilor, atât cele finanțate din buget sau prin accelerarea absorbției de fonduri europene, cât și prin stimularea investițiilor private, care se propune a se realiza prin două modalități intersectoriale și cu implicarea activă a statului, respectiv prin amplificarea proiectelor în parteneriat public-privat și prin ajutoare de stat acordate de Guvern.

După cum se arată în Nota de fundamentare a O.U.G. nr. 39/2018, modificările au urmărit în principal să clarifice anumite aspecte pentru a se asigura că pregătirea proiectelor se va realiza în mod riguros, cu respectarea bunelor practici statuate în principal de European PPP Expertise Centre, organism constituit în anul 2008 de Comisia Europeană și Banca Europeană de Investiții cu scopul de a acorda sprijin sectorului public din statele membre ale UE și altor state în vederea implementării cu succes a proiectelor de parteneriat public-privat. Evident că, așa cum se precizează în Nota de fundamentare a O.U.G. nr. 39/2018, implementarea proiectelor de investiții publice în parteneriat public-privat trebuie realizată în corelație cu direcțiile strategice de dezvoltare și cu programarea de ansamblu a politicilor publice, sens în care a fost întărită capacitatea instituțională a Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză, care a dobândit, potrivit noului cadru normativ adoptat, competențe și în legătură cu pregătirea și atribuirea proiectelor strategice de investiții ale administrației publice centrale care se implementează în parteneriat public-privat.

Constatăm așadar, și, totodată, să ni se ierte ironia, că pentru fiecare Program de guvernare se emite un nou act normativ în materia parteneriatului public-privat.

¹ A se vedea I. Alexe, D-Mihail Șandru, *Considerații privind modificările aduse în anul 2017 legislației achizițiilor publice în România*, în *Legislația achizițiilor publice în România*, I. Alexe, D-Mihail Șandru (eds.), Ed. Universitară, București, 2018, p. 29.

Necesitatea modificării și completării Legii parteneriatului public-privat nr. 233/2016 prin O.U.G. nr. 104/2017 și apoi, după abrogarea Legii nr. 233/2016, adoptarea O.U.G. nr. 39/2018, au fost impuse de cerința corelării legislației din materia parteneriatului public-privat cu legislația care reglementează modalitatea de atribuire a contractelor de achiziții publice, inexistentă și după adoptarea O.U.G. nr. 104/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 233/2016, lipsa unei astfel de corelări făcând obiectul unor critici vehemente aduse vechii reglementări, precum și din necesitatea corelării cadrului legislativ cu legislația națională și europeană referitoare la datoria publică și deficit.

Astfel, cele mai importante modificări aduse Legii nr. 233/2016 (abrogată) prin O.U.G. nr. 104/2017(abrogată) au vizat aspecte de procedură, precum: etapele necesar a fi parcurse pentru încheierea unui contract de parteneriat public-privat; autoritățile care aprobă proiectele administrației publice centrale sau locale; definirea termenilor de partener public și studiu de fundamentare, în scopul protejării interesului public, obligațiile părților, conținutul și executarea contractului de parteneriat public-privat, instituirea garanțiilor etc.

De asemenea, în acord cu legislația din materia achizițiilor publice, au fost introduse trei articole în cuprinsul vechiului act normativ (Legea nr. 233/2016 abrogată), prin care se institua un regim sancționator contravențional pentru nerespectarea prevederilor legii. Din nefericire, noul cadru normativ instituit de O.U.G. nr. 39/2018 nu mai conține reglementări privitoare la regimul sancționator contravențional pentru nerespectarea prevederilor O.U.G. nr. 39/2018. Pe cale de consecință, regimul sancționator contravențional în materia parteneriatului public-privat va fi supus dispozițiilor legale instituite de legislația specială din materia achizițiilor publice care reglementează răspunderea contravențională în acest domeniu.

Printre modificările de esență aduse prin O.U.G. nr. 39/2018 se numără cele referitoare la definirea obiectului parteneriatului public-privat, care, spre deosebire de prevederile vechiului act normativ (Legea nr. 233/2016 abrogată) care defineau contrar scopului și obiectul parteneriatului public-privat noțiunea de „bun” prin raportare la prevederile art. 537-538 C. civ., nu mai definesc noțiunea de bun prin care raportare la prevederile Codului civil, care, după cum este bine știut, reglementează raporturi juridice din sfera dreptului privat.

O altă modificare care va contribui la deblocarea derulării unor investiții pe calea parteneriatului public-privat vizează mecanismul finanțării proiectului de parteneriat public-privat, care, spre deosebire de vechea reglementare care condiționa participarea investitorului privat cu o finanțare la realizarea investiției reprezentând peste 50 de procente, nu mai precizează procentul de finanțare a investiției de către investitorul privat, ceea ce va avea efect benefic în derularea proiectelor de parteneriat public-privat care vor putea fi astfel realizate indiferent de procentul de finanțare a investiției de către investitorul privat.

Printre modificările de esență aduse în materia parteneriatului public-privat prin dispozițiile O.U.G. nr. 39/2018 se numără și cele referitoare la calitatea finanțatorilor contractului de parteneriat public-privat, sens în care noul cadru normativ instituit prin O.U.G. nr. 39/2018, față de prevederile vechiului act normativ (Legea nr. 233/2016 abrogată), conferă calitatea de finanțatori ai contractului de parteneriat public-privat nu numai persoanelor juridice, ci și persoanelor fizice.

De asemenea, după cum vom preciza în cuprinsul lucrării, modificări de esență sunt aduse prin noul cadru normativ în ceea ce privește finanțarea proiectului de către partenerul public, sens în care, în scopul acordării priorității finanțării private, contribuția partenerului public din alte surse financiare decât fondurile externe nerambursabile se limitează la maximum 25 procente din valoarea totală a investiției. Nu în ultimul rând, din economia dispozițiilor noului cadru normativ instituit de O.U.G. nr. 39/2018, prin multe dispoziții legale, în scopul eliminării incertitudinii juridice, a fost înlocuit termenul de „parteneriat public-privat” cu cel de „contract de parteneriat public-privat”. Utilizarea în conținutul O.U.G. nr. 39/2018, prin unele dispoziții legale, a termenului „parteneriat public-privat” are menirea să reliefeze faptul că, anterior

încheierii contractului de parteneriat public-privat, este obligatorie inițierea unui proiect de parteneriat public-privat, în condițiile reglementate de O.U.G. nr. 39/2018.

Totodată, după cum vom preciza mai jos, o modificare de esență adusă de O.U.G. nr. 39/2018 este cea privitoare la forma societății de proiect, în cazul ambelor tipuri de parteneriat public-privat, sens în care noul cadru normativ instituit de O.U.G. nr. 39/2018 a eliminat cerința ca societatea de proiect să poată fi constituită doar sub forma unei societăți pe acțiuni, pe cale de consecință, societatea de proiect se va putea constitui în oricare dintre formele de constituire a societăților reglementate de Legea nr. 31/1990 a societăților.

Deși, într-o ambianță optimistă, am nutrit speranța că, în termen de 60 de zile de la intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 104/2017, Ministerul Finanțelor Publice va elabora normele metodologice de aplicare a acestei legi, după cum statuează art. III din O.U.G. nr. 104/2017, aceste Norme Metodologice de aplicare a acestui act normativ nu au fost emise. Mai mult, noul cadru normativ instituit de O.U.G. nr. 39/2018 nici nu mai precizează că în aplicarea acestui act normativ vor fi emise Norme de aplicare și termenul în care aceste Norme ar fi trebuit să fie emise.

O atare explicație o regăsim în Nota de fundamentare a O.U.G. nr. 39/2018, prin care, referitor la situația actuală, deci anterioară adoptării O.U.G. nr. 39/2018, se arată că aceste Norme metodologice nu au fost emise, deoarece multe dintre elementele indicate spre a fi detaliate ulterior prin norme metodologice au fost, între timp, prevăzute în Normele metodologice de aplicare a legislației achizițiilor publice și concesiunilor, legislație incidentă și în procedura de atribuire și de modificare a contractelor de parteneriat public-privat, restul aspectelor putând fi reglementate în chiar corpul actului normativ.

Dar, totuși, fără a ne pierde optimismul, nutrim iarăși speranța că noul cadru normativ va putea fi pus în aplicare, pentru realizarea ritosului deziderat menționat în motivarea urgenței acestui act normativ, respectiv acela de a stimula investițiile private.

Deși prin noul cadru normativ în materia parteneriatului public-privat instituit prin O.U.G. nr. 39/2018, adoptat în vederea asigurării compatibilității legislației interne cu normele Uniunii Europene în materie și pentru stimularea investițiilor private, au fost eliminate unele dispoziții care nu erau în concordanță cu legislația Uniunii Europene, contrar normelor de tehnică legislativă, unele dispoziții din lege nu au fost puse în consonanță cu alte dispoziții care au suferit modificări, iar unele dispoziții din lege sunt lipsite de precizie și claritate, pentru a putea permite justițiabilului să își controleze conduita și să prevadă, într-o măsură rezonabilă, consecințele ce ar putea rezulta dintr-o anumită faptă, după cum a statuat în nenumărate rânduri instanța de la Strasbourg.

Se impune de asemenea precizarea că, deși ambele acte normative în materia parteneriatului public-privat [Legea nr. 233/2016 (abrogată) și O.U.G. nr. 39/2018] au fost adoptate în temeiul Directivei 2014/23/UE mai sus citate, transpusă în dreptul nostru intern prin Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, respectiv din economia dispozițiilor acestor acte normative rezultă că atât prevederile vechiului act normativ (Legea nr. 233/2016), cât și prevederile noului act normativ (O.U.G. nr. 39/2018) se corelează cu toate actele normative unionale din materia achizițiilor publice emise în anul 2014 și cu actele normative interne care au transpus în legislația noastră aceste directive unionale.

Evident că prevederile O.U.G. nr. 39/2018 constituie norme speciale în materia parteneriatului public-privat, care se aplică cu prioritate, potrivit principiului *specialia generalibus derogant*, în raport cu normele cu caracter general instituite prin actele normative din materia achizițiilor publice, urmând ca dispozițiile O.U.G. nr. 39/2018 să fie completate și corelate cu unele dispoziții cuprinse în legislația din materia achizițiilor publice, în măsura în care prevederile O.U.G. nr. 39/2018 nu conțin astfel de reglementări.

Astfel, completarea O.U.G. nr. 39/2018 cu actele normative din materia achizițiilor publice vizează, cu precădere, derularea unor faze premergătoare atribuirii contractului de parteneriat

public-privat, respectiv procedura de atribuire a contractului de parteneriat public-privat, ceea ce rezultă din conținutul art. 25 al O.U.G. nr. 39/2018, care statuează că: „contractele de parteneriat public-privat sunt atribuite potrivit Legii nr. 98/2016¹, cu modificările și completările ulterioare, ale Legii nr. 99/2016², cu modificările și completările ulterioare, sau ale Legii nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, după caz, conform concluziilor studiului de fundamentare elaborate în funcție de obiectul contractului și de modalitatea în care se realizează transferul unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor în cauză”.

De asemenea, după cum rezultă din conținutul O.U.G. nr. 39/2018, acestea se completează și cu dispozițiile Legii nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice³, în contextul în care art. 5 din O.U.G. nr. 39/2018 statuează că contractele de parteneriat pot fi încheiate și în vederea realizării de către un operator privat a serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

În vederea punerii în aplicare a O.U.G. nr. 39/2018, prin dispozițiile art. 44 din O.U.G. nr. 39/2018 se conferă posibilitatea entităților publice care intenționează să deruleze proiecte de parteneriat public-privat de a organiza și pune în funcțiune unități interne de coordonare a proiectelor de parteneriat public-privat⁴, organizate ca structuri interne fără personalitate juridică dedicate pregătirii, atribuirii și implementării contractelor de parteneriat public-privat sau, după caz, implementării contractelor atribuite de Comisia Națională de Strategie și Prognoză, urmând ca membrii acestor unități interne să urmeze cursuri de formare profesională în vederea specializării în domeniul parteneriatului public-privat. De asemenea, pentru îndeplinirea atribuțiilor prevăzute de O.U.G. nr. 39/2018, Comisia Națională de Strategie și

¹ Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice a fost publicată în M. Of. nr. 390 din 23 mai 2016, cu modificările și completările ulterioare. Ultimele modificări și completări ale Legii nr. 98/2016 sunt aduse prin art. I din O.U.G. nr. 107/2017 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact în domeniul achizițiilor publice (publicată în M. Of. nr. 1022 din 22 decembrie 2017) și prin O.U.G. nr. 45/2018 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice (publicată în M. Of. nr. 459 din 4 iunie 2018).

² Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale a fost publicată în M. Of. nr. 391 din 23 mai 2016, cu modificările și completările ulterioare. Ultimele modificări și completări ale Legii nr. 98/2016 sunt aduse prin art. I din O.U.G. nr. 107/2017 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact în domeniul achizițiilor publice (publicată în M. Of. nr. 1022 din 22 decembrie 2017) și prin O.U.G. nr. 45/2018 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice.

³ Republicată în M. Of. nr. 121 din 5 martie 2013, cu modificările și completările ulterioare; ultimele modificări și completări sunt aduse Legii nr. 51/2006 prin O.U.G. nr. 58/2016 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra domeniului achizițiilor publice (publicată în M. Of. nr. 738 din 22 septembrie 2016); Legea nr. 225/2016 pentru modificarea și completarea Legii serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006 (publicată în M. Of. nr. 942 din 23 noiembrie 2016); O.U.G. nr. 111/2017 pentru modificarea și completarea Legii serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006 (publicată în M. Of. nr. 1035 din 28 decembrie 2017), aprobată prin Legea nr. 131/2018 pentru modificarea și completarea Legii serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006 (publicată în M. Of. nr. 500 din 19 iunie 2018).

⁴ Putem menționa, în acest sens, cu titlu exemplificativ, prevederile H.G. nr. 51/2018 privind organizarea și funcționarea Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice (publicată în M. Of. nr. 152 din 19 februarie 2018). Art. 4 alin. (1) din H.G. nr. 51/2018 a fost modificat prin H.G. nr. 641/2018 (publicată în M. Of. nr. 743 din 28 august 2018). Prin art. 1 din H.G. nr. 51/2018 se conferă posibilitatea Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice ca, în cazul proiectelor de dezvoltare regională pe care le inițiază și care pot îmbrăca forma unui parteneriat public-privat, să organizeze unități de management al proiectului, unități de coordonare a proiectului, pentru implementarea/administrarea/supervizarea proiectelor finanțate din credite externe rambursabile sau nerambursabile, iar în cazul proiectelor finanțate din fonduri europene nerambursabile, putând să înființeze unități de implementare a proiectului. În același context, potrivit art. 11 alin. (4) din H.G. nr. 52/2018 privind organizarea și funcționarea Ministerului Fondurilor Europene (Publicată în M. Of. nr. 153 din 19 februarie 2018) modificată prin H.G. nr. 642/2018 (publicată în M. Of. nr. 740 din 28 august 2018), pentru implementarea proiectelor finanțate din fonduri nerambursabile, Ministerul Fondurilor Europene poate înființa unități de implementare a proiectului, cu personal angajat, în afara organigramei, în condițiile legii.