

NECESITATEA EXISTENȚEI UNEI REGLEMENTĂRI DISTINCTE A CONTRACTULUI DE PARTENERIAT PUBLIC-PRIVAT

Author: Corina Alexandra VIȚELAR*

***Abstract:** The term "**public-private partnership**" carries a specific meaning. First, it relates to the provision of public services or public infrastructure. Second, it necessitates the transfer of risk between partners. Arrangements that do not include these two concepts are not technically "**public-private partnerships**". The definition embraced by The Canadian Council for Public-Private Partnerships, for example is as follows: "A cooperative venture between the public and private sectors, built on the expertise of each partner, which best meets clearly defined public needs through the appropriate allocation of resources, risks and rewards".*

*Public-private partnerships span a spectrum of models that progressively engage the expertise or capital of the private sector. At one end, there is straight contracting out as an alternative to traditionally delivered public services. At the other end, there are arrangements that are publicly administered but within a framework that allows for private finance, design, building, operation and possibly temporary ownership of an asset. The term "**privatization**" is used in the case of full divestiture or when a specific function is turned over to the private sector and regulatory control remains a public sector responsibility.*

***Keywords:** Public-Private Partnership, Public Sector, Private Sector, Responsibility.*

***JEL Classification:** K23*

Sintetic, conceptul de parteneriat public-privat desemnează orice formă de colaborare între sectorul public și sectorul privat. Este înțeles că modul de manifestare pe plan juridic a acestora parteneriate diferă de la un sistem juridic la altul. Altfel, în sistemele juridice bazate pe dreptul francez vom întâlni, mai ales, ca formă de manifestare a parteneriatului public-privat, contractul de concesiune sau contractul de lucrări publice. Cu toate acestea, nu trebuie să tratăm superficial, așa cum legiuitorul român a înțeles să o facă, problematica contractului de parteneriat public-privat.

* Executive Director, "Pro Iure" Foundation Tîrgu-Mureș, Romania.

Din punct de vedere reglementar, acest tip de contract și-a găsit locul în legislația românească pentru o perioadă de doar patru ani, respectiv de la momentul intrării în vigoare a Ordonanței nr. 16/2002 și până când, din dorința unei transpuneri textuale cât mai fidele a legislației comunitare, Guvernul, pe post de legiuitor, a emis Ordonanța nr. 34/2006. Aceasta din urmă lasă deoparte orice referire la contractul de parteneriat public-privat, aspect ce ne conduce la concluzia că, în momentul de față, legislația română nu reglementează acest tip de contract, ca și act juridic distinct sau o existență de sine stătătoare.

Este greu de prezentat o definiție general acceptată a parteneriatului public-privat. Pentru prima dată, parteneriat public-privat a fost utilizat în Marea Britanie și SUA, extinzându-se apoi și la nivelul altor state pe măsură ce exemplele din primele două state și-au dovedit rezultatele practice.

Conceptul de PPP este perceput în mod diferit în literatura de specialitate în funcție de perspectiva din care este privit:

- În perspectiva americană, precum și în cea anglo-saxonă, PPP reprezintă o înțelegere între sectorul public și privat în urma căreia sunt realizate servicii de interes public, care erau furnizate până în acel moment, de către administrația publică locală. Caracteristicile principale ale unui astfel de parteneriat sunt date de partajarea investiției, a riscurilor, responsabilităților și beneficiilor între cei doi parteneri.
- În doctrina franceză se pune un mare accent pe contractul propriu-zis, acesta fiind reglementat de Ordonanța din 17 iunie 2004 care reglementează o nouă formă de asociere a entităților private la exploatarea și investirea în servicii publice. Datorită atenției deosebite pe care doctrina franceză o acordă teoriei contractului administrativ, în speță contractului de parteneriat public-privat. În această perspectivă, această formă de colaborare între sectorul public și cel privat prezintă o mai mare rigiditate.

Parteneriatul public-privat constituie o modalitate de introducere a managementului privat în serviciile publice, pe calea unei legături contractuale pe termen lung între un operator și o autoritate publică. În mod fundamental parteneriatul public privat asigură serviciul public în totalitate sau parțial, în funcție de fondurile private atrase și face apel la know-how-ul sectorului privat¹.

Creșterea disponibilității sectorului privat de a prelua o serie de responsabilități și riscuri și a sectorului public de a privatiza serviciile de utilitate publică a avut ca rezultat multiplicarea eforturilor de introducere a conceptului de parteneriat public-privat la realizarea obiectivelor și proiectelor economico-sociale în România.

Avantajele cooperării dintre sectorul public și cel privat:

- Accelerarea realizării obiectivelor și proiectelor de infrastructură;
- Conjugarea preluării responsabilităților și riscurilor sectorului privat cu disponibilizarea serviciilor sectorului public și efectuarea promptă a plăților;

¹ „Guidelines for Public Private Partnerships for Infrastructure Development”, United Nations Economic Commission for Europe, www.unece.org.

- Reducerea pe ansamblu a costurilor proiectelor;
- Stimularea îndeplinirii obligațiilor contractuale asumate;
- Îmbunătățirea calității serviciilor de utilitate publică;
- Generarea unor venituri adiționale, de interes pentru sectorul privat;
- Îmbunătățirea managementului sectorului public prin expunerea serviciilor la rigorile concurenței;

În plan internațional, interesul pentru promovarea parteneriatului public-privat se îndreaptă spre trei direcții principale:

- Realizarea de investiții în infrastructuri;
- Creșterea eficienței utilizării resurselor financiare;
- Valorificarea comercială superioară a fondurilor investite;

Parteneriatul public-privat trebuie privit nu ca un miracol ci ca o opțiune viabilă, printre alte modele tradiționale existente. De-a lungul timpului practica a dezvoltat o mare diversitate de parteneriate public-privat, generate de dinamismul dezvoltării, multitudinea particularităților aranjamentelor contractuale și circumstanțele conjuncturale.

Marile provocări impuse de adaptarea la economia de piață (legea cererii și ofertei, legea concurenței) și de procesul de integrare a României în Uniunea Europeană (reabilitarea infrastructurii de transport; alimentarea cu apă; reciclarea deșeurilor; protecția mediului; monitorizarea ajutoarelor de stat; asigurarea unui mediu de afaceri loial și predictibil) sunt tot atâtea motive de a utiliza parteneriatul public-privat ca o cale de cooperare între sectorul public, lansator de proiecte de utilitate publică și sectorul privat deținător de fonduri și management performant².

Pentru a putea înțelege conceptul de parteneriat public-privat este necesar să aruncăm o privire retrospectivă asupra normele legale ce au reglementat, până la apariția O.U.G. nr. 34/2006, contractul de parteneriat public-privat.

Legislația română reglementează mai multe tipuri de contracte administrative³, cum ar fi:

- Contractul de achiziții publice;
- Contractul de concesiune;
- Contractul de împrumut public⁴;
- Contractul de înlesniri la plata obligațiilor fiscale restante⁵;
- Contractul de numire în funcție a unui funcționar public;

Până la apariția Ordonanței de Urgență nr. 34/2006 se părea că, în acest „concert” al contractelor administrative își găsisese locul și contractul de parteneriat public-privat. Astfel, până la intrarea în vigoare a ordonanței sus menționate⁶, contractul de parteneriat public-privat a fost reglementat prin Ordonanța Guvernului nr. 16/2002, cu modificările

² Camera de Comerț și Industrie a României, *Ghid pentru parteneriat public-privat*, ediția a doua revizuită și adăugită, Colecția Întreprinzătorului, seria Ghiduri nr. 1/8, București 2005

³ A se vedea Antonie Iorgovan, *Drept administrativ - tratat elementar*, Editura „All Beck”, București, 2002, pag.203-205.

⁴ A se vedea Legea nr. 81 din 11 mai 1999, publicată în Monitorul Oficial nr. 215 din 17 mai 1999.

⁵ A se vedea O.U.G. nr. 40/2002 pentru recuperarea arieratelor bugetare, aprobată prin Legea nr. 491/2002.

⁶ Ordonanța de Urgență nr. 34/2006 a intrat în vigoare la 30 iunie 2006.

și completările ulterioare, fiind o consecință a preluării acestui tip de contract, fie prin prisma documentelor europene comunitare⁷, fie prin intermediul doctrinei franceze, fie urmare a necesității adoptării pragmatismului nord-american la cerințele unei reforme reale în administrația publică română⁸.

Parteneriatul între sectorul public și sectorul privat are la bază faptul că partenerii au preocupări comune și obiective, specifice și sunt interesați deopotrivă de realizarea consensului. Partenerul local este preocupat de creșterea calității serviciilor, bunăstării sociale, scăderea șomajului și diversificarea activităților economice. Trebuie să ne punem, însă, întrebarea ce formă de manifestare în planul dreptului va avea acest parteneriat. Astfel, am putea defini parteneriatul public privat la modul general ca „o asociere de decizii și de mijloace publice și private în cadrul aceluiași sistem de acțiune, cu obiectivul de a satisface simultan așteptările consumatorilor și ale cetățenilor”⁹.

Pentru a se putea manifesta pe planul dreptului un parteneriat public privat poate îmbrăca mai multe forme juridice distincte, cum ar fi: contractul de concesiune de lucrări, bunuri sau servicii, contractul de achiziții publice, asocierea în participațiune, contract de parteneriat public-privat.

Legiuitorul român a așezat contractul de parteneriat public-privat, cel puțin în primele sale reglementări, în categoria contractelor de concesiune. Este adevărat că în forma sa inițială, Ordonanța Guvernului nr. 16/2002¹⁰ nu definea acest tip de contract ca fiind un contract de concesiune¹¹. Ulterior, legiuitorul prin Legea nr. 528/2004 a modificat atât Ordonanța Guvernului nr. 16/2002 cât și Legea nr. 219/1998 și a procedat la identificarea contractului de parteneriat public-privat ca fiind un contract ce are ca obiect reglementarea proiectării, finanțării, construcției, exploatării, întreținerii și transferului oricărui bun public pe baza parteneriatului public-privat pentru concesiunea de lucrări.

Legea nr. 528/2004 a definit contractul de parteneriat public-privat pentru concesiunea de lucrări ca fiind un contract ce are ca obiect execuția sau, după caz, atât proiectarea cât și executarea uneia sau mai multor lucrări de construcții, așa cum sunt acestea cuprinse în clasificările oficiale, ori execuția prin orice mijloace a oricărei combinații a acestor lucrări de construcții, care corespunde cerințelor autorității contractante și care conduce la un rezultat menit să îndeplinească prin el însuși, o funcție tehnico-economică iar în contrapartida lucrărilor executate contractantul, în calitate de

⁷ A se vedea *Cartea Verde a Comisiei Europene privind parteneriatele public privat*; Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de achiziție publică în domeniul lucrărilor, bunurilor și serviciilor, publicată în JOL nr. 134 din 30 aprilie 2004

⁸ A se vedea Lucian Chiriac, *Despre natura juridică a contractului de parteneriat public-privat*.

⁹ A se vedea Lucica Matei, *Management Public*, Ed. Economică, București, 2001, pag. 348-349.

¹⁰ Publicată în M.Of. nr. 94 din 02.02.2002, modificată prin Legea de aprobare nr. 470/2002 publicată în M.Of. nr. 559 din 30.06.2002, OUG nr. 15/2003 aprobată cu modificări prin Legea nr. 293/2003, publicată în M.Of. nr. 501 din 10.07.2003, Legea nr. 528/2004 publicată în M.Of. nr. 1153 din 7.12.2004 abrogată prin OUG nr. 34/2006, publicată în M.Of. nr. 418 din 15.05.2006.

¹¹ Potrivit art. 2 lit e a Ordonanței 16/2002 în text inițial contractul de parteneriat era definit ca „actul juridic care statuează drepturile și obligațiile autorităților publice și ale investitorului pentru întreaga durată de funcționare a parteneriatului public-privat, acoperind una sau mai multe dintre etapele de pregătire, finanțare, construcție sau exploatare a unui bun public, pe o durată de timp determinată, dar nu mai mare de 50 de ani”.

concesionar, primește dreptul de a exploata rezultatul lucrărilor, în totalitate sau în parte, drept la care se poate adăuga, după caz, plata unei sume.

Potrivit viziunii cuprinse în Legea nr. 528/2004, forma îmbrăcată de parteneriatul public-privat este cea a contractului de concesiune de lucrări. Considerăm, însă improprie utilizarea sintagmei de „contract de parteneriat public-privat pentru concesiunea de lucrări”. Această alăturare de termeni este inutilă și inoportună fiind, de altfel abandonată de Ordonanța nr. 34/2006. Totuși, prin Ordonanța de Urgență nr. 34/2006, Guvernul, pe post de legiuitor, nu reușește decât să creeze un adevărat vid legislativ, lăsând deoparte noțiunea distinctă de contract de parteneriat public-privat¹².

Contractul de concesiune, ca formă de manifestare pe planul juridic a parteneriatului public-privat, oferă cel mai eficient cadru legal în situația în care partenerul privat este reprezentat de o societate comercială sau de un consorțiu comercial. Cu toate acestea, practica și doctrina din țări cu o experiență mai vastă în acest domeniu a demonstrat că acest tip de contract prezintă utilitate doar când obiectul parteneriatului public-privat este reprezentat de lucrări de creare sau modernizare a infrastructurii și când, așa cum am mai menționat, partenerul privat este reprezentat de entități ce sunt organizate sub forma juridică de societate comercială.

Întrebarea ridicată este ce se întâmplă în situația în care partenerul privat este reprezentat de o entitate non-profit sau când obiectul parteneriatului public-privat este reprezentat de servicii ce nu pot fi încadrate în clasificările statistice oficiale și în care concesiunea de servicii nu poate funcționa?

Astfel, parteneriatul public-privat se poate încheia între o autoritate publică locală sau centrală și sectorul non-profit, pentru realizarea unor programe/proiecte din domeniul serviciilor sociale, ori alte domenii de interes general/comunitar. „acordul de parteneriat” poate fi întâlnit sub alte de numiri precum: acord de colaborare, protocol de colaborare etc. Activitățile pe care le acoperă un astfel de acord sunt: sesiuni de instruire, diferite forme de asistență socială, asistență pentru administrația publică locală etc.¹³.

Un exemplu în acest sens este parteneriatul inițiat de către Departamentul de Stat al Statelor Unite ale Americii pentru ajutorarea victimelor minelor ant-personal. Guvernul SUA a identificat nevoile specifice ale acestor victime și a decis că pentru a putea răspunde acestor nevoi este necesar să se asocieze cu o serie de organizații non-guvernamentale care să asigure asistența medicală și psihologică specifică.¹⁴ Desigur că, în acest caz, partenerul privat este obligat să asigure, prin mijloace specifice, într-o anumită proporție cheltuielile unui asemenea proiect.

¹² În art. 3 lit. B din Ordonanța de Urgență nr. 34/2006 este definit contractul de concesiune a lucrărilor publice ca fiind contractul care are aceleași caracteristici ca și contractul de lucrări (care face parte din categoria contractelor de achiziții publice și care presupune execuția e construcții, rezultatul fiind destinat să îndeplinească prin el însuși o funcție tehnică sau economică) cu deosebirea că în contrapartida lucrărilor executate, contractantul, în calitate de concesionar, primește din partea autorității contractante, în calitate de concedent, dreptul de a exploata rezultatul lucrărilor sau acest drept însoțit de plata unei sume de bani. Am ținut să reiau aceste aspect deoarece ele arată clar evoluția conceptului juridic de parteneriat-public privat.

¹³ A se vedea Institutul pentru Politici Publice, *Parteneriatul public-privat, soluție pentru un mai bun management al comunităților locale din România, ghid practic pentru Consiliile Județene*, București, 2004, www.ipp.ro.

¹⁴ Pentru o descriere a acestui parteneriat a se vedea Kenneth R. Rutheford, *Public-private partnership are essential in helping landmine survivors*, în U.S Foreign Agenda, an electronic Jurnal of The U.S. Department of State, Volumul 9, Nr. 1, Ianuarie 2004.

Deoarece legislația noastră nu reglementează distinct contractul de parteneriat public-privat, un astfel de proiect nu ar putea fi realizat de către o autoritate publică și o entitate non-profit decât sub incidența Ordonanței nr. 26/2002 și a Codului Civil sub forma unui acord de parteneriat sau a unui protocol de colaborare, ori, forța juridică a unui astfel de acord este slabă în comparație cu celelalte tipuri de contracte, întrucât nu cuprinde sancțiuni privind răspunderea contractuală.

Având în vedere cele prezentate, considerăm că este necesară o reglementare distinctă a contractului de parteneriat public-privat de cele două reglementate de O.G. nr. 34/2006 din următoarele motive:

↳ Obiectul contractului de parteneriat public-privat poate diferi de cel al contractului de concesiune. Astfel, printr-un contract de parteneriat public-privat se pot asigura diverse servicii sociale cum ar fi: asistența socială a victimelor violenței în familie¹⁵, instruirea și reintegrarea în societate a persoanelor aflate în arest, ajutorarea victimelor catastrofelor naturale, etc; precum și sesiuni de instruire, asistență pentru administrația publică locală;

↳ În ceea ce privește subiectul contractului, sfera din care provin marea majoritate a concesiionarilor, este cea a agenților economici (interesați, în primul rând, de profit);

↳ Implicarea entității publice în proiect poate fi semnificativă în cazul contractului de parteneriat public-privat, astfel, entitatea publică se implică activ în realizarea proiectului ce face subiectul acestui contract, pe când, în cazul contractului de concesiune, autoritatea publică, odată perfectat contractul în expectativa executării obligațiilor e către concesiionar.

În încheiere, se poate susține că diferența dintre contractul de parteneriat public și celelalte contracte reglementate de Ordonanța nr. 34/2006 trebuie făcută având în vedere realitatea ce ne demonstrează că o colaborare între sectorul public și cel privat poate îmbrăca și alte forme în afara contractului de concesiune și a contractului de achiziție publică, reglementat expres de legislație, una din aceste forme putând fi contractul de parteneriat public-privat. Suntem de acord că similitudinile dintre contractele de concesiune și cele de parteneriat public-privat sunt numeroase dar trebuie să facem precizarea că, în cadrul unui proiect amplu de parteneriat public privat pot apărea situații ce trebuie rezolvate prin intermediul concesiunii sau, de ce nu, al achizițiilor publice. Astfel, considerăm că nu ar fi deloc inoportun ca, genul să fie definit de contractul de parteneriat public-privat, iar specia de contractul de concesiune sau ed achiziții publice.

¹⁵ Centrele de asistență a victimelor violenței în familie colaborează în prezent cu autoritățile publice în baza unor protocoale sau convenții.