

ICCJ – Acțiune în contencios administrativ având ca obiect anularea unui contract de achiziție publică. Reguli aplicabile prescripției dreptului la acțiune

Legislație relevantă:

Legea nr. 554/2004, art. 11

Regula în contenciosul administrativ este prescriptibilitatea acțiunilor într-un termen general de 6 luni, calculat potrivit art.11 din aceeași lege, legiuitorul neoperând nicio diferențiere după cum motivul de nulitate invocat este absolut ori relativ.

Astfel fiind, concluzia care se degajă cu necesitate este aceea că imprescriptibilitatea acțiunilor în contencios administrativ, reprezentând o situație de excepție, trebuie să fie expres prevăzută de lege, ea neputând să fie dedusă prin analogie, ca efect al raportării la actele juridice civile, stricto sensu.

Decizia nr. 6038 din 4 iulie 2013

Prin acțiunea înregistrată pe rolul Curții de Apel București – Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, la data de 02.05.2012, reclamanta Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (A.N.R.M.A.P.), în contradictoriu cu pârâții Municipiul Mangalia, S.C.U S.A. și S.C. P M. Holding S.R.L, a solicitat, în temeiul art. 296¹ din O.U.G. nr. 34/2006, să se constate

nulitatea absolută a actului de novație din 13.11.2008 la contractul de delegare a gestiunii serviciului public de salubritate prin concesionare a municipiului Mangalia nr. 35/25.04.2005.

În fapt, reclamanta a arătat că la data de 25.04.2005, între Consiliul Local al Municipiului Mangalia, în calitate de concedent și pârâta S.C. U S.A., în calitate de concesionar, a fost încheiat Contractul nr. 35 de delegare a gestiunii serviciului public de salubritate prin concesionare a municipiului Mangalia, pe o durată de 8 ani.

La data de 01.11.2005, la aproximativ 6 luni de la încheierea contractului, între părțile contractante s-a încheiat Actul Adițional nr. 1 prin care s-au majorat tarifele aplicate pentru populație și agenți economici, iar la data de 01.11.2006, prin Actul adițional nr. 130, s-a înlocuit concedentul, respectiv Consiliul Local al Municipiului Mangalia cu Municipiul Mangalia, concesionarul și obiectul contractului rămânând aceleași.

La data de 13.11.2008, prin Actul de novație a cărui nulitate absolută se solicită a fi constatată, concedentul municipiul Mangalia a înlocuit pe concesionarul S.C. U S.A. cu S.C. P Holding S.R.L., actul fiind încheiat în baza referatului de oportunitate întocmit de Direcția Gospodărire din cadrul Primăriei Municipiului Mangalia prin care s-a propus încheierea unui act de novație cu S.C. P M Holding S.R.L., în sensul ca această societate să se substituie S.C. U S.A. în Contractul nr. 35 din 25.04.2005.

Reclamanta A.N.R.M.A.P. a solicitat să se constate nulitatea absolută a Actului adițional de novație din 13.11.2008 la Contractul de delegare a gestiunii serviciului public de salubritate prin concesionare a municipiului Mangalia nr. 35/25.04.2005, invocând, în esență, faptul că acesta a fost încheiat cu încălcarea dispozițiilor art. 296¹ alin. (1) lit. a) și e) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările

ulterioare, fără aplicarea unei proceduri concurențiale și fără publicarea unui anunț de participare.

În drept, reclamanta a invocat prevederile O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006.

Prin *întâmpinările* formulate în cauză, pârâtul Municipiul Mangalia a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată, pârâta S.C. P M Holding SRL a invocat excepția autorității de lucru judecat și excepția tardivității (precizată ulterior ca fiind excepția prescripției extinctive), iar pe fond a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată, iar pârâta S.C. U S.A. a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată.

Prin încheierea de ședință din 10 octombrie 2012, Curtea de Apel București- Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal a respins ca neîntemeiate atât excepția autorității de lucru judecat cât și pe cea a prescripției dreptului material la acțiune, invocate de pârâta S.C. P M Holding S.R.L, pentru următoarele considerente:

Cu privire la excepția autorității de lucru judecat, curtea de apel a reținut că, prin sentința civilă nr. 1790/C/01.07.2010, pronunțată de Judecătoria Mangalia în dosarul nr. 3915/254/2009, rămasă irevocabilă ca urmare a respingerii recursului de către Tribunalul Constanța, a fost soluționată plângerea contravențională formulată de Municipiul Mangalia împotriva procesului-verbal de contravenție seria AR nr. 01702 prin care s-a aplicat amenda contravențională prevăzută de art. 293 lit. d) din OUG nr. 34/2006.

Referitor la părți, a reținut că, în dosarul nr. 3915/254/2009 care s-a aflat pe rolul Judecătoriei Mangalia, părți sunt Municipiul Mangalia în calitate de petent, iar ANRMAP are calitatea de pârâtă, în timp ce, în prezentul dosar, părți sunt ANRMAP în calitate de reclamantă, Municipiul Mangalia, în calitate de pârât, S.C. U S.A., în calitate de pârâtă, și S.C. P M Holding S.R.L, în calitate de pârâtă.

Referitor la obiectul acțiunii, în dosarul nr. 3915/254/2009, acesta este reprezentat de anularea procesului-verbal de contravenție emis de ANRMAP, în timp ce, în prezentul dosar, obiectul acțiunii constă în constatarea nulității absolute a Actului de novație din data de 13.11.2008 la contractul de delegare a gestiunii serviciului public de salubritate prin concesionare a municipiului Mangalia nr. 35/25.04.2005.

Referitor la cauza acțiunii, în dosarul nr. 3915/254/2009, temeiul de drept este art. 32 din OG 2/2001, în timp ce în prezentul dosar, acțiunea are ca temei de drept art. 296¹ alin. (1) lit. a) și lit. e) din OUG nr. 34/2006.

Așadar, din analiza comparativă a celor două acțiuni, curtea de apel a constatat, fără echivoc, faptul că nu există o triplă identitate de elemente -părți, obiect, cauză – pentru a fi reținută autoritatea de lucru judecat ca excepție de fond, peremptorie și absolută, motiv pentru care excepția autorității de lucru judecat a fost respinsă.

În ceea ce privește puterea de lucru judecat a sentinței civile nr. 1970/C din data de 01.07.2010 pronunțată de Judecătoria Mangalia, rămasă irevocabilă, invocată de pârâtă ca prezumție și totodată ca efect pozitiv al lucrului judecat care se impune în acest proces, curtea de apel a constatat că analizarea acestei chestiuni de drept ține de fondul cauzei, întrucât nu este vorba despre o excepție propriu zisă, examinarea puterii de lucru judecat din această perspectivă (a unei prezumții) implicând antamarea fondului.

Referitor la excepția prescripției dreptului material la acțiune, astfel cum a fost precizată, curtea de apel a reținut că optica pârâtei cu privire la termenul de prescripție, este în sensul că sunt incidente prevederile legale în vigoare la data la care autoritatea a cunoscut sau se poate prezuma în mod rezonabil că ar fi putut să cunoască motivele de nulitate, respectiv anul 2009, dată la care, dispozițiile art. 296¹ din

OUG nr. 34/2006 nu făceau trimitere la prevederile art. 2 din Decretul nr. 167/1958 care consacra imprescriptibilitatea acțiunilor în constatarea nulității absolute, această modificare și completare fiind introdusă ulterior prin OUG nr. 76/2010.

Prin urmare, având în vedere această împrejurare, precum și faptul că prevederile OUG nr. 34/2006 se completează cu cele ale Legii nr. 554/2004, dreptul comun în materie, anterior modificării aduse în anul 2010, pârâta consideră că termenul de prescripție era de 6 luni, calculat de la data încheierii contractului, potrivit art. 7 din legea contenciosului administrativ, acesta împlinindu-se, cel mai târziu, în luna aprilie 2010, în condițiile în care prezenta acțiune a fost înregistrată pe rolul instanței la data de 02.05.2012.

Curtea de apel nu și-a însușit această interpretare a pârâtei, pentru următoarele considerente:

Prezenta acțiune este întemeiată pe dispozițiile art. 296¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora *„Fără a aduce atingere prevederilor art. 294 și în măsura în care un operator economic nu a utilizat o cale de atac în acest sens, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice are dreptul de a solicita instanței de judecată, în condițiile art. 2 din Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripția extinctivă, constatarea nulității absolute a contractelor, pentru următoarele motive(:...).”*

Forma în vigoare în anul 2009 a dispozițiilor legale citate, anterior modificărilor aduse prin OUG nr. 76/2010 era următoarea: *„Fără a aduce atingere prevederilor art. 294 și în măsura în care un operator economic nu a utilizat o cale de atac în acest sens, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice are dreptul de a solicita instanței de judecată constatarea nulității absolute*

a contractelor, pentru următoarele motive (:....).”

Deși curtea de apel a admis teoria pârâtei, în sensul că, termenul de prescripție aplicabil se stabilește în raport de legea sub imperiul căreia a început să curgă acest termen și că forma în vigoare în anul 2009 a art. 296¹alin. (1) din OUG nr. 34/2006 nu conținea o normă de trimitere la art. 2 din Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripția extinctivă, a apreciat însă că prezenta acțiune avea același regim juridic în ceea ce privește imprescriptibilitatea extinctivă și înainte de inserarea în textul de lege a normei de trimitere, întrucât este vorba de o acțiune în constatarea nulității absolute și nu de o acțiune în anularea contractelor.

Sub acest aspect, a reținut că, prevederile Legii nr. 554/2004 nu puteau constitui dreptul comun în ceea ce privește termenul de prescripție aplicabil acțiunilor în constatarea nulității absolute a contractelor, având în vedere că acest act normativ reglementează acțiunile în anularea actelor administrative unilaterale sau a contractelor administrative, consacrand concepția contenciosului subiectiv, nulitatea fiind condiționată de vătămarea unui drept sau a unui interes legitim a persoanei care formulează acțiunea.

Prin urmare, art. 296¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006 se referă la acțiuni de tip special în constatarea nulității absolute a contractelor, această nulitate nefiind condiționată de producerea unei vătămări a dreptului sau interesului legitim, întrucât A.N.R.M.A.P. nu acționează ca persoană vătămată, ci în calitate de autoritate publică, în virtutea atribuțiilor sale legale și în scopul protejării unui interes public.

Ținând cont de faptul că Legea nr. 554/2004 și art. 296¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006 reglementează două categorii de acțiuni diferite – acțiuni în anularea actelor administrative unilaterale/contractelor administrative, condiționate de dovedirea vătămării unui drept subiectiv sau a unui interes

legitim al persoanei care formulează acțiunea, respectiv acțiuni în constatarea nulității absolute a unor contracte, necondiționate de dovedirea unei vătămări, formulate de o autoritate publică cu atribuții speciale în acest sens, curtea a apreciat că nu se poate susține că art. 296¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006 se completează, în ceea ce privește termenul de prescripție, cu prevederile art. 7 din Legea nr. 554/2004.

Mai mult, în ceea ce privește diferența între acțiunile în anulare reglementate de Legea nr. 554/2004 și acțiunile în constatarea nulității absolute reglementate de art. 296¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, sunt aplicabile distincțiile din teoria generală a dreptului civil referitoare la regimul juridic al nulității relative și al nulității absolute a actelor juridice.

Astfel, una dintre trăsăturile esențiale ale regimului nulității absolute a actelor juridice este aceea a imprescriptibilității nulității absolute care poate fi invocată oricând, acțiunile reglementate de art. 296¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006 încadrându-se în această categorie, spre deosebire de acțiunile în anularea contractelor administrative supuse termenului de prescripție de 6 luni prevăzut de Legea nr. 554/2004.

În acest context, curtea de apel a apreciat că interpretarea pârâtei potrivit căreia, în lipsa unei prevederi exprese, art. 296¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006 se completează cu dispoziția art. 7 din Legea nr. 554/2004 în ceea ce privește termenul de prescripție, nu poate fi primită, în condițiile în care, acțiunile reglementate de art. 296¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006 în mod evident sunt diferite, ca natură, de acțiunile în anularea contractelor administrative reglementate de Legea nr. 554/2004.

În aprecierea instanței, chiar și în lipsa unei prevederi

exprese, anterior completării aduse prin OUG nr. 76/2010, acțiunile în constatarea nulității absolute a contractelor prevăzute art. 296¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006 erau imprescriptibile sub aspect extinctiv, întrucât în ceea ce privește termenul de prescripție dreptul comun era reprezentat tot de Decretul nr. 167/1958, în condițiile în care Legea nr. 554/2004 nu conține nicio prevedere referitoare la acțiunile în constatarea nulității absolute a contractelor, obiectul de reglementare al acestora fiind reprezentat de acțiunile în anulare tipice materiei contenciosului administrativ.

Astfel, în opinia curții de apel, completarea adusă art. 296¹ prin OUG nr. 76/2010, în sensul inserării în text a unei norme de trimitere la art. 2 din Decretul nr. 167/1958 nu semnifică faptul că anterior acestei modificări acțiunile în constatarea nulității absolute erau prescriptibile, ci are rolul de a înlătura orice interpretare contrară, printr-o prevedere expresă.

Prin urmare, distincțiile făcute în raport de forma OUG nr. 34/2006 la data încheierii contractului, la data luării la cunoștință de cauzele de nulitate și la data formulării acțiunii, nu au relevanță în condițiile în care, indiferent de modificările succesive ale actului normativ, de la data adoptării și până în prezent, acțiunile în constatarea nulității absolute a contractelor al căror titular este A.N.R.M.A.P. au fost și sunt imprescriptibile extinctiv, spre deosebire de acțiunile în anularea contractelor reglementate de Legea nr. 554/2004.

În ceea ce privește acțiunile în constatarea nulității absolute a actelor juridice, în general, inclusiv a acțiunilor în constatarea nulității absolute a contractelor reglementate de art. 296¹ din OUG nr. 34/2006, instanța de fond a reținut că regimul prescripției extinctive nu a suferit modificări, fiind incidente prevederile art. 2 din Decretul nr. 167/1958 (cu excepția prescripțiilor care au început să curgă după data

intrării în vigoare a noului Cod civil – 1 octombrie 2011 – caz în care sunt aplicabile prevederile art. 2502 alin. (2) pct. 3 din acest act normativ care statuează în același sens), imprescriptibilitatea dreptului material la acțiune fiind de esența regimului nulității absolute.

Constatând așadar că acțiunile în constatarea nulității absolute a contractelor reglementate de art. 296¹ din OUG nr. 34/2006 au fost imprescriptibile și înainte de modificarea prin OUG nr. 76/2010, dată fiind natura acestora și incidența prevederilor art. 2 din Decretul nr. 167/1958, chiar și în lipsa unei prevederi exprese, curtea de apel a respins ca neîntemeiată excepția prescripției dreptului la acțiune invocată de pârâta SC P M Holding SRL.

Prin sentința nr.309 din 23 ianuarie 2013, Curtea de Apel București-Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal a admis acțiunea formulată de reclamanta Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (A.N.R.M.A.P.) în contradictoriu cu pârâții Municipiul Mangalia, SC U SA prin administrator special Toia Camelia, societate aflată în procedura de insolvență și SC P M Holding SRL și a constatat nulitatea absolută a actului de novație din data de 13.11.2008 la Contractul de delegare a gestiunii serviciului public de salubritate prin concesionare a municipiului Mangalia nr. 35/25.04.2005.

Pentru a pronunța această hotărâre, prima instanță a reținut că problema de drept care se impune a fi dezlegată în prealabil este aceea a legii aplicabile contractului a cărui nulitate se solicită a fi constatată, în sensul de a se stabili dacă acesta este supus reglementării instituite de Legea nr. 219/1998, în vigoare la data încheierii contractului de delegare a gestiunii sau se supune exigențelor OUG nr. 34/2006.

În drept, curtea de apel a reținut că, potrivit prevederilor

art.296¹ din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, „Fără a aduce atingere prevederilor art. 294 și în măsura în care un operator economic nu a utilizat o cale de atac în acest sens, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice are dreptul de a solicita instanței de judecată, în condițiile art. 2 din Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripția extinctivă, constatarea nulității absolute a contractelor, pentru următoarele motive:

a) autoritatea contractantă a atribuit contractul fără să respecte obligațiile referitoare la publicarea unui/unei anunț/invitații de participare, conform prevederilor prezentei ordonanțe de urgență(...)

e) atunci când autoritatea contractantă urmărește dobândirea execuției unei lucrări, a unui serviciu sau a unui produs, fapt care ar încadra contractul respectiv fie în categoria contractelor de achiziție publică, fie în categoria contractelor de concesiune de lucrări publice ori de concesiune de servicii, însă autoritatea contractantă încheie un alt tip de contract decât acestea sau nu încheie niciun contract, cu nerespectarea procedurilor de atribuire prevăzute de prezenta ordonanță de urgență;”

De asemenea, în conformitate cu art. 298 din același act normativ, „Contractele în curs de executare și procedurile de atribuire în curs de desfășurare: la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se definitivează pe baza prevederilor legale în vigoare la data inițierii acestora.”

În speță, contractul de delegare a gestiunii serviciului public de salubritate prin concesionare a municipiului Mangalia nr. 35/25.04.2005 a fost încheiat, într-adevăr, sub imperiul Legii nr. 219/1998, în vigoare la data respectivă, însă acest aspect nu este de natură să atragă inaplicabilitatea dispozițiilor OUG nr. 34/2006 în ceea ce privește Actul de novatie din data de 13.11.2008.

Astfel, pentru a fi incidente dispozițiile art. 298 din O.U.G. nr. 34/2006, actul încheiat sub imperiul Legii nr. 219/1998, respectiv Contractul nr. 35/25.04.2005, trebuie să își păstreze în integralitate obiectul și părțile, fără să intervină o modificare de natură să atragă incidența O.U.G. nr. 34/2006.

Odată cu intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 34/2006, atribuirea contractelor de achiziție publică nu poate fi făcută decât ca urmare a

parcurgerii unei proceduri concurențiale, or, efectul pe care îl produce Actul de novație din data de 13.11.2008 este acela de atribuire a contractului unei alte societăți decât concesionarul inițial, respectiv pârâtei SC P M Holding SRL.

Așadar, în condițiile în care ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 34/2006, prin actul de novație, părțile contractului inițial s-au schimbat, contractul fiind atribuit altei persoane, în mod evident sunt incidente dispozițiile acestui act normativ care condiționează atribuirea contractelor de achiziție publică de parcurgerea unei proceduri concurențiale.

Curtea de apel a înlăturat apărările pârâtelor, potrivit cărora obligațiile din contractul inițial nu s-au schimbat, deoarece vizau efectuarea serviciului de salubritate pe raza Municipiului Mangalia de către S.C. "U" S.A., reținând că prin actul de novație din 13.11.2008, respectiva obligație cade în sarcina S.C. P Holding S.R.L., fiind fără putință de tăgadă faptul că, prin actul de novație, autoritatea contractantă a urmărit achiziționarea unor servicii de salubritate de la alt operator economic decât cel inițial ca urmare a imposibilității S.C. "U" S.A. de a-și îndeplini obligațiile contractuale.

În optica instanței de fond, interpretarea pârâtelor nu poate fi primită și din rațiuni ce țin de aplicarea principiului *tempus regit actum*, potrivit căruia actul juridic trebuie să

respecte prevederile legale în vigoare la data întocmirii lui și este supus acestora, fiind necesar ca actul de novație a cărui nulitate absolută se invocă să respecte dispozițiile legale în vigoare la data de 13.11.2008, respectiv dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006.

Astfel, prevederile art. 298 din Ordonanță nu trebuie și nu pot fi interpretate în sensul restricționării concurenței și a prelungirii *sine die* a prevederilor unui contract de achiziție publică încheiat sub imperiul unui act normativ abrogat, prin încheierea succesivă a unor acte juridice prin care se aduc modificări de substanță contractului inițial.

Prin actul de novație supus analizei sub aspectul legalității s-au stins vechile obligații contractuale ale pârâtei S.C. U S.A. și s-au născut, concomitent, noi obligații care au ca obiect prestarea acelorași activități în sarcina pârâtei S.C. P Holding S.A., fiind lipsit de relevanță faptul că noua obligație constă în executarea aceleiași prestații de către noul debitor, sau că noua obligație se naște concomitent cu stingerea celei vechi.

Așadar, în opinia curții de apel, prin încheierea actului de novație s-a născut un nou raport juridic supus incidenței OUG nr. 34/2006, potrivit principului *tempus regit actum*.

Pe de altă parte, curtea de apel a constatat că, interpretarea art. 298 din OUG nr. 34/2006, în sensul că executarea contractelor de achiziție publică încheiate în temeiul unor acte normative care au fost abrogate prin intrarea în vigoare a OUG nr. 34/2006, se finalizează în forma și condițiile în care au fost încheiate iar orice modificare ce apare pe parcursul derulării și care presupune modificarea părților, prețului, a obiectului și a altor caracteristici esențiale ale contractului se realizează utilizând procedurile concurențiale prevăzute la art. 18 din OUG nr. 34/2006, este interpretarea oficială pe care A.N.R.M.A.P. a formulat-o încă din anul 2006.

Concluzionând, curtea de apel a constatat că, prin raportare la data încheierii sale și la efectele pe care le-a produs, Actul de novație din data de 13.11.2008 trebuia încheiat cu respectarea exigentelor OUG nr. 34/2006, respectiv urmare parcurgerii unei proceduri concurențiale și nu în mod direct, așa cum s-a întâmplat.

Având în vedere că Actul de novație din data de 13.11.2008 a fost încheiat cu încălcarea prevederilor OUG nr. 34/2006, curtea de apel a reținut că devin incidente dispozițiile art. 296' din acest act normativ, potrivit cărora, în condițiile în care un contract a fost încheiat fără publicarea unui/unei anunț/invitații de participare și fără a respecta procedurile de atribuire, acesta este lovit de nulitate absolută.

Sub acest aspect, s-a constatat că au fost încălcate atât prevederile de la litera a), cât și cele de la litera e), întrucât actul de novație a fost încheiat cu eludarea obligației de atribuire a contractului printr-o procedură concurențială ce ar fi presupus publicarea unui anunț de participare, precum și cu eludarea obligației de respectare a procedurilor de atribuire, ținând cont de faptul că achiziția serviciilor de salubritate este asimilată, potrivit actului normativ menționat, unui contract de servicii.

Referitor la apărarea formulată de pârâte în subsidiar, în sensul că, ar fi incidente dispozițiile art. 1132 și ale art. 1133 din fostul Cod Civil referitoare la delegației imperfectă, s-a reținut că nu poate fi primită, întrucât pentru a fi în prezența unei delegații imperfecte, ar trebui ca un nou raport juridic obligațional să fie adăugat celui existent.

În cazul de față, aceasta ar presupune ca pârâta S.C. U S.A. să nu fie descărcată de obligațiile sale față de municipiul Mangalia, ci să aibă în continuare aceste obligații, alături de cele ale noului delegat, pârâta S.C. P Holding S. A., or, în cuprinsul actului de novație, la art. 4, se prevede în mod

expres stingerea obligațiilor și drepturilor S.C. U S.A. față de municipiul Mangalia, fiind așadar exclusă ipoteza avansată de pârâte, în sensul intervenirii unei delegații imperfecte.

În ceea ce privește argumentul pârâtelor, în sensul că legalitatea modului de atribuire a contractului a cărui nulitate absolută se solicită s-ar bucura de putere de lucru judecat, în baza hotărârilor pronunțate de Judecătoria Mangalia, respectiv Tribunalul Constanța, în dosarul 3915/254/2009 , curtea a apreciat că raționamentul nu este valabil.

Astfel, litigiul soluționat prin aceste hotărâri judecătorești a avut ca obiect plângerea contravențională formulată de municipiul Mangalia, împotriva procesului-verbal de constatare și sancționare a contravențiilor seria AR nr. 01702/04.11.2009 prin care agenții de control ai A.N.R.M.A.P. au sancționat autoritatea contractantă pentru atribuirea actului de novație din 13.11.2008 utilizând altă procedură decât cele prevăzute în O.U.G, nr. 34/2006.

Prin raportare la obiectul prezentei acțiuni, respectiv constatarea nulității absolute a actului de novație din 13.11.2008, pentru a exista putere de lucru judecat, în baza hotărârilor pronunțate de Judecătoria Mangalia și Tribunalul Constanța, ar fi fost necesar ca cele două instanțe să se fi pronunțat asupra legalității actului de novație.

Or, niciuna dintre aceste instanțe nu era competentă material să se pronunțe asupra legalității unui act administrativ de natura celui care face obiectul prezentei cauze și nu era investită cu o astfel de cerere, soluția fiind pronunțată în limitele competenței și în limitele investiției, ceea ce exclude posibilitatea ca aceste instanțe să fi statuat cu putere de lucru judecat asupra legalității actului de novație din data de 13.11.2008.

În acest sens, s-a apreciat ca fiind relevantă împrejurarea

că, prin Decizia 821/RCA pronunțată de către Tribunalul Constanța în dosarul nr. 3915/254/2009, s-a reținut că, motivul pentru care instanța a considerat nelegal procesul-verbal prin care a fost sancționat municipiul Mangalia, constă în faptul că „*actul administrativ ce a stat la baza sancționării petentului – actul de novație din data de 18.11.2008, nu a fost desființat de către instanțele judecătorești, în urma sesizării de către instituții/autorități competente*”.

În concluzie, curtea de apel a reținut că Judecătoria Mangalia și Tribunalul Constanța nu s-au pronunțat, cu ocazia judecării plângerii contravenționale, pe aspecte de drept ce ar atrage incidența puterii de lucru judecat în ceea ce privește actul de novație ce formează obiectul prezentei acțiuni, analizarea acestor probleme de drept excedând competenței materiale și limitelor investiției celor două instanțe.

Toți pârâții au formulat recurs, fiind criticat atât modul de soluționare a excepțiilor procesuale, cât și rezolvarea dată fondului cauzei. În drept, s-au invocat dispozițiile art. 304 pct.9 și 304¹ Cod procedură civilă.

Grupând motivele de recurs prezentate de către recurenții SC U SA, Municipiul Mangalia și Consiliul Local Mangalia, precum și P M Holding SRL pentru o abordare coerentă a cauzei, Înalta Curte reține, mai întâi, referitor la excepțiile procesuale, următoarele critici:

- *excepția autorității de lucru judecat* a fost greșit soluționată; toți recurenții au afirmat că prin sentința civilă nr. 1970/C/01.07.2010 a Judecătoriei Mangalia, irevocabilă, s-a statuat asupra legalității novației încheiate în cauză; în plus, recurenta P M Holding SRL a insistat asupra efectului pozitiv al puterii de lucru judecat, în sensul că în litigiul anterior s-a tranșat irevocabil chestiunea inaplicabilității OUG nr.34/2006 actului de novație;

- *excepția inadmisibilității acțiunii* pentru neîndeplinirea procedurii prealabile a fost respinsă fără a fi avute în vedere dispozițiile art. 286 și 255 din OUG nr.34/2006 și art. 7 alin.(1) din Legea nr. 554/2004, motiv cuprins numai în recursul declarat de P M Holding SRL;

- *excepția prescripției dreptului material la acțiune*, soluționată prin încheierea de ședință din 10 octombrie 2012 a fost rezolvată cu interpretarea și aplicarea greșită a dispozițiilor art. 296¹ din OUG nr.34/2006; potrivit recurenței P M Holding SRL, autoarea acestei critici, la data intrării în vigoare a OUG nr. 76/2010, care a modificat textul indicat, inserând trimiterea la art. 2 din Decretul nr. 167/1958, dreptul la acțiune al ANRMAP era deja prescris în raport de data de 23.06.2009, când Direcția Națională Anticorupție i-a adus la cunoștință faptul existenței actului de novație; pentru perioada anterioară modificării legislative, nu există nicio bază legală care să susțină considerentul curții de apel referitor la regimul juridic al nulității absolute invocate de ANRMAP, din perspectiva imprescriptibilității acesteia, fiind evidentă voința legiuitorului de a supune acest tip de acțiuni termenelor prevăzute de art. 7 din Legea nr. 554/2004; acțiunile au devenit imprescriptibile extinctiv în momentul schimbării competenței materiale și calificării contractelor de achiziții publice ca fiind contracte comerciale.

Referitor la *fondul cauzei*, recurenții au formulat următoarele critici:

- s-a stabilit eronat legea aplicabilă actului de novație, din perspectiva dreptului substanțial, cu ignorarea dispozițiilor art. 298 din OUG nr.34/2006; acest motiv de recurs a fost invocat în toate cele 3 recursuri;

- recurenta U SA a mai susținut că la data încheierii novației cadrul normativ era permisiv în această privință, interdicția operând abia de la data de 29 noiembrie

2012, odată cu modificarea legislației;

- recurenții Municipiul Mangalia și Consiliul Local Mangalia au reiterat apărarea referitoare la delegația imperfectă, afirmând că prima instanță a interpretat greșit dispozițiile art. 1132 și art. 1133 din fostul Cod civil, neobservând că raporturile obligaționale inițiale au supraviețuit și s-au adăugat celor create prin novație;

- recurenta P M Holding SRL a mai criticat și modul în care au fost aplicate prevederile cuprinse în art.291¹ lit.a) și e) din OUG nr.34/2006, care reprezintă temeiul legal al acțiunii judiciare, susținând că și dacă s-ar accepta teza incidenței OUG nr.34/2006, ipotezele reglementate în textele enunțate nu se regăsesc în speță, întrucât nu se poate afirma că autoritatea contractantă ar fi „atribuit contractul” (ipoteza de la lit.a) ori ar fi „urmărit dobândirea unui serviciu” (ipoteza de la lit.e) , câtă vreme nu se contestă că, în speță, contractul inițial este în ființă.

Examinând încheierea și sentința atacate, Înalta Curte constată că se impune reformarea acestora, pentru greșita soluționare a excepției prescripției dreptului material la acțiune.

Obiectul acțiunii judiciare formulate de ANRMAP în virtutea abilitării speciale conferite prin art. 296¹ din OUG nr.34/2006 vizează *constatarea nulității absolute a actului de novație* la contractul de delegare a gestiunii serviciului public de salubritate prin concesionare a municipiului Mangalia nr. 35/25.04.2005. Operațiunea juridică tripartită supusă controlului de legalitate sub aspectul încălcării normelor de ordine publică enunțate la lit.a) și e) ale alin.(1) al art. 296¹ s-a încheiat la data de 13 noiembrie 2008 între recurenții Municipiul Mangalia, S.C. U S.A. și S.C. P M Holding S.R.L. Constanța.

Esența acestei convenții rezultă cu claritate chiar din prevederile art. 4 din „actul de novație”, potrivit cu care:

„Prin încheierea prezentului act de novație, drepturile și obligațiile SC U SA față de Municipiul Mangalia se sting, concomitent cu nașterea în sarcina S.C. P M Holding S.R.L. a drepturilor și obligațiilor rezultate din contractul de concesiune, pe care acesta îl acceptă integral, preluând calitatea de concesionar față de Municipiul Mangalia”.

Prealabil examinării fondului cauzei, prin încheierea pronunțată la data de 10 octombrie 2012 curtea de apel a soluționat excepțiile autorității de lucru judecat și prescripției dreptului material la acțiune, respingându-le.

Verificând argumentația pe baza căreia curtea de apel a respins excepția autorității de lucru judecat, Înalta Curte constată că aceasta este la adăpost de orice critică, atât timp cât obiectul și cauza celor două acțiuni sunt, în mod evident, diferite.

Litigiul soluționat de Judecătoria Mangalia prin sentința civilă nr.1790/C/01.07.2010, irevocabilă prin respingerea recursului, a avut ca obiect o plângere contravențională, întemeiată pe dispozițiile art. 32 din OG nr.2/2001, în timp ce dosarul pendinte are ca obiect constatarea nulității absolute a actului de novație din 13 noiembrie 2008, temeiul de drept fiind art. 296¹ alin.(1) lit.a) și e) din OUG nr.34/2006.

Și în ceea ce privește efectul pozitiv al puterii lucrului judecat de care s-a prevalat recurenta P M Holding S.R.L., fundamentat pe considerentele sentinței Judecătoriei Mangalia, dezlegarea curții de apel este judicioasă pentru că, într-adevăr, premisa de la care s-a pornit în litigiul contravențional a fost tocmai faptul că *„actul de novație din data de 18 noiembrie 2008 nu a fost desființat de către instanțele judecătorești, în urma*

sesizării de către instituții/autorități competente”.

Prin urmare, raționamentul de tip circular pe care îl susține recurenta P M Holding S.R.L. nu poate fi adoptat de Înalta Curte. De asemenea, nu are suport în datele speței invocarea jurisprudenței CEDO, respectiv a statuărilor din cauza Amurăriței c. României, „constările de fapt din procedurile judiciare anterioare” fiind în sensul celor relevate anterior.

Înalta Curte se situează însă pe o poziție diametral opusă celei adoptate de curtea de apel în privința modului de soluționare a excepției prescripției dreptului material la acțiune.

În esență, eroarea primei instanțe a fost determinată de extrapolarea trăsăturilor esențiale ale regimului nulității absolute a actelor juridice din sfera actelor civile în aceea a actelor administrative.

Distincția specific civilă între acțiunile în constatarea nulității și acțiunile în anulare nu prezintă relevanță deosebită în dreptul administrativ. Prezumția de legalitate de care beneficiază actele administrative este răsturnată în situația în care se demonstrează că acestea au fost adoptate cu încălcarea unor prevederi normative, independent de natura interesului ocrotit, public sau privat, evident, după distincțiile operate de art. 1 din Legea nr. 554/2004.

Regula în contenciosul administrativ este prescriptibilitatea acțiunilor într-un termen general de 6 luni, calculat potrivit art. 11 din aceeași lege, legiuitorul neoperând nicio diferențiere după cum motivul de nulitate invocat este absolut ori relativ.

Nici teza primei instanțe potrivit căreia acțiunile în anularea actelor/contractelor administrative guvernate de Legea nr. 554/2004 ar fi în toate cazurile condiționate de dovedirea vătămării unui drept subiectiv sau a unui interes

legitim al persoanei care formulează acțiunea, nu are suport în dispozițiile actului normativ amintit.

Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ reglementează deopotrivă contenciosul obiectiv (în anulare) și contenciosul subiectiv de drepturi. De exemplu, în cuprinsul art.3 (denumire marginală „tutela administrativă”) se statuează asupra dreptului prefectului ori al Agenției Naționale a Funcționarilor Publici de a ataca direct la instanțele de contencios administrativ actele administrative pe care le consideră nelegale, independent de justificarea vreunei vătămări ori a vreunui interes, altul acela decât restabilirea legalității, în interiorul aceluiași termen prevăzut de art. 11 alin.(1) din lege.

Prin urmare, contrar celor reținute de prima instanță, regula în contenciosul administrativ român este prescriptibilitatea acțiunilor, fără distincție după natura motivului de nulitate invocat (absolută ori relativă) ori după cum aceasta este condiționată ori nu de vătămare (contencios subiectiv ori contencios obiectiv).

Astfel fiind, concluzia care se degajă cu necesitate este aceea că imprescriptibilitatea acțiunilor în contencios administrativ, reprezentând o situație de excepție, trebuie să fie expres prevăzută de lege (*exceptio est strictissimae interpretationis*), ea neputând să fie dedusă prin analogie, ca efect al raportării la actele juridice civile (*stricto sensu*).

Aplicând raționamentul expus la datele concrete ale acestei cauze, Înalta Curte observă, mai întâi, că legea aplicabilă din punct de vedere substanțial și procedural a fost corect identificată de judecătorul fondului ca fiind cea în vigoare la momentul încheierii contractului de novație: 13 noiembrie 2008.

Într-adevăr, nu poate fi acceptată prelungirea efectelor

Legii nr. 219/1998 sub imperiul căreia s-a încheiat contractul inițial nr. 35/25.04.2005, câtă vreme, ca urmare a încheierii contractului de novație, s-au schimbat părțile și, deci, nu este incidentă norma tranzitorie cuprinsă în art. 208 din OUG nr.34/2006, care se raportează la un contract „în curs de executare”.

Toate considerațiile recurentelor privind supraviețuirea contractului inițial ori delegația imperfectă sunt lipsite de consistență juridică, fiind contrazise chiar de substanța înțelegerii părților reliefată cu pregnanță de art. 4 din actul de novație, reprodus în partea introductivă a pct.5 al acestei decizii.

Această interpretare este, de altfel, conformă cu jurisprudența acestei secții în materie, reliefată, de exemplu, prin Decizia nr. 1126/01.03.2012 ori Decizia nr.2578/24.05.2012.

Recurenta ANRMAP a luat cunoștință de actul de novație la data de 29 iunie 2009, când, sub nr.8748, a înregistrat adresa Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție-Direcția Națională Anticorupție prin care i se solicita să efectueze *„un control de specialitate privind modalitatea încheierii Actului de novație”*. În continuare, în exercitarea prerogativelor sale, vicepreședintele ANRMAP a dispus la data de 30 iunie 2009 „începerea procedurii de supraveghere” în cadrul căreia a avut loc și un control la sediul autorității contractante (Primăria Municipiului Mangalia), în perioada 4-6 noiembrie 2009 .

Cel mai târziu la data de 29 decembrie 2009, președintele ANRMAP a fost încunoștințat cu privire la rezultatele procedurii de supraveghere, fiind informat despre faptul încheierii procesului verbal de constatare și sancționare a contravențiilor seria AR nr. 01702 (atacat ulterior la Judecătoria Mangalia).

În cuprinsul aceluiași document intitulat „Propuneri de măsuri” i s-a solicitat să aprecieze asupra *„oportunității ca ANRMAP să facă uz de dreptul conferit prin art. 296¹ din OUG nr.34/2006, în vederea stopării efectelor produse de încălcarea prevederilor legale în acest caz”*.

Cum termenul de prescripție se determină în raport de legea sub imperiul căreia a început să curgă, rezultă că reglementarea aplicabilă este cea în vigoare la data de 29 decembrie 2009 când motivele de nulitate au fost aduse la cunoștința conducătorului ANRMAP.

La acest moment, art. 296¹ din OUG nr.34/2006 (reprodus la pct.2 din această decizie) nu făcea nicio trimitere la Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripția extinctivă iar art. 287¹⁸ dispunea că *„Dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență se completează cu prevederile Legii nr.554/2004, cu modificările și completările ulterioare, în măsura în care nu sunt contrare prezentei reglementări”*.

Așa fiind, rezultă că în cauză sunt aplicabile prevederile art. 11 din Legea nr. 554/2004, potrivit cărora acțiunea judiciară este prescriptibilă într-un termen de 6 luni care curge de la data la care subiectul de sezină a luat cunoștință de existența actului nelegal.

În orice caz, intimata nu poate susține că nu i-au fost clare temeiurile nulității la data de 29 decembrie 2009, după distincțiile anterior prezentate.

Or, în raport de acest moment, acțiunea trimisă prin poștă la data de 27 aprilie 2012, înregistrată la curtea de apel la data de 2 mai 2012, este, în mod clar, tardiv formulată, fiind depășit chiar și termenul de decădere de 1 an prevăzut la alin.(2) al art. 11 din Legea nr. 554/2004.

Împrejurarea că începând cu data de 2 iulie 2010, în corpul reglementării invocate de intimata ANRMAP, s-a

introdus, prin mijlocirea OUG nr.76/2010, sintagma „în condițiile art. 2 din Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripția extinctivă” nu poate conduce la concluzia că o acțiune înregistrată sub imperiul noii reglementări ar deveni imprescriptibilă extinctiv pentru că legea civilă (lato sensu) nu are putere retroactivă.

La data declarării ca imprescriptibile a acțiunilor în constatarea nulității absolute a contractelor, prin art. 296¹ din OUG nr.34/2006 în forma modificată prin OUG nr.76/2010, dreptul la acțiune al ANRMAP era deja prescris.

Chemată să lămurească chestiunea aplicării în timp a dispozițiilor art. 296¹ din OUG nr.34/2006, Curtea de Apel Cluj a dat aceeași interpretare, reținând că „anterior modificărilor aduse OUG nr.34/2006 prin OUG nr. 76/2010, ..., actul normativ analizat nu cuprindea nicio dispoziție referitoare la termenul de introducere a unei astfel de cereri de chemare în judecată”; „în tăcerea legii speciale ... este incidentă în cauză Legea nr. 554/2004, dreptul comun în materia contenciosului administrativ și implicit a contractelor administrative”, conchizând în sensul că „orice subiect de drept public poate introduce acțiuni în contencios administrativ doar cu respectarea termenelor prevăzute de art. 11 din Legea nr. 554/2004” (Decizia civilă nr. 3325/14 decembrie 2010 a Curții de Apel Cluj, ca instanță de recurs).

În fine, o ultimă excepție procesuală invocată de P M Holding S.R.L. ca motiv de ordine publică, vizează inadmisibilitatea acțiunii pentru lipsa plângerii prealabile însă, în raport de dispozițiile art. 109 alin.(3) din Codul de procedură civilă, partea este decăzută din dreptul de a o mai invoca.

Analiza tuturor celorlalte critici care privesc fondul cauzei a devenit de prisos în raport de motivul referitor la prescripția extinctivă care a fost găsit de instanța de

recurs ca fiind fondat.