ICCJ – Acţiune în contencios administrativ având ca obiect anularea unui contract de achiziţie publică. Reguli aplicabile prescripţiei dreptului la acţiune

Legislaţie relevantă:

Legea nr. 554/2004, art. 11

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

Astfel fiind, concluzia care se degajă cu necesitate este aceea că imprescriptibilitatea acţiunilor în contencios administrativ, reprezentând o situaţie de excepţie, 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 acţiunea înregistrată pe rolul Curţii de Apel Bucureşti – Secţia a VIII-a contencios administrativ şi fiscal, la data de 02.05.2012, reclamanta Autoritatea Naţională pentru Reglementarea şi Monitorizarea Achiziţiilor Publice (A.N.R.M.A.P.), în contradictoriu cu pârâţii Municipiul Mangalia, S.C.U S.A. şi S.C. P M. Holding S.R.L, a solicitat, în temeiul art. 296^1 din O.U.G. nr. 34/2006, să se constate

nulitatea absolută a actului de novaţie din 13.11.2008 la contractul de delegare a gestiunii serviciului public de salubrizare 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 şi pârâta S.C. U S.A., în calitate de concesionar, a fost încheiat Contractul nr. 35 de delegare a gestiunii serviciului public de salubrizare 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 părţile contractante s-a încheiat Actul Adiţional nr. 1 prin care s-au majorat tarifele aplicate pentru populaţie şi agenţi economici, iar la data de 01.11.2006, prin Actul adiţional nr. 130, s-a înlocuit concedentul, respectiv Consiliul Local al Municipiului Mangalia cu Municipiul Mangalia, concesionarul şi obiectul contractului rămânând aceleaşi.

La data de 13.11.2008, prin Actul de novaţie 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 Direcţia Gospodărire din cadrul Primăriei Municipiului Mangalia prin care s-a propus încheierea unui act de novaţie 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 adiţional de novaţie din 13.11.2008 la Contractul de delegare a gestiunii serviciului public de salubrizare prin concesionare a municipiului Mangalia nr. 35/25.04.2005, invocând, în esenţă, faptul că acesta a fost încheiat cu încălcarea dispoziţiilor art. 296^1 alin. (1) lit. a) şi e) din OUG nr. 34/2006 cu modificările şi completările

ulterioare, fără aplicarea unei proceduri concurenţiale şi fără publicarea unui anunţ de participare.

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

Prin *întâmpinările* formulate în cauză, pârâtul Municipiul Mangalia a solicitat respingerea acţiunii ca neîntemeiată, pârâta S.C. P M Holding SRL a invocat excepţia autorităţii de lucru judecat şi excepţia tardivităţii (precizată ulterior ca fiind excepţia prescripţiei extinctive), iar pe fond a solicitat respingerea acţiunii ca neîntemeiată, iar pârâta S.C. U S.A. a solicitat respingerea acţiunii ca neîntemeiată.

Prin încheierea de şedinţă din 10 octombrie 2012, Curtea de Apel Bucureşti- Secţia a VIII-a contencios administrativ şi fiscal a respins ca neîntemeiate atât excepţia autorităţii de lucru judecat cât şi pe cea a prescripţiei dreptului material la acţiune, invocate de pârâta S.C. P M Holding S.R.L, *pentru următoarele considerente:*

Cu privire la excepţia autorităţii de lucru judecat, curtea de apel a reţinut că, prin sentinţa civilă nr. 1790/C/01.07.2010, pronunţată de Judecătoria Mangalia în dosarul nr. 3915/254/2009, rămasă irevocabilă ca urmare a respingerii recursului de către Tribunalul Constanţa, a fost soluţionată plângerea contravenţională formulată de Municipiul Mangalia împotriva procesului-verbal de contravenţie seria AR nr. 01702 prin care s-a aplicat amenda contravenţională prevăzută de art. 293 lit. d) din OUG nr. 34/2006.

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

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

Referitor la cauza acţiunii, în dosarul nr. 3915/254/2009, temeiul de drept este art. 32 din OG 2/2001, în timp ce în prezentul dosar, acţiunea are ca temei de drept art. 296^1 alin. (1) lit. a) şi lit. e) din OUG nr. 34/2006.

Aşadar, din analiza comparativă a celor două acţiuni, curtea de apel a constatat, fără echivoc, faptul că nu există o triplă identitate de elemente -părţi, obiect, cauză – pentru a fi reţinută autoritatea de lucru judecat ca excepţie de fond, peremptorie şi absolută, motiv pentru care excepţia autorităţii de lucru judecat a fost respinsă.

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

Referitor la excepţia prescripţiei dreptului material la acţiune, astfel cum a fost precizată, curtea de apel a reţinut că optica pârâtei cu privire la termenul de prescripţie, 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, dispoziţiile art. 296^1 din

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

Prin urmare, având în vedere această împrejurare, precum şi 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 prescripţie 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 condiţiile în care prezenta acţiune a fost înregistrată pe rolul instanţei la data de 02.05.2012.

Curtea de apel nu şi-a însuşit această interpretare a pârâtei, pentru următoarele considerente:

Prezenta acţiune este întemeiată pe dispoziţiile art. 296^1 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările şi completările ulterioare, potrivit cărora *„Fără a aduce atingere prevederilor art. 294 şi în măsura în care un operator economic nu a utilizat o cale de atac în acest sens, Autoritatea Naţională pentru Reglementarea şi Monitorizarea Achiziţiilor Publice are dreptul de a solicita instanţei de judecată, în condiţiile art. 2 din Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripţia extinctivă, constatarea nulităţii absolute a contractelor, pentru următoarele motive(:..).”*

Forma în vigoare în anul 2009 a dispoziţiilor legale citate, anterior modificărilor aduse prin OUG nr. 76/2010 era următoarea: *„Fără a aduce atingere prevederilor art. 294 şi în măsura în care un operator economic nu a utilizat o tale de atac în acest sens, Autoritatea Naţională pentru Reglementarea şi Monitorizarea Achiziţiilor Publice are dreptul de a solicita instanţei de judecată constatarea nulităţii absolute*

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

Deşi curtea de apel a admis teoria pârâtei, în sensul că, termenul de prescripţie aplicabil se stabileşte în raport de legea sub imperiul căreia a început să curgă acest termen şi că forma în vigoare în anul 2009 a art. 296^1alin. (1) din OUG nr. 34/2006 nu conţinea o normă de trimitere la art. 2 din Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripţia extinctivă, a apreciat însă că prezenta acţiune avea acelaşi regim juridic în ceea ce priveşte imprescriptibilitatea extinctivă şi înainte de inserarea în textul de lege a normei de trimitere, întrucât este vorba de o acţiune în constatarea nulităţii absolute şi nu de o acţiune în anularea contractelor.

Sub acest aspect, a reţinut că, prevederile Legii nr. 554/2004 nu puteau constitui dreptul comun în ceea ce priveşte termenul de prescripţie aplicabil acţiunilor în constatarea nulităţii absolute a contractelor, având în vedere că acest act normativ reglementează acţiunile în anularea actelor administrative unilaterale sau a contractelor administrative, consacrând concepţia contenciosului subiectiv, nulitatea fiind condiţionată de vătămarea unui drept sau a unui interes legitim a persoanei care formulează acţiunea.

Prin urmare, art. 296^1 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 se referă la acţiuni de tip special în constatarea nulităţii absolute a contractelor, această nulitate nefiind condiţionată de producerea unei vătămări a dreptului sau interesului legitim, întrucât A.N.R.M.A.P. nu acţionează ca persoană vătămată, ci în calitate de autoritate publică, în virtutea atribuţiilor sale legale şi în scopul protejării unui interes public.

Ţinând cont de faptul că Legea nr. 554/2004 şi art. 296^1 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 reglementează două categorii de acţiuni diferite – acţiuni în anularea actelor administrative unilaterale/contractelor administrative, condiţionate de dovedirea vătămării unui drept subiectiv sau a unui interes

legitim al persoanei care formulează acţiunea, respectiv acţiuni în constatarea nulităţii absolute a unor contracte, necondiţionate de dovedirea unei vătămări, formulate de o autoritate publică cu atribuţii speciale în acest sens, curtea a apreciat că nu se poate susţine că art. 296^1 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 se completează, în ceea ce priveşte termenul de prescripţie, cu prevederile art. 7 din Legea nr. 554/2004.

Mai mult, în ceea ce priveşte diferenţa între acţiunile în anulare reglementate de Legea nr. 554/2004 şi acţiunile în constatarea nulităţii absolute reglementate de art. 296^1 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, sunt aplicabile distincţiile din teoria generală a dreptului civil referitoare la regimul juridic al nulităţii relative şi al nulităţii absolute a actelor juridice.

Astfel, una dintre trăsăturile esenţiale ale regimului nulităţii absolute a actelor juridice este aceea a imprescriptibilităţii nulităţii absolute care poate fi invocată oricând, acţiunile reglementate de art. 296^1 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 încadrându-se în această categorie, spre deosebire de acţiunile în anularea contractelor administrative supuse termenului de prescripţie 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. 296^1 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 se completează cu dispoziţia art. 7 din Legea nr. 554/2004 în ceea ce priveşte termenul de prescripţie, nu poate fi primită, în condiţiile în care, acţiunile reglementate de art. 296^1 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 în mod evident sunt diferite, ca natură, de acţiunile în anularea contractelor administrative reglementate de Legea nr. 554/2004.

În aprecierea instanţei, chiar şi în lipsa unei prevederi

exprese, anterior completării aduse prin OUG nr. 76/2010, acţiunile în constatarea nulităţii absolute a contractelor prevăzute art. 296^1 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 erau imprescriptibile sub aspect extinctiv, întrucât în ceea ce priveşte termenul de prescripţie dreptul comun era reprezentat tot de Decretul nr. 167/1958, în condiţiile în care Legea nr. 554/2004 nu conţine nicio prevedere referitoare la acţiunile în constatarea nulităţii absolute a contractelor, obiectul de reglementare al acesteia fiind reprezentat de acţiunile în anulare tipice materiei contenciosului administrativ.

Astfel, în opinia curţii de apel, completarea adusă art. 296^1 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 acţiunile în constatarea nulităţii absolute erau prescriptibile, ci are rolul de a înlătura orice interpretare contrară, printr-o prevedere expresă.

Prin urmare, distincţiile făcute în raport de forma OUG nr. 34/2006 la data încheierii contractului, la data luării la cunoştinţă de cauzele de nulitate şi la data formulări acţiunii, nu au relevanţă în condiţiile în care, indiferent de modificările succesive ale actului normativ, de la data adoptării şi până în prezent, acţiunile în constatarea nulităţii absolute a contractelor al căror titular este A.N.R.M.A.P. au fost şi sunt imprescriptibile extinctiv, spre deosebire de acţiunile în anularea contractelor reglementate de Legea nr. 554/2004.

În ceea ce priveşte acţiunile în constatarea nulităţii absolute a actelor juridice, în general, inclusiv a acţiunilor în constatarea nulităţii absolute a contractelor reglementate de art. 296^1 din OUG nr. 34/2006, instanţa de fond a reţinut că regimul prescripţiei extinctive nu a suferit modificări, fiind incidente prevederile art. 2 din Decretul nr. 167/1958 (cu excepţia prescripţiilor 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 acelaşi sens), imprescriptibilitatea dreptului material la acţiune fiind de esenţa regimului nulităţii absolute.

Constatând aşadar că acţiunile în constatarea nulităţii absolute a contractelor reglementate de art. 296^1 din OUG nr. 34/2006 au fost imprescriptibile şi înainte de modificarea prin OUG nr. 76/2010, dată fiind natura acestora şi incidenţa prevederilor art. 2 din Decretul nr. 167/1958, chiar şi în lipsa unei prevederi exprese, curtea de apel a respins ca neîntemeiată excepţia prescripţiei dreptului la acţiune invocată de pârâta SC P M Holding SRL.

Prin sentinţa nr.309 din 23 ianuarie 2013, Curtea de Apel Bucureşti-Secţia a VIII-a contencios administrativ şi fiscal a admis acţiunea formulată de reclamanta Autoritatea Naţională pentru Reglementarea şi Monitorizarea Achiziţiilor Publice (A.N.R.M.A.P.) în contradictoriu cu pârâţii Municipiul Mangalia, SC U SA prin administrator special Toia Camelia, societate aflată în procedura de insolvenţă şi SC P M Holding SRL şi a constatat nulitatea absolută a actului de novaţie din data de 13.11.2008 la Contractul de delegare a gestiunii serviciului public de salubrizare prin concesionare a municipiului Mangalia nr. 35/25.04.2005.

Pentru a pronunţa această hotărâre, prima instanţă a reţinut 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 exigenţelor OUG nr. 34/2006.

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

art.296[1] din OUG nr. 34/2006, cu modificările şi completările ulterioare, *„Fără a aduce atingere prevederilor art. 294 şi în măsura în care un operator economic nu a utilizat o cale de atac în acest sens, Autoritatea Naţională pentru Reglementarea şi Monitorizarea Achiziţiilor Publice are dreptul de a solicita instanţei de judecata, în condiţiile art. 2 din Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripţia extinctivă, constatarea nulităţii absolute a contractelor, pentru următoarele motive:*

a) autoritatea contractantă a atribuit contractul fără să respecte obligaţiile referitoare la publicarea unui/unei anunţ/invitaţii de participare, conform prevederilor prezentei ordonanţe de urgenţă(…)

e) atunci când autoritatea contractantă urmăreşte dobândirea execuţiei unei lucrări, a unui serviciu sau a unui produs, fapt care ar încadra contractul respectiv fie în categoria contractelor de achiziţie 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 ordonanţă de urgenţă;”

De asemenea, în conformitate cu art. 298 din acelaşi act normativ, *„Contractele în curs de executare şi procedurile de atribuire în curs de desfăşurare: la data intrării în vigoare a prezentei ordonanţe de urgenţă se definitivează pe baza prevederilor legale în vigoare la data iniţierii acestora.“*

În speţă, contractul de delegare a gestiunii serviciului public de salubrizare 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 dispoziţiilor OUG nr. 34/2006 în ceea ce priveşte Actul de novaţie din data de 13.11.2008.

Astfel, pentru a fi incidente dispoziţiile 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 îşi păstreze în integralitate obiectul şi părţile, fără să intervină o modificare de natură să atragă incidenţa O.U.G. nr. 34/2006.

Odată cu intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 34/2006, atribuirea contractelor de achiziţie publică nu poate fi făcută decât ca urmare a
parcurgerii unei proceduri concurenţiale, or, efectul pe care îl produce Actul de novaţie din data de 13.11.2008 este acela de atribuire a contractului unei alte societăţi decât concesionarul iniţial, respectiv pârâtei SC P M Holding SRL.

Aşadar, în condiţiile în care ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 34/2006, prin actul de novaţie, părţile contractului iniţial s-au schimbat, contractul fiind atribuit altei persoane, în mod evident sunt incidente dispoziţiile acestui act normativ care condiţionează atribuirea contractelor de achiziţie publică de parcurgerea unei proceduri concurenţiale.

Curtea de apel a înlăturat apărările pârâtelor, potrivit cărora obligaţiile din contractul iniţial nu s-au schimbat, deoarece vizau efectuarea serviciului de salubrizare pe raza Municipiului Mangalia de către S.C. “U” S.A., reţinând că prin actul de novaţie din 13.11.2008, respectiva obligaţie cade în sarcina S.C. P Holding S.R.L., fiind fără putinţă de tăgadă faptul că, prin actul de novaţie, autoritatea contractantă a urmărit achiziţionarea unor servicii de salubrizare de la alt operator economic decât cel iniţial ca urmare a imposibilităţii S.C. “U” S.A. de a-şi îndeplini obligaţiile contractuale.

În optica instanţei de fond, interpretarea pârâtelor nu poate fi primită şi din raţiuni ce ţin de aplicarea principiului *tempus regit actum,* potrivit căruia actul juridic trebuie să

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

Astfel, prevederile art. 298 din Ordonanţă nu trebuie şi nu pot fi interpretate în sensul restricţionării concurentei şi a prelungirii *sine die* a prevederilor unui contract de achiziţie publică încheiat sub imperiul unui act normativ abrogat, prin încheierea succesivă a unor acte juridice prin care se aduc modificări de substanţă contractului iniţial.

Prin actul de novaţie supus analizei sub aspectul legalităţii s-au stins vechile obligaţii contractuale ale pârâtei S.C. U S.A. şi s-au născut, concomitent, noi obligaţii care au ca obiect prestarea aceloraşi activităţi în sarcina pârâtei S.C. P Holding S.A., fiind lipsit de relevanţă faptul că noua obligaţie constă în executarea aceleiaşi prestaţii de către noul debitor, sau că noua obligaţie se naşte concomitent cu stingerea celei vechi.

Aşadar, în opinia curţii de apel, prin încheierea actului de novaţie s-a născut un nou raport juridic supus incidenţei 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 achiziţie publică încheiate în temeiul unor acte normative care au fost abrogate prin intrarea în vigoare a OUG nr. 34/2006, se finalizează în forma şi condiţiile în care au fost încheiate iar orice modificare ce apare pe parcursul derulării şi care presupune modificarea părţilor, preţului, a obiectului şi a altor caracteristici esenţiale ale contractului se realizează utilizând procedurile concurenţiale 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 şi la efectele pe care le-a produs, Actul de novaţie din data de 13.11.2008 trebuia încheiat cu respectarea exigentelor OUG nr. 34/2006, respectiv urmare parcurgerii unei proceduri concurenţiale şi nu în mod direct, aşa cum s-a întâmplat.

Având în vedere că Actul de novaţie din data de 13.11.2008 a fost încheiat cu încălcarea prevederilor OUG nr. 34/2006, curtea de apel a reţinut că devin incidente dispoziţiile art. 296´ din acest act normativ, potrivit cărora, în condiţiile în care un contract a fost încheiat fără publicarea unui/unei anunţ/invitaţii de participare şi 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 şi cele de la litera e), întrucât actul de novaţie a fost încheiat cu eludarea obligaţiei de atribuire a contractului printr-o procedură concurenţială ce ar fi presupus publicarea unui anunţ de participare, precum şi cu eludarea obligaţiei de respectare a procedurilor de atribuire, ţinând cont de faptul că achiziţia serviciilor de salubrizare este asimilată, potrivit actului normativ menţionat, unui contract de servicii.

Referitor la apărarea formulată de pârâte în subsidiar, în sensul că, ar fi incidente dispoziţiile art. 1132 şi ale art. 1133 din fostul Cod Civil referitoare la delegaţiei imperfectă, s-a reţinut că nu poate fi primită, întrucât pentru a fi în prezenţa unei delegaţii imperfecte, ar trebui ca un nou raport juridic obligaţional să fie adăugat celui existent.

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

expres stingerea obligaţiilor şi drepturilor S.C. U S.A. faţă de municipiul Mangalia, fiind aşadar exclusă ipoteza avansată de pârâte, în sensul intervenirii unei delegaţii imperfecte.

În ceea ce priveşte 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 pronunţate de Judecătoria Mangalia, respectiv Tribunalul Constanţa, în dosarul 3915/254/2009 , curtea a apreciat că raţionamentul nu este valabil.

Astfel, litigiul soluţionat prin aceste hotărâri judecătoreşti a avut ca obiect plângerea contravenţională formulată de municipiul Mangalia, împotriva procesului-verbal de constatare şi sancţionare a contravenţiilor seria AR nr. 01702/04.11.2009 prin care agenţii de control ai A.N.R.M.A.P. au sancţionat autoritatea contractantă pentru atribuirea actului de novaţie din 13.11.2008 utilizând altă procedură decât cele prevăzute în O.U.G, nr. 34/2006.

Prin raportare la obiectul prezentei acţiuni, respectiv constatarea nulităţii absolute a acrului de novaţie din 13.11.2008, pentru a exista putere de lucru judecat, în baza hotărârilor pronunţate de Judecătoria Mangalia şi Tribunalul Constanţa, ar fi fost necesar ca cele două instanţe să se fi pronunţat asupra legalităţii actului de novaţie.

Or, niciuna dintre aceste instanţe nu era competentă material să se pronunţe asupra legalităţii unui act administrativ de natura celui care face obiectul prezentei cauze şi nu era învestită cu o astfel de cerere, soluţia fiind pronunţată în limitele competentei şi în limitele învestirii, ceea ce exclude posibilitatea ca aceste instanţe să fi statuat cu putere de lucru judecat asupra legalităţii actului de novaţie din data de 13.11.2008.

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

că, prin Decizia 821/RCA pronunţată de către Tribunalul Constanţa în dosarul nr. 3915/254/2009, s-a reţinut că, motivul pentru care instanţa a considerat nelegal procesul-verbal prin care a fost sancţionat municipiul Mangalia, constă în faptul că *„actul administrativ ce a stat la baza sancţionării petentului – actul de novaţie din data de 18.11.2008, nu a fost desfiinţat de către instanţele judecătoreşti, în urma sesizării de către instituţii/autorităţi competente* “.

În concluzie, curtea de apel a reţinut că Judecătoria Mangalia şi Tribunalul Constanţa nu s-au pronunţat, cu ocazia judecării plângerii contravenţionale, pe aspecte de drept ce ar atrage incidenţa puterii de lucru judecat în ceea ce priveşte actul de novaţie ce formează obiectul prezentei acţiuni, analizarea acestor probleme de drept excedând competentei materiale şi limitelor învestirii celor două instanţe.

Toţi pârâţii au formulat recurs, fiind criticat atât modul de soluţionare a excepţiilor procesuale, cât şi rezolvarea dată fondului cauzei. În drept, s-au invocat dispoziţiile art. 304 pct.9 şi 304^1 Cod procedură civilă.

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

· *excepţia autorităţii de lucru judecat* a fost greşit soluţionată; toţi recurenţii au afirmat că prin sentinţa civilă nr. 1970/C/01.07.2010 a Judecătoriei Mangalia, irevocabilă, s-a statuat asupra legalităţii novaţiei 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 tranşat irevocabil chestiunea inaplicabilităţii OUG nr.34/2006 actului de novaţie;

· *excepţia inadmisibilităţii acţiunii* pentru neîndeplinirea procedurii prealabile a fost respinsă fără a fi avute în vedere dispoziţiile art. 286 şi 255 din OUG nr.34/2006 şi art. 7 alin.(1) din Legea nr. 554/2004, motiv cuprins numai în recursul declarat de P M Holding SRL;

· *excepţia prescripţiei dreptului material la acţiune,* soluţionată prin încheierea de şedinţă din 10 octombrie 2012 a fost rezolvată cu interpretarea şi aplicarea greşită a dispoziţiilor art. 296^1 din OUG nr.34/2006; potrivit recurentei 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 acţiune al ANRMAP era deja prescris în raport de data de 23.06.2009, când Direcţia Naţională Anticorupţie i-a adus la cunoştinţă faptul existenţei actului de novaţie; pentru perioada anterioară modificării legislative, nu există nicio bază legală care să susţină considerentul curţii de apel referitor la regimul juridic al nulităţii absolute invocate de ANRMAP, din perspectiva imprescriptibilităţii acesteia, fiind evidentă voinţa legiuitorului de a supune acest tip de acţiuni termenelor prevăzute de art. 7 din Legea nr. 554/2004; acţiunile au devenit imprescriptibile extinctiv în momentul schimbării competenţei materiale şi calificării contractelor de achiziţii publice ca fiind contracte comerciale.

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

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

· recurenta U SA a mai susţinut că la data încheierii novaţiei cadrul normativ era permisiv în această privinţă, interdicţia operând abia de la data de 29 noiembrie

2012, odată cu modificarea legislaţiei;

· recurenţii Municipiul Mangalia şi Consiliul Local Mangalia au reiterat apărarea referitoare la delegaţia imperfectă, afirmând că prima instanţă a interpretat greşit dispoziţiile art. 1132 şi art. 1133 din fostul Cod civil, neobservând că raporturile obligaţionale iniţiale au supravieţuit şi s-au adăugat celor create prin novaţie;

· recurenta P M Holding SRL a mai criticat şi modul în care au fost aplicate prevederile cuprinse în art.291^1 lit.a) şi e) din OUG nr.34/2006, care reprezintă temeiul legal al acţiunii judiciare, susţinând că şi dacă s-ar accepta teza incidenţei OUG nr.34/2006, ipotezele reglementate în textele enunţate nu se regăsesc în speţă, 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 speţă, contractul iniţial este în fiinţă.

Examinând încheierea şi sentinţa atacate, Înalta Curte constată că se impune reformarea acestora, pentru greşita soluţionare a excepţiei prescripţiei dreptului material la acţiune.

Obiectul acţiunii judiciare formulate de ANRMAP în virtutea abilitării speciale conferite prin art. 296^1 din OUG nr.34/2006 vizează *constatarea nulităţii absolute a actului de novaţie* la contractul de delegare a gestiunii serviciului public de salubrizare prin concesionare a municipiului Mangalia nr. 35/25.04.2005. Operaţiunea juridică tripartită supusă controlului de legalitate sub aspectul încălcării normelor de ordine publică enunţate la lit.a) şi e) ale alin.(1) al art. 296^1 s-a încheiat la data de 13 noiembrie 2008 între recurenţii Municipiul Mangalia, S.C. U S.A. şi S.C. P M Holding S.R.L. Constanţa.

Esenţa acestei convenţii rezultă cu claritate chiar din prevederile art. 4 din „actul de novaţie”, potrivit cu care:

„Prin încheierea prezentului act de novaţie, drepturile şi obligaţiile SC U SA faţă de Municipiul Mangalia se sting, concomitent cu naşterea în sarcina S.C. P M Holding S.R.L. a drepturilor şi obligaţiilor rezultate din contractul de concesiune, pe care acesta îl acceptă integral, preluând calitatea de concesionar faţă de Municipiul Mangalia”.

Prealabil examinării fondului cauzei, prin încheierea pronunţată la data de 10 octombrie 2012 curtea de apel a soluţionat excepţiile autorităţii de lucru judecat şi prescripţiei dreptului material la acţiune, respingându-le.

Verificând argumentaţia pe baza căreia curtea de apel a respins excepţia autorităţii de lucru judecat, Înalta Curte constată că aceasta este la adăpost de orice critică, atât timp cât obiectul şi cauza celor două acţiuni sunt, în mod evident, diferite.

Litigiul soluţionat de Judecătoria Mangalia prin sentinţa civilă nr.1790/C/01.07.2010, irevocabilă prin respingerea recursului, a avut ca obiect o plângere contravenţională, întemeiată pe dispoziţiile art. 32 din OG nr.2/2001, în timp ce dosarul pendinte are ca obiect constatarea nulităţii absolute a actului de novaţie din 13 noiembrie 2008, temeiul de drept fiind art. 296^1 alin.(1) lit.a) şi e) din OUG nr.34/2006.

Şi în ceea ce priveşte efectul pozitiv al puterii lucrului judecat de care s-a prevalat recurenta P M Holding S.R.L., fundamentat pe considerentele sentinţei Judecătoriei Mangalia, dezlegarea curţii de apel este judicioasă pentru că, într-adevăr, premisa de la care s-a pornit în litigiul contravenţional a fost tocmai faptul că *„actul de novaţie din data de 18 noiembrie 2008 nu a fost desfiinţat de către instanţele judecătoreşti, în urma*

sesizării de către instituţii/autorităţi competente".

Prin urmare, raţionamentul de tip circular pe care îl susţine recurenta P M Holding S.R.L. nu poate fi adoptat de Înalta Curte. De asemenea, nu are suport în datele speţei invocarea jurisprudenţei CEDO, respectiv a statuărilor din cauza Amurăriţei c.României, „*constările de fapt din procedurile judiciare anterioare*" fiind în sensul celor relevate anterior.

Înalta Curte se situează însă pe o poziţie diametral opusă celei adoptate de curtea de apel în privinţa modului de soluţionare a excepţiei prescripţiei dreptului material la acţiune.

În esenţă, eroarea primei instanţe a fost determinată de extrapolarea trăsăturilor esenţiale ale regimului nulităţii absolute a actelor juridice din sfera actelor civile în aceea a actelor administrative.

Distincţia specific civilă între acţiunile în constatarea nulităţii şi acţiunile în anulare nu prezintă relevanţă deosebită în dreptul administrativ. Prezumţia de legalitate de care beneficiază actele administrative este răsturnată în situaţia în care se demonstrează că acestea au fost adoptate cu încălcarea unor prevederi normative, independent de natura interesului ocrotit, public sau privat, evident , după distincţiile operate de art. 1 din Legea nr. 554/2004.

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

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

legitim al persoanei care formulează acţiunea, nu are suport în dispoziţiile actului normativ amintit.

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

Prin urmare, contrar celor reţinute de prima instanţă, regula în contenciosul administrativ român este prescriptibilitatea acţiunilor, fără distincţie după natura motivului de nulitate invocat (absolută ori relativă) ori după cum aceasta este condiţionată ori nu de vătămare (contencios subiectiv ori contencios obiectiv).

Astfel fiind, concluzia care se degajă cu necesitate este aceea că imprescriptibilitatea acţiunilor în contencios administrativ, reprezentând o situaţie de excepţie, 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 raţionamentul expus la datele concrete ale acestei cauze, Înalta Curte observă, mai întâi, că legea aplicabilă din punct de vedere substanţial şi procedural a fost corect identificată de judecătorul fondului ca fiind cea în vigoare la momentul încheierii contractului de novaţie: 13 noiembrie 2008.

Într-adevăr, nu poate fi acceptată prelungirea efectelor

Legii nr. 219/1998 sub imperiul căreia s-a încheiat contractul iniţial nr. 35/25.04.2005, câtă vreme, ca urmare a încheierii contractului de novaţie, s-au schimbat părţile şi, 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 consideraţiile recurentelor privind supravieţuirea contractului iniţial ori delegaţia imperfectă sunt lipsite de consistenţă juridică, fiind contrazise chiar de substanţa înţelegerii părţilor reliefată cu pregnanţă de art. 4 din actul de novaţie, reprodus în partea introductivă a pct.5 al acestei decizii.

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

Recurenta ANRMAP a luat cunoştinţă de actul de novaţie la data de 29 iunie 2009, când, sub nr.8748, a înregistrat adresa Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie-Direcţia Naţională Anticorupţie prin care i se solicita să efectueze „*un control de specialitate privind modalitatea încheierii Actului de novaţie*”.În continuare, în exercitarea prerogativelor sale, vicepreşedintele ANRMAP a dispus la data de 30 iunie 2009 „începerea procedurii de supraveghere” în cadrul căreia a avut loc şi un control la sediul autorităţii contractante (Primăria Municipiului Mangalia), în perioada 4-6 noiembrie 2009 .

Cel mai târziu la data de 29 decembrie 2009, preşedintele ANRMAP a fost încunoştiinţat cu privire la rezultatele procedurii de supraveghere, fiind informat despre faptul încheierii procesului verbal de constatare şi sancţionare a contravenţiilor seria AR nr. 01702 (atacat ulterior la Judecătoria Mangalia).

În cuprinsul aceluiaşi document intitulat „Propuneri de măsuri” i s-a solicitat să aprecieze asupra „*oportunităţii ca ANRMAP să facă uz de dreptul conferit prin art. 296[1] din OUG nr.34/2006, în vederea stopării efectelor produse de încălcarea prevederilor legale în acest caz*”.

Cum termenul de prescripţie 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 cunoştinţa conducătorului ANRMAP.

La acest moment, art. 296[1] din OUG nr.34/2006 (reprodus la pct.2 din această decizie) nu făcea nicio trimitere la Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripţia extinctivă iar art. 287[18] dispunea că „*Dispoziţiile prezentei ordonanţe de urgenţă se completează cu prevederile Legii nr.554/2004, cu modificările şi completările ulterioare, în măsura în care nu sunt contrare prezentei reglementări*”.

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

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

Or, în raport de acest moment, acţiunea trimisă prin poştă la data de 27 aprilie 2012, înregistrată la curtea de apel la data de 2 mai 2012, este, în mod clar, tardiv formulată, fiind depăşit chiar şi 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 condiţiile art. 2 din Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripţia extinctivă*” nu poate conduce la concluzia că o acţiune 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 acţiunilor în constatarea nulităţii absolute a contractelor, prin art. 296^1 din OUG nr.34/2006 în forma modificată prin OUG nr.76/2010, dreptul la acţiune al ANRMAP era deja prescris.

Chemată să lămurească chestiunea aplicării în timp a dispoziţiilor art. 296^1 din OUG nr.34/2006, Curtea de Apel Cluj a dat aceeaşi interpretare, reţinând că „*anterior modificărilor aduse OUG nr.34/2006 prin OUG nr. 76/2010, …, actul normativ analizat nu cuprindea nicio dispoziţie 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 şi implicit a contractelor administrative*”, conchizând în sensul că „*orice subiect de drept public poate introduce acţiuni în contencios administrativ doar cu respectarea termenelor prevăzute de art. 11 din Legea nr. 554/2004*” (Decizia civilă nr. 3325/14 decembrie 2010 a Curţii de Apel Cluj, ca instanţă de recurs).

În fine, o ultimă excepţie procesuală invocată de P M Holding S.R.L. ca motiv de ordine publică, vizează inadmisibilitatea acţiunii pentru lipsa plângerii prealabile însă, în raport de dispoziţiile 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 prescripţia extinctivă care a fost găsit de instanţa de

recurs ca fiind fondat.