

*Мр Владимир Васиљев, студент докторских студија
Универзитета у Београду
Факултета политичких наука*

ОСНОВЕ ЗАКОНСКОГ ОКВИРА ЕУ ПРЕМА ЈАВНО-ПРИВАТНИМ ПАРТНЕРСТВИМА

Сажетак: Рад представља преглед основних елемената система јавно-приватног партнерства у комунитарном праву. Приказује се преглед законске регулативе ЕУ који се бави ЈПП и основни принципи комунитарног права и њихов утицај на ЈПП аранжмане. Посебно се анализирају чланови 56 и 49 Уговора о ЕУ о слободи пружања услуга и слободи оснивања и пожитивне одредбе о транспарентности, уз осврт на примере из судске праксе Европског суда правде. Анализирају се Директиве о јавним набавкама Европске комисије и њихов утицај на ЈПП. Посебно се анализира однос Директива према концесијама као моделу ЈПП и осталим уговорним ЈПП, као и њихов положај у односу на Уговор о ЕУ и основне принципе комунитарног права. У закључку се сумирају недоследности тренутног законодавног оквира ЕУ у односу на ЈПП.

Кључне речи: комунитарно право, јавно-приватна партнерства, директиве о јавним набавкама ЕУ

1. ЈАВНО-ПРИВАТНА ПАРТНЕРСТВА У КОМУНИТАРНОМ ПРАВУ

Правила о јавним набавкама ЕУ која се односе на јавно-приватна партнерства (ЈПП), изводе се из четири правна документа ЕУ:

1. Уговор о функционисању ЕУ (eng. *The Treaty on the functioning of the EU*);
2. Директива за јавне набавке ЕУ (eng. *EU public procurement directives*);
3. Релевантна судска пракса Европског суда правде (eng. *European Court of Justice - ECJ*);
4. Интерпретативна саопштења Европске комисије (eng. *Interpretative Communications*) и друге, тзв. меке правне мере (eng. *Soft-law measures*) Европске комисије.

Прва три документа су обавезујући закони (енг. *Hard Law*), док су Саопштења ЕК необавезујућа, тзв. мека правна мера (енг. *Soft Law*), која је у суштини водич за примену обавезујућих закона и представља тумачење и гледиште ЕК када су у питању ЈПП.¹

Комунитарно право које се односи на доделу јавних уговора (јавне набавке, концесије и јавно-приватна партнерства) темељи се на општим правним начелима Европске уније. Тако се из четири тржишне слободе Уговора о ЕУ (слободе кетања роба, радне снаге, услуга и капитала) изводе темељна начела тржишног надметања. То су начела: недискриминације, једнаког третмана, транспарентности и узајамног признавања и уважавања.

Када су јавне набавке у питању, сви досадашњи Уговори о ЕУ забрањују чланицама међусобну дискриминацију форсирањем додељивања уговора домаћим фирмама.² То правило важи (са ограниченим изузецима) за све јавне набавке и све врсте јавних уговора, укључујући и ЈПП. Када су у питању ЈПП, најважније одредбе су оне везане за слободу оснивања и пружања услуга (чл. 49 и 56 Уговора о ЕУ).³ Када год јавна власт повери неку економску активност трећем лицу, то мора бити у складу са тим одредбама и принципима транспарентности, једнакости, пропорционалности и међусобног уважавања, као и основним начелима Уговора о ЕУ по питањима слободе кретања роба, услуга и радне снаге.

Уговор о ЕУ даје слободу чланицама ЕУ да дају концесије, али процедуре додељивања морају бити у складу са комунитарним правом. И друге врсте уговорних ЈПП и институционалних јавно-приватних партнерстава - ИЈПП, којих нема у Директивама о јавним набавкама, морају бити у сагласности са принципима и правилима Уговора о ЕУ. То значи да сви облици ЈПП морају бити у сагласности са Уговором о ЕУ.

2. ЧЛАН 56 УГОВОРА О ЕУ О СЛОБОДИ ПРУЖАЊА УСЛУГА

Члан 56 се односи на отварање тржишта услуга и омогућава држављанима ЕУ да пружају услуге (укључујући и грађевинске) као грађани једне

¹ Више о *Soft Law* мерама у др Душанка Ђурђев: *Soft Law* у европском комунитарном праву, Зборник правног факултета у Новом Саду, (1) 2013, стр. 101-117.

² Еу има у својој историји од 1948. године 12 уговора, али су најзначајнија три: Римски уговор из 1957, створена је Европска економска заједница, (пун назив је *Treaty on establishing the European Economic Community*), Уговор из Мастрихта 1992, створена је Европска унија, (пун назив је *Treaty on establishing the European Community*, дакле, избачена је реч *Economic*) и Лисабонски уговор из 2009, (пун назив је *Treaty on the Functioning of the European Union*). У овом раду се користи термин - Уговор о ЕУ, и тада се мисли на важећи Лисабонски уговор.

³ *Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European union*, Official Journal of the EU, 30.3.2010, чл. 49 и 56, стр. 21 и 24.

чланице у било којој другој чланици ЕУ. То значи да могу привремено бити на раду у другој чланици (као нпр. консултанти на пројекту у другој земљи), да могу слати раднике на рад у иностранство, али и да могу пружати услуге у другим земљама, остајући правно регистровани у својој земљи. Чланицама се забрањује да спречавају на било који начин концесионаре других земаља да учествују на тендерима у земљама-концедентима.

Судска пракса ЕЦЈ утврдила је три начина кршења члана 56 од стране чланица, а саме пресуде представљају допуну одредби Уговора о ЕУ о концесијама:

1. Директна дискриминација страног концесионара на основу националности: односи се на правила која забрањују страним фирмама учешће на тендеру за концесију, дају повлашћен третман домаћим понуђачима, или имају различите услове учешћа за стране у односу на услове који важе за домаће фирме.⁴

2. Индиректна дискриминација страног концесионара на основу фаворизовања домаћих фирми: постоје мере на тендерима за концесије које у појединим чланицама важе наизглед једнако и за домаће и стране фирме, али кроз примену имају ефекат фаворизовања домаћих фирми. Такође, члан 56 забрањује било какво ограничавање ангажовања радне снаге концесионара у земљи-концеденту на радовима у концесији.⁵

3. Индиректна дискриминација страног концесионара на основу тендерских услова: постоје случајеви када су услови тендера на први поглед исти и за стране и за домаће фирме. Став ЕЦЈ је да свако ограничење понуђачима у тендерској процедури у смислу посебних захтева мора бити оправдано тако да доказује да је захтев неопходан и сразмеран.⁶ Зато је свака мера која не дискриминише директно или индиректно концесионаре из других земаља, а која утиче на слободну трговину услугама, у супротности са Уговором о ЕУ, односно чланом 56.

3. ЧЛАН 49 УГОВОРА О ЕУ О СЛОБОДИ ОСНИВАЊА

Члан 49 Уговора о ЕУ односи се на слободу пословања било ког становника ЕУ који може у било којој земљи ЕУ да започне бизнис: чланице ЕУ морају дозволити било коме из других чланица да на њиховој територији оснују и раде под

⁴ Случај C-360/89 *Commission vs Italy*, 1992, E.C.R. I-3401.

⁵ Случај C-243/89 *Commission vs Kingdom of Denmark*, 1993, E.C.R. I-1141; *The Great Belt Bridge* је мост који спаја два данска острва, Зеланд и Фунен, дуг је 6.8 км и највећи је грађевински подухват у историји Данске. Пуштен је у рад 1998. године. Више о индиректној дискриминацији у др Родољуб Етински: *Indirect Discrimination in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Зборник правног факултета у Новом Саду, (1) 2013, стр. 57-73.

⁶ Случај C-234/03 *Contse vs Insulad*, 2005, I-9315

истим условима које имају домаћи предузетници. Мере које онемогућавају учешће у јавним уговорима (укључујући и концесије) крше члан 49 и ЕЦЈ је у таквим случајевима пресуђивао на штету јавних ауторитета који су дискриминисали слободу оснивања. Такав случај налазимо у Италији, где законодавство дискриминише слободу оснивања у пословима обраде података. Италијански закони ограничавају да се послови обраде података могу додељивати само предузећима која су у целини, или већим делом у јавном власништву.⁷

Чланови 51, 52 и 62 прописују оправдане разлоге због којих је могуће ограничити слободу пружања сервисних услуга и слободу оснивања. То су случајеви у одређеним ситуацијама јавних политика, државне безбедности и јавног здравља (чл. 52), или случајеви у активностима повезаних са пословима званичних органа (чл. 51). У вези са чланом 51, огласила се и Европска комисија, са ставом да се овакав изузетак може правити само у ситуацијама када концесионар директно и нарочито врши посао званичних органа, али да то не значи да се примењује аутоматски за активности које се врше по службеној дужности или су посебно одређене законом или су квалификоване од стране државе као послови од националног интереса.⁸

ЕЦЈ одбацује примену члана 51 у случајевима када поверени послови од стране јавног сектора остају предмет надзора званичних органа који има на располагању одговарајућа средства за обезбеђење заштите интереса који су му поверени⁹, или где су поверене активности техничке природе и због тога нису повезане са пословима званичних органа у мери да могу бити изузетак од принципа слободе оснивања и пружања сервисних услуга.¹⁰

4. ПОЗИТИВНЕ ОДРЕДБЕ УГОВОРА О ЕУ О ТРАНСПАРЕНТНОСТИ

Устаљно је мишљење да Уговор о ЕУ у односу на јавне набавке има углавном негативне одредбе. Мисли се на забране према чланицама да усвајају мере које ограничавају страним фирмама могућност конкурисања или самог избора на тендерима (принципи слободе оснивања). Међутим, постоје и позитивне одредбе Уговора о ЕУ, као она о оглашавању тендера. Ту одредбу потврђује случај Телаустрија.¹¹ Телеком Аустрија (државно предузеће) расписао је концесију за јавне услуге за израду телефонских

⁷ Случај C-3/88 *Commission vs Italy*, 1989, E.C.R. 4035

⁸ ЕС: *Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law*, OJ C 121/2, 2000, поглавље 3.1.5

⁹ Случај 147/86 *Commission vs Greece*, 1988, E.C.R. 1637

¹⁰ Случај C-272/91 *Commission vs Italy* (концесија за информатички систем државне лутрије), 1994, E.C.R. I-01409

¹¹ Случај C-324/98 *Telaustria Verglas GmbH vs Telekom Austria*, 2000, E.C.R. I-10745

именика, у којој сервисни провајдер не би био плаћен директно, већ би му било дозвољено да користи именике за комерцијална оглашавања. Аустријска федерална канцеларија за јавне набавке имала је обавезу да контролише да ли је тендерска процедура у складу са Директивама ЕУ о јавним набавкама.¹² Како је реч о уговору о концесији за јавне услуге, коју, како смо видели, не обухватају важеће Директиве о јавним набавкама ЕУ, ЕЦЈ је, у одговору на захтев Аустријске федералне канцеларије за јавне набавке, установио ту околност, али је потврдио да се у додели концесија за јавне услуге мора поштовати принцип недискриминације Уговора о ЕУ, који прописује обавезу транспарентности која подразумева степен оглашавања довољан да обезбеди отворено надметање на тржишту у тој области сервиса и непристрасност процеса јавног надметања.

Позитивна одредба Уговора о ЕУ о транспарентности потврђена је у још два каснија судска процеса пред ЕЦЈ.¹³ Међутим, остаје нејасно шта је потребно да би задовољио захтев о транспарентности у контексту концесија или других уговора који нису обухваћени регулацијом у Директивама ЕУ о јавним набавкама, али подлежу принципима Уговора о ЕУ, као што су неприоритетни уговори за јавне услуге. Није јасно да ли тендери морају бити објављени у Службеном гласнику ЕУ (енг. *Official Journal of EU*), које информације морају бити објављене, да ли се мора објавити сваки уговор (што Директиве на захтевају), да ли само опште одредбе уговора или цео квалификациони систем. Нејасно је и који је поступак након објављивања и која се форма званичног надметања захтева.

Једина упутства о транспарентности у циљу поштовања принципа недискриминације по основу националности прописује Интерпретативно саопштење Европске комисије о концесијама у комунитарном праву из 2000. године.¹⁴ Упутства о транспарентности, према препорукама Саопштења, требало би примењивати свим одговарајућим средствима: објављивањем огласа о тендеру у дневној штампи или специјализованим листовима или постављањем одговарајућих обавештења; оглас мора да садржи потребне информације које омогућавају потенцијалном концесионару да процени да ли ће учествовати на тендеру (критеријуме избора и бодовања), укључујући предмет концесије, оквир и карактеристике услуге које се очекују да их концесионар испуни.¹⁵

¹² Како је случај Телаустриа из 2000. године, реч је о Директиви за услуге 92/50 (енг. *Service Directive*) која је претходник важеће Директиве за јавни сектор (енг. *Public Sector Directive*) и Директиви за комуналне услуге 93/38 (енг. *Utilities Directive*), претходници истоимене важеће Директиве из 2004. године.

¹³ Реч је о случајевима C-410/04 *ANAV vs Comune di Bari* из 2006, и C-458/03 *Parking Brixen* из 2005.

¹⁴ ЕС: *Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law*, ОЈ С 121/2, 2000

¹⁵ Ибид. одељак 3.1.2

5. ДИРЕКТИВЕ ЕУ О ЈАВНИМ НАБАВКАМА

Директива је законодавна форма која обавезује сваку чланицу да усагласи своје законе тако да директива може да се примењује унутар законодавног система чланице. Уопштени принципи Уговора о ЕУ нису довољни за уређење сектора јавних набавки. Да би се осигурала транспарентност процедура и онемогућило дискриминаторско понашање јавних власти у додели уговора, ЕУ је још од 1971. године почела директивама да регулише уговарање јавних радова¹⁶ и правила уговарања за послове снабдевања јавног сектора робом и услугама.¹⁷ Циљ Директива је осигуравање транспарентности и недискриминаторских процедура и обезбеђивање сигурности учесницима на тржишту јавних набавки ЕУ да ће уживати слободу у надметању за уговоре о јавним набавкама.

Крајем 80-их, уследио је талас регулације у свим секторским политикама ЕУ, па и у сектору јавних набавки, као део напора Еропске комисије да се припреми терен за заједничко тржиште и царинску политику ЕУ, верификоване 1992. Мастрихтским уговором и стварањем Еропске уније од дотадашње Европске економске заједнице. Директиве за јавне радове и снабдевање допуњаване су и 1993.¹⁸, да би данашње важеће регулативе ЕУ у пословима јавних набавки биле донешене 2004. године. Реч је о две директиве које регулишу процедуре доделе јавних уговора. Новина је у увођењу обавезе објављивања свих тендера у ЕУ и селектовања искључиво на основу комерцијалних критеријума. Већина чланица морала је да усвоји нове законе да би испунила обавезу имплементације правила која прописују директиве ЕУ из 2004. године.

Ради се о следећим директивама за регулацију процедура јавних набавки:

1. **Директива о уговорима за јавне радове** (скраћено енг. *Works Directive 2004/18/EC*)¹⁹, регулише процедуре доделе уговора за јавне радове, јавно снабдевања и јавне услуге.

2. **Директива о уговорима за јавне услуге** (скраћено енг. *Services Directive 2004/17/EC*)²⁰, регулише процедуре јавних набавки за тела анга-

¹⁶ *Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts*

¹⁷ *Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts*

¹⁸ *Directive 93/38 on utilities contracts (works, supplies and services)*, којом су обједињене претходне три директиве за јавне радове (93/36), снабдевање (93/37) и услуге (92/50).

¹⁹ *Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts*, Official Journal L 134 , 30/04/2004 P. 0001 - 0127

жована у секторима водоснабдевања, енергије, транспорта и поштанских услуга, односно секторима комуналних услуга, зато се у литератури некада Директива за јавне услуге назива и Комуналном директивом (енг. *Utilities Directive*). Тела која у процесу јавне набавке покрива Директива о уговорима за јавне радове, потпадају и под Директиву за јавне услуге ако је уговор везан за комуналне делатности. Директива за јавне услуге није ограничена на јавни сектор, већ важи и за остале учеснике у комуналним пословима, дакле и приватне компаније, ако су укључене својим деловањем у јавне радове.

Ове две Директиве су усвојене 2004. године, а чланице су у обавези да их примењују од 2006. године. Европска комисија квалификује ЈПП као јавне уговоре под првопоменутом Директивом о уговорима за јавне радове (2004/18/ЕК). Сви уговори у којима јавни сектор додељује посао који укључује економску активност трећем лицу (било у форми ЈПП или не), морају бити у складу са Директивама и принципима Уговора о ЕУ, укључујући посебно принципе транспарентности, једнакости, пропорционалности и међусобног уважавања.

Директиве се примењују само на уговоре чија вредност без ПДВ-а, (енг. *VAT*) прелази одређену граничну вредност. Граничне вредности уговора прописује Европска комисија сваке две године и оне су:

- 125.000 евра за уговоре о снабдевању и уговоре за услуге које додељује централна влада, (*Directive 2004/18/EC, article 7(a), article 67(1)(a)*);

- 193.000 евра за уговоре о снабдевању и уговоре за услуге које додељују други јавни ентитети, (*Directive 2004/18/EC article 7(b), article 67(1)(b)*);

- 193.000 евра за уговоре за услуге који су субвенционисани од државе више од 50%, (*Directive 2004/18/EC article 8(b)*);

- 387.000 евра за уговоре о снабдевању и услугама у комуналним делатностима, укључујући и услуге пројектовања, (*Directive 2004/17/EC, article 16(a), article 61*);

- 4.845.000 евра за уговоре о комуналним и јавним радовима, као и уговоре који су субвенционисани од стране државе више од 50% и укључују изградњу школа, болница, спортских или рекреативних објеката, (*Directive 2004/17/EC article 16(b); Directive 2004/18/EC article 7(c), article 8(a)*);

- 4.845.000 евра за концесије за јавне радове, (*Directive 2004/18/EC article 56, 63(1)*).

²⁰ *Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors*, Official Journal L 134 , 30/04/2004 P. 0001 - 0113

Граничне вредности умањују трансакционе трошкове јавног сектора у дугим и скупим тендерским процедурама јер спречавају мале понуде. Према студији ЕК, набавке чије су вредности мање од граничних вредности Директива троструко су веће.²¹ Разлог је што јавне власти намерно избегавају регулативу разбијајући набавке на више делова да би избегли прелазак граничних вредности.

Директиве ЕУ о јавним набавкама примјењују се на уговоре о јавним набавкама и уговоре о концесијама за јавне радове.

Уговори о јавним набавкама су наплатни уговори склопљеним у писаном облику између једног или више приватних субјеката и једног или више наручилаца, чији је предмет извођење радова, испорука робе или пружање услуга

Постоје три врсте уговора о јавним набавкама уређених Директивама:

- **Уговори о јавним радовима** су уговори о јавној набавци чији је предмет извођење грађевинских радова или пројектовање, или обоје.

- **Уговори о јавној набавци роба** (снабдевању) јесу јавни уговори који нису уговори о јавним радовима, а чији је предмет куповина, узимање у закуп, давање у закуп, куповина на отплату, са или без опције куповине производа.

- **Уговори о јавним услугама** су уговори који нису уговори о радовима или роби, а чији је предмет пружање услуга.

Директиве 2004/17 и 18 разликују два типа концесија: концесије за јавне радове и концесије за услуге.

- **Концесија за јавне радове** је уговор истог типа као и уговор о јавним радовима, а разликује се само у чињеници да се накнада за радове који се изводе састоји или само од права на експлоатацију радова, или од тог права заједно с накнадом.

- **Концесија за услуге** је уговор истог типа као и уговор о јавним услугама, а разликује се само у чињеници да се накнада за пружање услуга састоји или само од права на експлоатацију услуга, или од тог права заједно с накнадом.

Иако су дефиниције уговора о јавним набавкама и уговора о концесији сличне, јер је реч о јавним уговорима, разлика међу њима је у питању финансирања јавних радова, односно пружања услуга. Код уговора о јавној набавци, обавеза финансирања је на страни јавног сектора, док код концесије обавезу финансирања радова, односно услуга, има концесионар, тј. приватни субјект. С обзиром на то да концесионар наплаћује радове или услуге од крајњег корисника и тиме враћа уложени капитал и оствару-

²¹ Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law Series, Edward Elgar Publishing, 2007, стр. 70.

је одређени профит, финансијска конструкција таквих концесионих уговора може бити комплексна, па је у зависности од тржишних прилика могуће и финансијско учешће јавног сектора у пројекту. Чињеница да Директиве допуштају додатно плаћање накнаде уз право приватног коришћења не мења темељну разлику јавне набавке и концесије, односно природу уговора о концесији. У тим случајевима, када и држава сноси део трошкова остварења концесије чији већи део сноси приватни партнер, држава то чини како би снизила цену за кориснике (односно осигурала тзв. социјалну цену).

Док Директива о уговорима за јавне радове (2004/18/ЕК) уређује концесије за јавне радове у јавном сектору, Директива за јавне услуге (2004/17/ЕК) не уређује концесије за услуге или јавне радове у подручју примене Директиве за услуге. Тако су из Директива искључене смернице за концесије за јавне услуге или јавне радове у областима водоснабдевања, енергије, транспорта и поштанских услуга.

Следеће врсте јавних уговора такође нису предмет Директива:

- Уговори о прижању или коришћењу јавних телекомуникационих мрежа;

- Уговори везани за државну безбедност са ознаком тајности;

- Уговори за следеће услуге: изнајмљивање постојећих зграда; прибављање, развој или (ко)продукција медијских програма; услуге арбитраже и медијације; куповина, продаја или трансфер финансијских инструмената; услуге централне банке; уговори о раду; услуге истраживања и развоја које не припадају уговорном органу, или нису у потпуности финансиране од стране уговорног органа;

- Сервисни уговори додељени по основу ексклузивних права;

- Концесије за јавне услуге и

- Одређени јавни уговори из области одбране и безбедности које покрива Директива 2009/81/ЕЦ.

6. ДИРЕКТИВЕ ЕУ О ЈАВНИМ НАБАВКАМА ПРЕМА КОНЦЕСИЈАМА

Концесије нису дефинисане Уговором о ЕУ. Једину дефиницију концесије налазимо, као што смо видели, у Директивама о јавним набавкама, док се конкретне одредбе о концесијама налазе само у Директиви за јавне радове (2004/18/ЕК), у којој се уређују концесије за јавне радове у јавном сектору чија је вредност изнад 5 милиона евра. Дакле, секундарним законодавством ЕУ нису уређене и остале концесије: концесије за јавне радове у услужном сектору, концесије за јавне радове у јавном сектору чија је

вредност испод наведеног финансијског прага и концесије за јавне услуге у оба сектора, без обзира на вредност. Европска комисија у Интерпретативном саопштењу о концесијама сматра да концесије које нису обухваћене Директивом за јавне радове 2004/18 подлежу правилима и начелима Уговора о ЕУ и начелима која потичу из праксе Европског суда правде.²² Комисија сматра да пракса ЕЦЈ указује на нужност придржавања начела слободног тржишног надметања у случајевима доделе јавних уговора и кад нису уређени Директивама 2004/17 и 18.

Исто каже и Зелена књига о јавно-приватном партнерству и праву Заједнице о јавним уговорима и концесијама, коју је Европска комисија објавила 2004. године.²³ Према Зеленој књизи, сваки акт, било да је уговорни или једностранни, којим јавно тело поверава пружање јавних услуга трећој страни, мора бити у складу са начелима Уговора о ЕУ, посебно у погледу начела слободе оснивања и пружања услуга. Правила о унутрашњем тржишту, укључујући правила и начела која регулишу јавне уговоре и концесије, примјењују се на било коју пословну активност, тј. било коју активност која се састоји у пружању услуга, добара или предузимању радова на тржишту, чак ако су ове услуге, добра или радови намењени пружању јавних услуга. Начела о слободи оснивања и пружања услуга обухватају посебно начела транспарентности, једнакости, пропорционалности и узајамног признавања.

Директиве ЕУ имају различит третман према концесијама (концесије за јавне радове и концесије за услуге) у односу на друге аранжмане јавних набавки. Концесија за јавне радове (енг. *Public works concession*) дефинисана је као уговор истог типа као и уговор о јавним радовима (енг. *Public works contract*), осим у чињеници да је накнада за радове који су предмет концесије у праву концесионара да наплати коришћење предмета концесије.²⁴ Као пример радне концесије наводи се концесионар који гради мост или пут и који наплаћује свој рад сакупљањем путарина од корисника у уговореном периоду.

Концесија за јавне услуге (енг. *Service concession*) дефинисана је као уговор истог типа као и уговор о јавној услузи (енг. *Public service contract*), осим у чињеници да концесионар има право наплате накнаде за пружање услуга предмета концесије.²⁵ Пример концесије за јавне услуге дат је у

²² EC: *Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law*, 2000, OJ C 121/2

²³ EC: *Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions*, COM (2004) 327, 30.4.2004.

²⁴ EC: *The Public Sector Directive - 2004/18/EC*, чл.1(3). Иста дефиниција је и у *The Utilities Directive- 2004/17/EC*, чл.1(3)а.

²⁵ EC: *The Public Sector Directive - 2004/18/EC*, чл.1(4). Иста дефиниција је и у *The Utilities Directive- 2004/17/EC*, чл.1(3)б.

конзорцијуму који гради и управља градском трамвајском мрежом и наплаћује свој рад продајом карата за превоз корисника.

Право наплате коришћења предмета концесије подразумева да концесионар сноси економски ризик који произлази из обезбеђивања и управљања услугом. У концесији за услуге ризик представља трошак који сноси концесионар у управљању услугом у поређењу са профитом који остварује једино ако успешно продаје услугу корисницима. Зато значајан део економског ризика представља ризик тражње - степен у ком ће јавност користити услугу. Ако се тај ризик у уговору не налази на страни концесионара, Директива такав уговор не сматра концесијом. То значи да није дозвољено гарантовање нивоа промета од стране јавног партнера. И Саопштење Европске комисије о концесијама не прихвата гаранције за минимални обим промета, јер у том случају не постоји довољан ризик да би се уговор сматрао концесијом, већ се тада такав аранжман сматра уговором о јавним радовима.²⁶ Осим економског ризика и ризика тражње које сноси концесионар, као и забране ублажавања ризика од стране концедента (јавног партнера), Директиве ЕУ прописују и да концесија мора остваривати приход од директних корисника, а не концедента.²⁷

У члановима 56-61 Директиве о уговорима за јавне радове дају се посебна правила за концесије за јавне радове. Додела концесије за јавне радове од стране јавног партнера не подлеже правилима која важе за друге врсте уговора о јавним радовима, осим заједничке обавезе јавног оглашавања уговора у Службеном гласнику ЕУ (енг. *Official Journal of EU*) и рока од 52 дана за потенцијалне учеснике на тендеру да конкуришу. Нема посебних правила о врстама тендерских процедура, начину вођења тендера, нити о критеријумима избора најбољег понуђача.

Главни разлог зашто концесије у Директивама имају другачији третман од осталих јавних уговора јесте тај што се концесије у законима појединих чланица ЕУ не сматрају обичним јавним набавкама и нису обухваћене законима о јавним набавкама. Са друге стране, због дугог периода концесионих уговора (од 25-30, па и до 50 година), огромних вредности уговора (више стотина милиона евра) и потенцијално високих профита, недостатак јединственог законодавног оквира који би уредио правила доделе концесија у ЕУ оставља простор јавним властима за дискреционе одлуке које гуше међународну конкуренцију и одбијају потенцијалне понуђаче на интернационалном тржишту ЈПП.

²⁶ ЕС: *Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law*, 2000, ОЈ С 121/2, фн. 9.

²⁷ Сви закључци у директивама ЕУ, али и Саопштењима ЕК, изведени су углавном из судске праксе која је основ англосаксонског права.

7. ДИРЕКТИВЕ ЕУ О ЈАВНИМ НАБАВКАМА ПРЕМА ОСТАЛИМ УГОВОРНИМ ЈПП

За разлику од концесија, у уговорним ЈПП јавни сектор позива приватног партнера да изгради и управља инфраструктурним објектом за потребе јавног сектора (нпр. школа, болница, затвор, транспортна инфраструктура, итд.). Приватни партнер не убира профит кроз наплату накнада крајњим корисницима као код концесија, већ исплатама од стране јавног партнера у уговореној динамици. Плаћање може бити у фиксним износи-ма, али и варијабилно, у зависности од степена искоришћења објекта. Типичан пример је британски модел ЈПП, тзв. Иницијатива за приватно финансирање (енг. *Private Finance Initiative* - PFI). Директиве дефинишу јавне уговоре као уговоре између оператора (извршилац) и уговорног ауторитета (наручилац), чији је циљ извршење радова, снабдевање продукцима, или вршење услуга. Термин оператор, поједностављени израз за извођача радова, снабдевача и провајдера сервисне услуге, односи се на било које физичко, правно лице, или јавни ентитет, који на тржишту нуди извођење радова, производе или услуге.

Јавни уговори се даље деле на радне, уговоре за снабдевање или услуге. Директива примењује иста правила за сва три типа, осим граничних вредности које су веће за радне уговоре.

Уговори за услуге даље деле се на приоритетне и неприоритетне услуге. На приоритетне се примењују сва правила Директиве, док се на неприоритетне примењују само правила о техничким спецификацијама, оглашавању и обавези достављања статистичких података. Анекс Па Директиве даје листу приоритетних услуга (нпр. одржавање возила, услуге чишћења, рачуноводствене услуге, ИТ сервис и консалтинг). Све услуге које нису на листи (нпр. правне или медицинске услуге), спадају у неприоритетне сервисе. Приоритетни сервиси су одређени на основу потенцијала за прекограничну сарадњу и трговину, потенцијалним уштедама и доступности информација о услузи.

Оваква категоризација услуга направила је многобројне проблеме. На пример, ако уговор садржи услугу превоза инвалида уз пратњу медицинске сестре, такав уговор има истовремено и приоритетни карактер (транспорт) и неприоритетни (медицинске услуге). Из богате праксе Европског суда правде, која обилује сличним споровима, важеће тумачење је да се класификација уговора за услуге које садрже више услуга одређује тако што се прво одреди које су услуге на списку приоритетних уговара за услуге, а које су неприоритетне, па се упореди њихова вредност у уговору, чији карактер одређује услуга са највишом ценом.

Постоје уговори који садрже и радове и снабдевање и услуге. Пре 2004. године, нису постојале конкретне одредбе за мешовите уговоре. Међутим, Директива о уговорима за јавни сектор садржи одредбе за мешовите уговоре (члан 1(2)д, параграф 3), који каже да јавни уговори који имају за главни објекат услуге са листе у Анексу II и укључују активности са листе Анекса I које су споредне у односу на главни објекат уговора - такви уговори се сматрају уговорима за услуге.

И класификација мешовитих уговора представља проблем, као и класификација уговора за услуге. Док је ЕЦЈ у случајевима спорова око карактера уговора за услуге одредио да се класификација врши по основу вредности различитих услуга у једном уговору, у случају мешовитих уговора класификација се спроводи на основу одређивања основне сврхе уговора, а затим вредности радова и услуга, који су само једна од одредница главне сврхе мешовитог уговора.

Услед различитог третмана јавних уговора, први задатак јесте одређивање да ли нпр. ПФИ уговор спаде у уговоре за јавне радове или у уговоре за јавне услуге; ако је уговор за јавне услуге, одређује се да ли је приоритетни или неприоритетни. Ако уговор није неприоритетна услуга, цео сет правила Директиве за јавни сектор мора бити примењен.

Даље, посебан проблем представљају правне традиције континенталног и англосаксонског права. У многим државама континенталног права, права која су релевантна за ЈПП уређена су законима. Зато се дешава да јавна тела имају права која им додељују управноправни прописи, а која приватном партнеру делују дестимулативно у току преговора о уговору о ЈПП који се ради по мери сваког пројекта појединачно. То су, на пример, права да јавни наручилац може да једнострано раскине уговор одмах након потписивања, право оператора на накнаду штете због неочекиваног пораста трошкова управљања, или право неког тела да једнострано мења уговор ако су те промене у јавном интересу, забрана права уплитања и слично. Са забраном права уплитања је у вези и забрана замене концесионара без поновног тендера, која постоји у неким земљама континенталног права (нпр. Словачка), што прави проблем зајмодавцима. Јасно је да такав правни оквир отежава склапање ЈПП јер одвраћа приватни сектор од посла.

8. УГОВОР О ЕУ И ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ КОМУНИТАРНОГ ПРАВА ПРЕМА ОСТАЛИМ УГОВОРНИМ ЈПП

Осим концесија и друге врсте уговорних ЈПП могу бити изван опсега Директива ЕУ о јавним набавкама. То је случај у ситуацијама када је вредност уговора испод границе коју прописују Директиве; када је реч о не-

приоритетним сервисним уговорима и када је у питању уговор који Директиве ослобађају обавезе о оглашавању и надметању на тендеру по основу хитности. Такви уговори нису обухваћени Директивама, делом јер се сматра да нису увек од интереса за међуграничну размену. Ако неки уговор испуњава наведене услове и не спада под Директиве, на њега се примењују одредбе Уговора о ЕУ, описане у претходној глави.

Европска комисија је у посебном Саопштењу изнела своје погледе о комунитарном праву према додели уговора који не потпадају под Директиве за јавне набавке.²⁸ Према Комисији, обавеза оглашавања за уговоре укључује и обавезу спровођења јавног надметања, иако она не мора бити у форми званичног тендера. Надметање мора бити у складу са општим принципом једнакости, који укључује захтеве за разумним роковима, увид у критеријуме доделе уговора итд, слично одредбама Директива, али Саопштење ЕК сматра да се нека правила у Директивама не примењују на исти начин у поређењу са правилима Уговора о ЕУ. Иако по Директивама неки уговори не морају да се оглашавају и да се спроводи надметање, они морају бити у складу са принципом једнаког третмана Уговора о ЕУ, што подразумева отворену конкуренцију и надметање и укључује све обавезе које имају и Директиве, које, парадоксално, ослобађају поменуте уговоре у наведеним ситуацијама од обавезе оглашавања и надметања.

Овакав став Комисије створио је толику забуну, да је Немачка са још 7 чланица тужила Европску комисију Врховном суду ЕУ 2006. године, због тога што сматра да је Комисија у Саопштењу донела нова обавезујућа правила која су у супротности са комунитарним правом и која производе правне ефекте на чланице ЕУ и да Комисија није надлежна да доноси одредбе које су обавезујуће за чланице, а које су у супротности са највишим правним актом - Уговором о ЕУ.²⁹ Суд је 2010. године установио да је тужба неоснована, јер Саопштење ЕК није правно обавезујући документ.³⁰

Након овог и већ поменутог случаја Телаустриа, који су отворили питање обавезе о транспарентности уговора, уследила је интензивна критика научних кругова. Главне критике упућене су у три правца:

- Да Комисија прелази границу прихватљиве судске интерпретације и предузима законодавне активности које подривају правилан однос одговорности између законодавне и судске власти ЕУ, јер правила која доноси Комисија директно су супротна одредбама комунитарног права која дозвољавају искључење одређених типова уговора из детаљне регулације;

²⁸ EC: *Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provision of the Public Procurement Directives*, OJ C179/2, 2006.

²⁹ Случај T-258/06 *Germany vs Commission*, OJ C-294/52, 2006.

³⁰ European Commission legal service: *Summaries of important judgments - Case T-258/06*, доступно на: http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/06t258_en.pdf, (приступљено 3.4.2013.)

- Да Комисија производи несигурност у земљама чланицама, јавним ентитетима која спроводе јавне набавке и потенцијалним учесницима тендера;

- Да Комисија намеће неосноване препреке чланицама у слободи избора у одређивању начина на који ће доћи до најисплативијег уговора који су искључени из регулације Директива;

- И посебно зато што судије ЕЦЈ не би требало да суде тако што у ствари желе да помире ставове различитих политика јавних набавки.³¹

И поред бројних критика о захтевима о транспарентности за уговоре који нису обухваћени Директивама, иста судска пракса потврђена је од стране Великог већа ЕЦЈ у случају *Coname*.³² Реч је о концесији за услуге за управљање гасоводом у италијанској комуни *Cingia de Botti*. Конзорцијум *Coname* тужио је комуноу јер је доделила концесију за услуге предузећу без тендера у ком је 97% власништва јавно. Суд је одбацио такву могућност, без обзира што концесија за јавне услуге нема у Директивама, јер су прекршени принципи Уговора о ЕУ о слободи оснивања (чл. 43) и пружања услуга (чл. 49). Одбачена је и могућност да се 97% капитала може сматрати интерном (енг. *in-house*) јавном набавком, у којој не важе правила ЕУ о јавним набавкама.

9. ЗАКЉУЧАК О ЗАКОНСКОМ ОКВИРУ ЕУ ПРЕМА ЈПП

Расправа о проблему недостатка прецизне дефиниције ЈПП и пратеће законске регулативе у ЕУ започета је 2000. године.³³ Неколицина земаља чланица указала је на недостатак јасних правила игре у области ЈПП. У расправу се укључила и Европска комисија, са закључком да недостатак правила није проблем. У 2004. години, ЕК је објавила *Зелену књићу о ЈПП*³⁴

³¹ S. Arrowsmith: *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 2005), поглавље 4.16; A. Brown: *Seeing Through Transparency: the European Court's Case Law on the requirement to advertise Public Contracts and Concessions under the EC Treaty*, 2007, Public Procurement Law Review 1; P. Braun: *A Matter of Principle(s): the Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives*, 2000, Public Procurement Law Review 39; P. Horijk and A. Meulenbelt: *A Bridge Too Far: Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation of Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed*, 2005, Public Procurement Law Review 123; D. McGowan: *Clarity at Last? Low Value Contracts and Transparency Obligations*, 2007, Public Procurement Law Review 274.

³² Случај C-231/03 *Conorzio Aziende Metano (Coname) vs Comune di Cingia de' Botti*, 2005, E.C.R. I-7287.

³³ Sue Arrowsmith, *PPP and the European procurement rules: EU policies in conflict?*, Common market law review, 2000, бр. 37, стр. 709-737

³⁴ EC: *Green paper on PPP and community law on public contracts and concessions*, Brussels, COM(2004)327 final.

у којој је евидентно да постоји недостатак законске регулативе о ЈПП у постојећим правилима о јавним набавкама ЕУ. Исте године је и Европски парламент затражио да се објаве водичи и релевантна разјашњења у вези са успостављањем институционалних ЈПП - ИЈПП. У одговору ЕК из 2005, тзв. Саопштењу³⁵, став ЕК је и даље био исти, осим што су дата појашњења о проблемима ИЈПП. Очигледно је да ЕК не планира да креира било какав закон о ЈПП у ближој будућности.

Известан напредак у прилагођавању крутог законодавства у сектору јавних набавки ЕУ и динамичног сектора ЈПП, учињен је чланом 29. Директиве за јавне радове (2004/18/ЕЦ), где је јавном партнеру у ЈПП дозвољено да користи конкурентни дијалог (енг. *Competitive dialogue*). Увођење члана 29 представља покушај прилагођавања рестриктивних процедура у процесу јавних набавки у комунитарном праву са потребама нарастајућег ЈПП тржишта и неопходности преговарања и кооперације у склапању јавно-приватних партнерстава. Конкурентни дијалог не доноси конкретан напредак и решавање проблема забране реуговарања у законодавству ЕУ. Проблем и даље остаје: ЈПП уговори су на дуг рок и немогуће је предвидети еволуцију сервиса или продукта деценијама унапред. Зато је немогуће у старту предвидети и све тачке уговора. Услед генералне забране реуговарања у пољу јавних уговора у ЕУ, они остају некомплетни у ситуацијама када је тешко дефинисати крајњи циљ ЈПП.

³⁵ ЕК: *Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European economic and social Committee and the Committee of the Regions on PPPs and Community Law on Public Procurement and Concessions*, Brussels, COM (2005)569 final.

*Vladimir Vasiljev, LL.M., Ph.D. Student
University of Belgrade
Faculty of Political Sciences*

The Legal Framework of the EU towards Public-Private Partnerships

Abstract: *This paper presents an overview of the basic elements of the status of public-private partnerships in community law. Displays an overview of EU legislation that deals with the PPP and the basic principles of community law and their impact on PPP arrangements. In particular, analyzes Articles 56 and 49 of the EU Treaty on the freedom to provide services and freedom of establishment and the positive provisions on transparency, and examples from the case law of the European Court of Justice. It analyzes the Public Procurement Directives of the European Commission and its impact on PPP. In particular, we analyze the relationship Directive as concessions as a PPP model and other contractual PPPs, as well as their position in relation to the EU Treaty and the fundamental principles of community law. In conclusion summarizing the shortcomings of the current EU legislative framework in relation to PPP.*

Key words: *Community law, public-private partnerships, EU public procurement Directives*

