

mr Vladimir Vasiljev

vladavasiljev@gmail.com

INTERPRETATIVNA SAOPŠTENJA EVROPSKE KOMISIJE O JAVNO-PRIVATNIM PARTNERSTVIMA

Sažetak:

Javno-privatna partnerstva (JPP) su aktuelna u Evropi od 1992. godine, kao nov model infrastrukturnih ulaganja u kome projektovanje, finansiranje, upravljanje i većinu rizika snosi privatni sektor, dok predmet JPP ostaje u vlasništvu javnog sektora za vreme, ili nakon isteka ugovora o JPP. Zakonodavni okvir koji se primenjuje na JPP podrazumeva Ugovor o EU, dve Direktive o javnim nabavkama, relevantnu sudsku praksu Evropskog suda pravde i pet Saopštenja Evropske Komisije o JPP. Prva tri dokumenta su obavezujući zakoni (eng. *Hard Law*), dok su Saopštenja EK neobavezujuća, tzv. meka pravna mera (eng. *Soft Law*), koja je u suštini vodič za primenu obavezujućih zakona i predstavlja тумачење и гледиште EK када су у питању JPP. Iako neobavezujuća, Saopštenja EK o JPP predstavljaju veoma važne smernice u тумачењу и регулацији области dodele javnih ugovora i veoma su čest predmet rasprave, kako u stručnim krugovima, tako i u sporovima pred ECJ. U ovom radu se predstavljaju svih 5 saopštenja koje je dosad objavila EK a tiču se JPP, sa svim pojašnjenjima i nedoumicama koje iz njih proizlaze.

Ključne reči:

Javno-privatna partnerstva, komunitarno pravo, Interpretativna saopštenja Evropske komisije, javne nabavke u EU

Interpretativna saopštenja Evropske komisije o JPP (eng. *EC Interpretative Communications*)

Evropska komisija je od 2000-2009 godine usvojila pet dokumenata u formi vodiča za primenu pravila javnih nabavki EU u odnosu na JPP.

Navodimo ih u originalnim nazivima sa prevodom:

1. Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law, 2000, OJ C 121/2, (Interpretativno saopštenje Komisije o kocesijama u komunitarnom pravu);
2. Green Paper on PPP and Community law on public contracts and concessions, 2004, COM(2004)327, (Zelena knjiga o JPP i komunitarnom pravu o javnim ugovorima i koncesijama);
3. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the PPP and Community law on Public Procurement and Concessions, 2005, COM(2005)569, (Saopštenje Komisije o JPP i komunitarnom pravu o javnim nabavkama i koncesijama)¹;
4. Interpretative Communication on the application of Community law on public procurement and concessions to IPPP, 2008, C(2007)6661, (Interpretativno saopštenje o primeni komunitarnog prava u javnim nabavkama i koncesijama prema IPPP);
5. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Mobilising private and public investment for recovery and long term structural change: developing PPPs, 2009, COM(2009)615, (Saopštenje Komisije o privlačenju javnih i privatnih investicija i razvoju JPP)².

Vodiči nisu zakonski obavezujući dokumenti (tzv. *Soft law*). Njihova uloga je da razjasne na koji način se pravila o javnim nabavkama EU primenjuju u različitim vrstama JPP aranžmana. Vodiči pokazuju na koji način Evropska komisija razume postojeći zakonodavni okvir i precedentno pravo (eng. *Case law*)³. Članice EU i privatni sektor najčešće se oslanjaju upravo na ove vodiče da bi umanjili rizik kršenja evropskog zakonodavnog okvira za JPP.

6.8.1. Interpretativno saopštenje Komisije o koncesijama u komunitarnom pravu (eng. Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law, 2000, OJ C 121/2)

¹ Prevod je skraćen zbog razumljivosti.

² Prevod je skraćen zbog razumljivosti.

³ Precedentno pravo je izraz kojim se označavaju [izvori prava](#) koji se temelje na [sudskim](#) presudama ili odlukama odgovarajućih organa. Precedentno pravo se razvilo iz [običajnog prava](#), a u državama [anglosaksonske](#) tradicije predstavlja najvažniji izvor prava, dok su u zemaljama kontinentalne tradicije glavni izvor prava pisani [zakoni](#), ali i u njima precedentno pravo postoji u obliku [sudske prakse](#).

Saopštenje ima tri poglavlja: Uvod, Definicija i opšti problem koncesija, i Režim koji se primenjuje na koncesije⁴. Cilj Saopštenja jeste povećavanje transparentnosti u razjašnjavanju trenutnog zakonodavnog okvira u odnosu na koncesije, definisanje karakteristika koncesija i njihovih razlika u odnosu na javne ugovore, pojašnjavanje pravila i principa Ugovora o EU po pitanju koncesija, kao i pravila koja Direktiva 93/37/EEC o ugovorima za javne radove implicira kod koncesija za javne radove.

U Uvodu se ističe da je udeo privatnog sektora u obezbeđivanju infrastrukture i javnih servisa opadao nakon prve četvrtine 20. veka, jer je te poslove sve više preuzimala država. Međutim, 90-ih godina 20. veka, dolazi do ponovnog interesovanja za uključivanje privatnog sektora u javne poslove zbog nedostatka novca u budžetima vlada.

Komisija ističe da Ugovor o EU u članu 295 garantuje neutralnost u izboru javnog ili privatnog vršioca posla ili usluge. Stoga se naglašava da u infrastrukturnim projektima ili servisnim uslugama i javni i privatni sektor imaju jednak tretman kod naručioca posla (zemlje članice ili nekog nižeg nivoa javne uprave).

Drugi deo se zove Definicija i opšti problem koncesija. Prvo se stavlja do znanja da koncesije uopšte nisu definisane Ugovorom o EU. Jedini pomen koncesija može se naći u već pominjanoj Direktivi 93/37/EEC o ugovorima za javne radove, koja govori o specifičnim odredbama za koncesije za javne radove. Druge forme koncesija ne obuhvataju ni ostale direktive o javnim ugovorima⁵. To ne znači da koncesije nisu predmet pravila i principa Ugovora o EU. Njih regulišu zakoni država članica koji moraju biti usklađeni sa principima Ugovora o EU.

U drugom delu se razmatraju koncesije za javne radove i koncesije za usluge.

Definicija koncesija za javne radove bazirana je na definiciji ugovora za javne radove, koji se određuju kao ugovori između izvođača/ugovarača (eng. *Contractor*) i naručioca (eng. *Contracting authority*), a čiji je cilj izvođenje ili projektovanje (eng. *Design*) i izvođenje radova po zahtevima naručioca.⁶ Iz toga se izvodi definicija koncesije za javne radove kao ugovor istog tipa kao ugovor za javne radove, osim što se u slučaju koncesije za javne radove javlja pravo eksploatacije predmeta koncesije, sa ili bez dodatnih nadoknada.

Upravo je pravo eksploatacije predmeta koncesije ono što čini razliku između ugovora i koncesija za javne radove. Koncesionar se ne naplaćuje od javnog partnera, kao u ugovoru o javnim radovima, već direktno od krajnjih korisnika predmeta koncesije. Tipičan primer koncesije za

⁴ Saopštenje EK je iz 2000. godine i u njemu se poziva na Direktivu 93/37/EEC iz 1993. Reč je o Direktivi o ugovorima za javne radove (eng. *Council Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts*). Čitaoca ne treba da zbuni što se u poglavlju 6.7.1, koje govori o novijim Direktivama EK iz 2004, pominje Direktiva o ugovorima za javne radove, 2004/18/EC, koja govori o procedurama za dodelu ugovora za javne radove, snabdevanje i usluge (eng. *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*).

⁵ Direktiva 92/50/EEC iz 1992. o procedurama dodele ugovora za javne usluge; Direktiva 93/36/EEC iz 1993. o procedurama dodele ugovora za javna snabdevanja i Direktiva 92/38/EEC iz 1993. o proceduri javne nabavke u sektorima vodosnabdevanja, energije, transporta i telekomunikacija.

⁶ *Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law*, 2000, OJ C 121/2, poglavlje 2.1.1

javne radove jeste izgradnja auto-puta, gde koncesionar finansira izgradnju, upravlja poslovanjem i naplaćuje korišćenje puta od korisnika.

Pravo eksploatacije povlači i drugačiju podelu rizika. Na koncesionaru je i rizik izgradnje i upravljanja. U slučaju da je bilo koji od tih rizika u ugovoru na strani javnog partnera, takav ugovor se ne može smatrati koncesijom za javne usluge, već ugovorom o javnim uslugama. Javnom partneru se dozvoljava da isplaćuje naknade koncesionaru (pored naplate od direktnih korisnika koje već ubira) u slučajevima kada država želi da održi socijalnu cenu usluge (npr. nisku putarinu), i tada javni partner može snositi deo operativnih troškova upravljanja predmetom koncesije, ali u pitanju su manji iznosi u odnosu na vrednost investicije. Takođe, država može npr. garantovati minimalan protok saobraćaja i preuzeti tako deo rizika potražnje za uslugom, u smislu plaćanja naknade koncesionaru ako promet opadne ispod minimuma. Ipak, ceo rizik gradnje i najveći deo rizika potražnje za uslugom (promet i naplata), tj. ekonomski i finansijski rizik, u koncesijama za javne radove leži na strani koncesionara, dok u ugovorima za javne radove sve rizike snosi javni sektor kao naručilac radova.

Za razliku od Direktive o ugovorima za javne radove (93/37/EEC), koja definiše koncesije za javne radove, Direktiva za ugovore o javnim uslugama (92/50/EEC) ne definiše koncesije za javne usluge.⁷ Stoga EK u ovom Saopštenju (glavi 2.2) ističe da koncesije za usluge imaju isti kriterijum u njihovom određivanju kao i koncesije za javne radove, a to je načelo eksploatacije predmeta koncesije. Kao i u slučaju koncesija za javne radove, koncesije za usluge se razlikuju od ugovora za javne usluge kada izvođač (operator) snosi rizik uspostavljanja i eksploatacije usluge, kao i kada značajan deo prihoda ubira od korisnika usluge.

Primer problematike određivanja razlike između koncesije za usluge i ugovora za javne usluge jasnije se vidi u sudskom postupku EK i Italije, u slučaju *Lottomatica*. Naime, Država Italija je dala koncesiju na loto igru na sreću privatnoj firmi, koja je obezbedila softver. Međutim, EK je ocenila takav ugovor ništavim, jer koncesionar ne upravlja lutrijom, već država, tako da je rizik eksploatacije usluge na strani države i tada može biti reči samo o ugovoru za javne usluge, a ne koncesiji.⁸

Saopštenje EK pravi razliku između koncesija za javne radove i koncesija za usluge u sledećem: ako je predmet ugovora o koncesiji izgradnja nekog objekta u ime javnog naručioca, EK smatra da je reč o koncesiji za javne radove. U slučaju da je u ugovoru o koncesiji posao izgradnje sporedan u odnosu na glavni predmet ugovora, ili se radi o upravljanju već postojećim sistemom ili objektom, EK smatra takav ugovor koncesijom za usluge. Generalno, EK smatra koncesijom, bez obzira na naziv istog u pojedinačnim nacionalnim zakonodavstvima, svaki ugovor između države ili njenog nižeg javnog entiteta u kom se trećoj partiji poverava celokupno ili delimično upravljanje uslugom, koja bi inače bila odgovornost javnog sektora, a samim tim i odgovornost za upravljanje.

Sa druge strane, Saopštenje ne smatra koncesijom ugovore o dodeli ekonomskih aktivnosti koje neke članice EU smatraju koncesijama (npr. taksi koncesije, dozvole za otvaranje kioska ili kafića duž auto-puteva, ili ugovore koji se odnose na apoteke i benzinske pumpe. Takođe i ugovore za neekonomske aktivnosti kao što je obavezno obrazovanje ili socijalno osiguranje.

⁷ Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts, Official Journal L 209, 24/07/1992 P. 0001 - 0024

⁸ Case C-272/91 *Commission vs Italy (Lottomatica)*, ECR I-1409

Treće poglavlje Saopštenja govori o režimu koji se primenjuje na koncesije. Kao što Direktiva za javne radove propisuje, poseban režim se primenjuje samo za koncesije za javne radove čija je vrednost jednaka ili veća od 5 miliona evra.⁹ Državama članicama se dopušta sloboda davanja koncesija po sopstvenim zakonima i procedurama, ali pod uslovom da budu u skladu sa odredbama komunitarnog prava - Ugovorom o EU i principima koji proizlaze iz sudske prakse Evropskog suda pravde, a to su principi nediskriminacije, jednakog tretmana, transparentnosti i međusobnog priznavanja i proporcionalnosti.

Saopštenje ističe da, iako Ugovor o EU ne pominje posebno javne ugovore i koncesije, obavezujuće odredbe institucije i garantovanja nesmetanog funkcionisanja jedinstvenog tržišta moraju se poštovati: zabrana nacionalne diskriminacije, ograničavanja slobode protoka robe, osnivanja preduzeća i pružanja usluga.¹⁰

Princip jednakog tretmana podrazumeva da svaki potencijalni koncesionar mora biti unapred upoznat sa uslovima konkursa za dodelu koncesije, kao i da se uslovi moraju primenjivati na sve učesnike jednako po principima otvorenog nadmetanja.

Princip transparentnosti podrazumeva da svako javno telo koje želi da ponudi koncesiju mora to da učini transparentno i u skladu sa pravilima oglašavanja u EU, odnosno da oglašavanje mora da sadrži neophodne informacije koje omogućavaju potencijalnom koncesionaru da odluči da li ima interes da učestvuje na tenderu (predmet koncesije, priroda i okvir usluga koje se očekuju od koncesionara i kriterijumi selekcije i dodele koncesije).

Princip proporcionalnosti podrazumeva da svaki uslov koji postavlja javni sektor na tenderu za dodelu koncesije mora biti objektivni, neophodan i prikladan u odnosu na predmet koncesije.

Princip međusobnog priznavanja podrazumeva da članica koja dodeljuje koncesiju mora da prizna proizvode, usluge, tehničke specifikacije, sertifikate, diplome i tehničke specifikacije i kvalifikacije drugih učesnika iz drugih zemalja članica.

Kada je reč o Direktivi za javne usluge¹¹, ona ne sadrži pravila za koncesije za javne radove, niti koncesije za javne usluge. Koja pravila će se primeniti, zavisi od prirode koncedenta. Ako koncesiju dodeljuje država ili javni entitet koji ne radi u nekom od četiri sektora koja obuhvata Direktiva za usluge, primenjuju se prethodno opisani principi Ugovora o EU, ili Direktiva o ugovorima za javne radove, ako je reč o koncesiji za javne radove. Ako je koncedent javni entitet iz jednog od četiri sektora Direktive za javne usluge, pravila i principi Ugovora o EU važe u svakom slučaju, i kad je u pitanju koncesija za javne radove, zato što Direktiva o ugovorima za javne radove ne pokriva koncesije u pomenutim sektorima, već samo koncesije za javne radove.

⁹ *Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law*, 2000, OJ C 121/2, poglavlje 3.

¹⁰ Detaljnije o principima Ugovora o EU pisano je u glavi 6.5. Čitaoca ne treba da zbuni da se u Saopštenju uz svaki od principa Ugovora o EU navode drugačiji članovi Ugovora nego što su navedeni u glavi 6.5. Saopštenje je iz 2000. godine, pa se navode članovi iz Mاستrihtskog ugovora iz 1992, dok su u glavi 6.5 članovi iz Lisabonskog ugovora iz 2009. Međutim, u oba Ugovora o EU principi komunitarnog prava su isti.

¹¹ U Saopštenju je to Direktiva 93/38/EEC po Mاستrihtskom, odnosno *Services Directive 2004/17/EC* po Lisabonskom ugovoru, kako se navodi u glavi 6.5. Reč je o istoj Direktivi za ugovore u sektorima vodosnabdevanja, energije, transporta i telekomunikacija, koja se naziva i Komunalnom direktivom (eng. *Utilities Directive*).

Na kraju, ako je koncedent privatna firma, pravila Ugovora o EU i Direktiva o javnim nabavkama ne važe.

6.8.2 Zelena knjiga o JPP i komunitarnom pravu o javnim ugovorima i koncesijama (eng. Green Paper on PPP and Community law on public contracts and concessions, 2004, COM(2004)327)

Zelena knjiga o JPP ima tri poglavlja. Prvo je uvodno i govori o razvoju JPP i svrsi knjige, drugo je o ugovornim, a treće o institucionalnim JPP.¹²

Na samom početku ističe se da termin JPP nije definisan na nivou EU i da Zelena knjiga objašnjava fenomen JPP iz perspektive zakonodavstva EU o javnim ugovorima i koncesijama.¹³ Jasno je da se termin JPP odnosi na oblike saradnje javnog i privatnog sektora sa ciljem osiguravanja finansiranja, izgradnje, obnove, upravljanja ili održavanja infrastrukture, ili pružanja usluga. JPP sadrži karakteristične elemente: dugoročne ugovore, privatno finansiranje, ulogu privatnog partnera u planiranju, izgradnji i upravljanju projektom i podelu rizika.¹⁴

Osnovni razlozi javljanja JPP jesu budžetska ograničenja, ali i bolji menadžment privatnog sektora i naprednija tehnička rešenja. U svakom slučaju, neophodno je proceniti vrednost za novac JPP u odnosu na tradicionalne načine finansiranja. U tu svrhu neke države su formirale posebna tela za koordinaciju i promociju JPP.¹⁵ Sama Evropska komisija objavila je 2000. godine Interpretativno saopštenje o koncesijama u komunitarnom pravu, o čemu govori prethodno poglavlje, a dalje se ukazuje i na nove Direktive iz 2004, kojima se uvodi konkurentni dijalog.¹⁶ Međutim, regulacija o odabiru privatnih partnera u JPP ostala je i dalje nehomogenizovana, što je nastavilo da izaziva nesigurnost na tržištu javnih usluga u EU. Kao inicijativu za rešavanje tog problema, Evropski parlament je pozvao Komisiju da izradi nacrt Direktive sa ciljem uvođenja homogenih pravila u sektoru JPP. U kontekstu Strategije za unurašnje tržište od 2003-2006¹⁷, EK je najavila da će objaviti Zelenu knjigu o JPP i komunitarnom pravu o javnim ugovorima i koncesijama, kako bi se pokrenula rasprava o JPP i utvrđivanju jasnijih pravila igre u ovoj oblasti.

Zato je svrha Zelene knjige određivanje pravila prilikom dodele JPP privatnim partnerima i postizanje otvorenijeg pristupa JPP u tržišnom nadmetanju u transparentnijem pravnom okruženju.¹⁸ Predlaže se početno razlikovanje ugovornih i institucionalnih JPP.¹⁹

¹² O svakom delu Zelene knjige u ovom radu postoje posebna poglavlja, tako da će prikaz Zelene knjige biti skoncentrisan na informacije kojih nema u drugim dokumentima EK ili ovom radu.

¹³ *Green Paper on PPP and Community law on public contracts and concessions*, 2004, COM(2004)327, poglavlje 1.2, tačka 8.

¹⁴ Opširnije o karakteristikama JPP u poglavlju 3.

¹⁵ Opširnije u poglavlju 5.1

¹⁶ Opširnije u poglavlju 6.4

¹⁷ *Strategy for the internal market, Priorities 2003-2006*, COM (2003) 238 final

¹⁸ *Green Paper on PPP and Community law on public contracts and concessions*, 2004, COM(2004)327, poglavlje 1.3, tačka 18.

¹⁹ Opširnije u poglavlju 4.

Drugo poglavlje Zelene knjige govori o ugovornim JPP i komunitarnom pravu o javnim ugovorima i koncesijama. Razlikuje se koncesija od PFI modela.²⁰ Prvo se razmatra dodela ugovora za javne radove ili usluge u svetlu postojećih Direktiva, sa posebnim osvrtom na konkurentni dijalog,²¹ a zatim postupak dodele koncesije.²² Komisija zaključuje da se pravila koja proizlaze iz Ugovora o EU i Direktiva mogu sažeti u sledećim obavezama: utvrđivanje pravila o odabiru privatnog partnera, transparentno oglašavanje i pravila odabira koncesionara, uvođenje načela jednakog postupanja prema svim učesnicima na tenderu i nediskriminatorski odabir na osnovu objektivnih kriterijuma. Ovi principi prava Zajednice ne uključuju koordinaciju zakonodavstva članica. Samo Španija, Italija i Francuska imaju posebne zakone o dodeli koncesija. Takva situacija doprinosi pravnoj nesigurnosti potencijalnih koncedenata i povećavanju troškova organizacije koncesionih projekata. Zato Komisija predlaže izradu predloga zakona u cilju koordinacije postupaka za dodelu koncesija u EU.²³

U poglavlju 2.2 Zelene knjige obrađuje se praksa private inicijative u sklapanju JPP aranžmana. U takvim slučajevima privatni sektor ima pravo da predlaže projekte JPP javnom sektoru. Komisija zaključuje da ovakvi postupci posebno moraju biti transparentni, kako ne bi došlo do favorizovanja pojedinačnih partnera, pogotovo zbog mogućnosti subvencionisanja inicijatora JPP od strane javnog partnera.

Dalje se analizira faza koja sledi nakon odabira privatnog partnera. Sekundarno zakonodavstvo EU o javnim ugovorima i koncesijama odnosi se na fazu dodele ugovora, dok faza nakon odabira privatnog partnera nije regulisana. Ugovorne odredbe koje se odnose na fazu sprovođenja JPP predmet su nacionalnih zakonodavstava, ali moraju biti u skladu sa načelima Ugovora o EU u principima jednakog tretmana i transparentnosti. U tom kontekstu, pomenuti principi su važni u proceni trajanja ugovora i raspodeli rizika, tako da pitanja trajanja i rizika moraju biti deo poziva na tender, kako bi potencijalni ponuđači mogli da ih uzmu u obzir prilikom pripremanja svojih ponuda. Nakon dodele ugovora, pravo EU odbacuje mogućnost izmene ugovora bez raspisivanja novog tendera, osim u slučajevima neprofitnih aktivnosti.

U slučajevima podugovaranja, Komisija ističe da koncesionar mora sklopiti podugovore u toku tenderske procedure, tako da u ponudi budu vidljivi svi podugovori sa trećim licima. U slučaju koncesija za javne radove čija vrednost prelazi 5 miliona evra, koncedent može tražiti od koncesionara da unapred sklopi podugovore za najmanje 30% ukupne vrednosti posla.

Treće poglavlje Zelene knjige govori o institucionalnim JPP - IJPP.²⁴ Prednost IJPP za javni sektor jeste veća kontrola projekta kroz prisustvo u telima koja donose odluke. Zelena knjiga razlikuje dva načina uspostavljanja IJPP: formiranjem zajedničkog preduzeća, ili kada već postojeće javno preduzeće kontroliše privatni partner.

Pravo EU o javnim ugovorima i koncesijama ne primenjuje se pri osnivanju privrednih društava mešovitog kapitala, ali ako se takva društva osnivaju radi poslova koji potpadaju pod javne ugovore ili koncesije, moraju se poštovati načela prava EU o dodeli javnih ugovora, kao i sva

²⁰ Koncesije i PFI model detaljnije obrađuju poglavlja 4.5 i 4.6

²¹ O Direktivama o dodeli javnih ugovora detaljnije u poglavlju 6.7, a konkurentnom dijalogu u poglavlju 6.4

²² O koncesijama u zakonodavstvu EU detaljnije u poglavljljima 6.5 i 6.7.1

²³ *Green Paper on PPP and Community law on public contracts and concessions*, 2004, COM(2004)327, poglavlje 2.1, tačka 35.

²⁴ Detaljnije o IJPP u poglavlju 4.7

četiri principa koja proizlaze iz Ugovore o EU. Uslovi kojima se reguliše stvaranje zajedničkog preduzeća moraju se jasno utvrditi prilikom objavljivanja tendera za poslove koji se žele poveriti privatnom partneru. Ovi uslovi ne smeju kršiti slobodu pružanja usluga, udruživanja i ne smeju biti nesrazmerni projektnom cilju. Privatni partner ne sme biti u privilegovanom položaju u mešovitom telu u smislu da može rezervisati za sebe određene poslove u budućem JPP bez prethodnog nadmetanja u tenderskom postupku.

Pravo EU se takođe ne primenjuje ni u slučajevima preuzimanja privrednih društava, što je slučaj u IJPP kada privatni partner kontroliše javno preduzeće. Međutim, u skladu sa članom 43 Ugovora o EU o slobodi osnivanja, ako javno telo prenosi trećoj strani svoj udeo kojim se omogućava uticaj na usluge koje su u nadležnosti države, odredbe o slobodi udruživanja moraju biti u skladu sa načelima transparentnosti i jednakog postupanja, kako bi se obezbedilo da svaki potencijalni privatni partner ima jednak pristup obavljanju aktivnosti koje su do osnivanja mešovitog tela bile rezervisane za javno telo. Suština je da se ne dozvoli da takav prenos kapitala ne predstavlja prikriveno favorizovanje dodele poslova unapred dogovorenom privatnom partneru kroz ugovore koji potpadaju pod javne ugovore ili koncesije.

Na kraju Zelene knjige, Komisija poziva sve zainteresovane stranke da dostave odgovore na 22 postavljena pitanja o JPP.

6.8.3 Saopštenje Komisije o JPP i komunitarnom pravu o javnim nabavkama i koncesijama (eng. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the PPP and Community law on Public Procurement and Concessions, 2005, COM(2005)569)²⁵

Saopštenje nakon uvodnog izlaganja razmatra ključna pitanja o mogućoj nadgradnji zakonodavstva EU o pitanjima JPP, treći deo se bavi koncesijama, a četvrti IJPP.

U uvodu se ističe da se, godinu dana nakon objavljivanja Zelene knjige, Evropska komisija obratila Evropskom parlamentu, Veću, Ekonomskom i socijalnom komitetu i Regionalnom komitetu, novim Saopštenjem o JPP i komunitarnom pravu o javnim nabavkama i koncesijama. Povod za ovo Saopštenje je rasprava o JPP koja je pokrenuta Zelenom knjigom. Komisija je primila gotovo 200 dopisa sa komentarima, primedbama i predlozima na temu JPP koje je pokrenula Zelena knjiga. Evropski ekonomski i socijalni komitet i Komitet regiona razmatrali su i usvojili mišljenja o Zelenoj knjizi, a u maju 2005, objavljen je izveštaj o analizi svih pristiglih

²⁵ Prevod je skraćen zbog razumljivosti.

komentara.²⁶ Stoga je cilj ovog Saopštenja objavljivanje zaključaka do kojih se došlo nakon razmatranja komentara na Zelenu knjigu, ali uz uzimanje u obzir i sudske prakse Evropskog suda pravde o slučajevima JPP. Na taj način će Komisija saznati da li ima potrebe da se poboljša postojeći zakonski okvir EU u odnosu na javne nabavke i koncesije, a samim tim i na JPP.

Drugi deo Saopštenja bavi se nerešenim pitanjima o JPP u odnosu na postojeći pravni okvir EU. Razmatrajući komentare na Zelenu knjigu, Komisija je zaključila da dopunu zakonodavstva EU u smislu poboljšanja pravne sigurnosti zahtevaju dve oblasti: dodela koncesija i formiranje IJPP, o čemu će se posebno baviti u 3. i 4. poglavlju Saopštenja. Značajno interesovanje primećeno je i za pitanja o konkurentnom dijalogu, koji je uveden Direktivom 2004/18/EC, specijalno namenjenom za procese dodele kompleksnih javnih ugovora.²⁷ Glavne zamerke odnose se na zaštitu intelektualne svojine i ograničavanje uloga koje potencijalni ponuđači moraju da uplate za učešće u takvoj vrsti tendera. Komisija obećava da će na svojoj internet stranici objaviti pojašnjenja odredbi o konkurentnom dijalogu,²⁸ a u saradnji sa Evropskom investicionom bankom osnovati ekspertske centar za JPP.²⁹

Treći deo govori o koncesijama. Većina komentara na Zelenu knjigu u vezi sa koncesijama upućuje na potrebu konzistentnijeg pravnog okruženja u dodeli koncesija. To mogu da urade samo tela EU, da bi se izbeglo područje neusaglašenih i nepotpunih nacionalnih zakonodavstava u polju koncesija, pogotovo kod novih članica.³⁰ To se može uraditi na dva načina: objavljivanjem neobavezujućeg vodiča, ili donošenjem zakonske regulative koja precizira obaveze koje proizlaze iz opštih principa Ugovora o EU.

Neobavezujući vodič već postoji - to je Interpretativno saopštenje Komisije o koncesijama u komunitarnom pravu³¹ iz 2000. godine, koje je analizirano u poglavlju 6.8.1. Međutim, komentari Zelene knjige ukazuju da se u Saopštenju ne preciziraju na jasan način principi Ugovora o EU u dodeli koncesija. Komisija zaključuje da Saopštenje samo po sebi ne može biti od velike koristi kao tumačenje zakona EU, jer su i sami zakoni neprecizni, i da bi eventualna nadgradnja Saopštenja iz 2000. verovatno bila uzaludna u pokušaju da se poboljša pravna sigurnost po pitanju dodele koncesija.

Zaključak Komisije je da bi bolje bilo da se pokrene zakonodavna inicijativa o regulisanju procedure dodele koncesija.

Četvrti deo govori o IJPP. Komentari Zelene knjige izražavaju najurgentniju potrebu za pojašnjenjima o primeni pravila o javnim nabavkama EU u odnosu na formiranje IJPP. U praksi su IJPP neprimenjiva upravo zbog straha potencijalnih partnera da se nakon formiranja IJPP ne pokaže da proces nije u saglasnosti sa zakonima EU. Komisija smatra da je u ovom trenutku

²⁶ Commissions of the European Communities, SEC(2005) 629, Commission staff working paper- *Report on the public consultation on the Green paper on PPPs and Community law on public contracts and concessions*, Brussels 3.5.2005.

²⁷ Opširnije o konkurentnom dijalogu u poglavlju 6.4.4

²⁸ EC: *Explanatory note- Competitive dialogue- classic directive, 2005.*

²⁹ EPEC - European PPP Expertise Center, osnovan je 2011.

³⁰ Koliko je zakonodavni okvir po pitanjima koncesija loš, govori originalni tekst u poglavlju 3.2. Saopštenja EK i izbor reči kojima EK opisuje stanje u zakonodavstvu članica vezano za koncesije: *Private stakeholders particularly underlined that only EU level action could provide such legal certainty avoiding at the same time the problems posed by the patchwork* ("krpež", podvukao aut.) *of national legislation, especially with regard to the new Member States which need private finance most.*

³¹ *Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law, 2000, OJ C 121/2*

najkorisnije objavljivanje Saopštenja o IJPP, koje ne postoji, ali izražava i bojazan da će i to Saopštenje biti nedovoljno kao i ono o koncesijama.

6.8.4 Interpretativno saopštenje o primeni komunitarnog prava u javnim nabavkama i koncesijama prema IJPP (eng. Interpretative Communication on the application of Community law on public procurement and concessions to IPPP, 2008, C(2007)6661

Tri godine nakon Saopštenja Komisije o JPP i komunitarnom pravu o javnim nabavkama i koncesijama iz 2005, u kom je obećano posebno Saopštenje o IJPP, Komisija je objavila i taj dokument. Saopštenje ima uvodni deo i dva dela koja govore o postupku osnivanja i fazi nakon osnivanja IJPP.

U uvodu se podseća da Komisija smatra IJPP kao kooperaciju između javnog i privatnog partnera koja uključuje osnivanje novog preduzeća mešovitog kapitala u cilju sprovođenja javnih ugovora ili koncesija. Udeo privatnog partnera u IJPP sastoji se (pored učešća u kapitalu) u aktivnom učestvovanju u realizaciji ugovorenih poslova i upravljanju javno-privatnim preduzećem. IJPP se ne može smatrati prosto unošenje kapitala privatnih investitora u javno preduzeće. Kao što je zaključeno u prethodnom Saopštenju, postoji pravna neuređenost pitanja IJPP, što dovodi do oklevanja i u javnom i u privatnom sektoru kada je u pitanju pravljenje takvog ugovornog aranžmana. Komisija naglašava da Saopštenje ne donosi nikakava nova pravila, već da izražava Komisijino shvatanje Ugovora o EU, Direktiva o javnim nabavkama i sudske prakse Evropskog suda pravde, koji je jedina instanca čija interpretacija komunitarnog prava ima pravno obavezujuće značenje i važnost.

Drugi deo Saopštenja govori o procesu osnivanja IJPP. Iako u komunitarnom pravu ne postoje posebne odredbe o osnivanju IJPP, u svim poljima javnih nabavki i koncesija, kao i u svim slučajevima kada javno preduzeće želi da poveri neku ekonomsku aktivnost trećoj strani, važe principi jednakog tretmana, zabrane diskriminacije po osnovu nacionalnosti i slobode osnivanja i pružanja usluga.³² Takođe, iz osnovnih principa Ugovora o EU (čl. 43 i 49), proizlaze i principi transparentnosti, međusobnog uvažavanja i proporcionalnosti. Činjenica da IJPP predstavljaju zajedničko preduzeće javnog i privatnog partnera ne može ni u kom slučaju da izuzme obavezu javnog partnera da poštuje pravila dodele javnih ugovora po principima prava zajednice. Isto tako, učešće privatnog partnera u kapitalu zajedničkog preduzeća (čak i kada je manjinsko), ne može ni u kom slučaju da se posmatra kao interni odnos (eng. *In-house relationship*)³³ između javnog i privatnog partnera. U tom slučaju bi se zaobišao zakon o javnim nabavkama pri dodeli javnih ugovora.

Proces sklapanja IJPP je dvojak: formiranjem novog preduzeća udruženog privatnog i javnog kapitala i dodelom javnog ugovora ili koncesije tom novom preduzeću, ili učešćem privatnog partnera u već postojećem javnom preduzeću koje je već dobilo interni javni ugovor ili koncesiju. Komisija ne smatra praktičnom duplu tendersku proceduru - jedan tender za formiranje IJPP, a drugi za dodelu koncesije ili javnog ugovora javno-privatnom preduzeću. Preporuka Komisije o

³² Detaljnije o osnovnim principima Ugovora o EU u poglavlju 6.5

³³ U internom odnosu, tj. javnoj nabavci koja ima interni (eng. *In-house*) karakter, zakon o javnim nabavkama se ne primenjuje.

formiranju IJPP jeste da se u jednoj tenderskoj proceduri izabere i privatni partner za buduće zajedničko preduzeće i da se dodeli javni ugovor ili koncesija zbog koje se i sklapa IJPP.

Pravni osnov selekcije privatnog partnera u formiranju IJPP zavisi od vrste posla. Ako je u pitanju javni ugovor koji pokrivaju Direktive o javnim nabavkama, procedura odabira privatnog partnera određena je Direktivama. Ako je u pitanju koncesija za javne radove, javni ugovor koji nije u potpunosti pokriven Direktivama, koncesija za usluge, ili javni ugovor koji ne pokrivaju Direktive, procedura mora biti u saglasnosti sa principima Ugovora o EU.

Ako formiranje IJPP uključuje dodelu ugovora privatnom partneru koji u potpunosti pokriva Direktiva za javne radove (2004/18/EC), koristi se otvoreni, restriktivni, pregovarački postupak ili konkurentni dijalog.³⁴

Da bi se ispunili principi transparentnosti i jednakog tretmana Ugovora o EU, javni partner mora da objavi poziv za tender sa kriterijumima selekcije i dodele ugovora za osnivanje budućeg IJPP. Poziv za formiranje IJPP mora da sadrži podatke o javnom ugovoru ili koncesiji zbog koje se traži privatni partner za osnivanje IJPP, dužinu trajanja javnog ugovora ili koncesije, statut i odredbe budućeg zajedničkog preduzeća, akcionarski ugovor i druga pravna sredstva kojima se regulišu odnosi partnera u IJPP. Statut i ostala osnivačka dokumenta bi trebalo da sadrže klauzulu moguće promene privatnog partnera tokom funkcionisanja IJPP.

Treći deo Saopštenja govori o fazi nakon osnivanja IJPP. Nakon osnivanja IJPP nije dozvoljeno aneksima dodavati nove poslove ili usluge već ugovorenom javnom ugovoru ili koncesiji koja je predmet sklapanja IJPP bez raspisivanja novog tendera. Izuzeci su u slučajevima nepredviđenih okolnosti koje nemaju veze ni sa jednim partnerom u IJPP, ili ako su izmene opravdane po osnovama javne politike, javnog zdravlja ili bezbednosti (član 46 Ugovora o EU).

6.8.5 Saopštenje Komisije o privlačenju javnih i privatnih investicija i razvoju JPP (eng. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Mobilising private and public investment for recovery and long term structural change: developing PPPs, 2009, COM(2009)615³⁵

Za razliku od prethodna četiri Saopštenja EK, poslednje iz 2009. se ne bavi interpretacijama i iznošenjem stavova EK prema komunitarnom pravu, već predstavlja svojevrsno sagledavanje trenutne situacije ekonomije u EU, finansijske krize i njenog uticaja na odnose javnog i privatnog sektora i uopšte infrastrukturna ulaganja, kao i predloge mera koje bi poboljšali aktivnosti na tržištu JPP.

Saopštenje ima četiri odeljka, ne računajući uvodno i zaključno poglavlje, u kojima se razmatra efektivnost JPP, doprinos EU projektima JPP, razlozi relativno slabe zastupljenosti JPP i predlozi mera kojima bi se poboljšao broj JPP.

U uvodu Komisija konstatuje finansijsku krizu koja je pogodila EU i ulogu JPP u razvoju infrastrukture. JPP donose svež kapital u sve tanje budžete članica, efikasniji menadžment

³⁴ O procedurama javnih nabavki detaljnije u poglavlju 6.4

³⁵ Prevod je skraćen zbog razumljivosti.

privatnog sektora i na taj način doprinose razvoju infrastrukture i javnih usluga. U Evropskom ekonomskom programu oporavka³⁶ uloga JPP posebno je značajna u poljima borbe protiv klimatskih promena, podršci održivog transporta, razvoju zdravstvene zaštite koja bi bila istovremeno dostupna i kvalitetna, razvoju najznačajnijih istraživačkih projekata kao što je Zajednička tehnološka inicijativa (eng. *Joint Technology Initiative*), koja je osmišljena da obezbedi Evropi lidersko mesto u strateškim tehnologijama. Usled krize opao je broj JPP za 30% od 2008 do 2009, zato u uvodnom delu Komisija zaključuje da su potrebni novi načini za podršku i razvoj JPP.

Drugi deo govori kada i zašto JPP mogu biti fiksna. Iako čine svega nekoliko procenata ukupnih investicija u javnom sektoru,³⁷ dosadašnja praksa je nesumnivo pokazala prednosti JPP:

- Brža realizacija projekata, uz kraće vreme isporuke i sa manjim sredstvima.
- Veća isplativost i bolja produktivnost radnika.
- Rasterećenje budžeta za skupe infrastrukturne projekte.
- Podela rizika koja smanjuje troškove za javni sektor.
- Veća inovativnost zbog učešća preduzetnijeg privatnog sektora.
- Razvoj tržišta učešćem privatnih kompanija u javnim poslovima.
- Privatni kapital pomaže u prevazilaženju raskoraka između javnog sektora i restriktivnih budžeta sa jedne strane i potrebama za infrastrukturnim ulaganjima sa druge strane.

Treći deo govori o doprinosu Evropske unije projektima JPP. U finansijskoj krizi koja pogađa i javni sektor i čini teže dostupnim dugoročno zaduživanje privatnom sektoru, EU preko strukturnih fondova, EIB-a i TEN-T-a³⁸ obezbeđuje finansiranje JPP projekata. Takođe, preko zakonodavstva EU, obezbeđuje pravni okvir za funkcionisanje JPP. U prošlosti, JPP ugovori su se koristili kao način prikrivanja troškova u budžetu, jer se nisu knjižili na rashodnoj strani. Zato je Eurostat 2004. doneo pravila knjiženja JPP³⁹ koja definišu kada se JPP knjiži kao dug, a kada ne. Jedino kada je finansijski rizik i rizik tražnje na strani privatnog partnera, JPP projekat ne mora ući u rashodnu stranu budžeta. Iste godine je EK objavila dve Direktive o javnim nabavkama (za javne radove i javne usluge)⁴⁰, čime je pravno regulisala oblast dodele javnih ugovora. Iako koncesije za usluge ne obuhvataju pomenute Direktive o javnim nabavkama, prema brojnim presudama ECJ, na njih se primenjuju principi transparentnosti i jednakog tretmana Ugovora o EU.

³⁶ *European economy recovery plan* (COM(2008)800) je dokument EK iz 2008, kojim se predstavlja niz mera oporavka EU iz krize. Plan podrazumeva izdvajanje 200 milijardi za podsticanje potrošnje, ulaganje u energetske efikasnost i čiste tehnologije, administrativnu efikasnost i socijalnu zaštitu.

³⁷ Komisija se poziva na globalno Siemens-ovo istraživanje iz 2007, po kom JPP čine 4% javnih investicija. (*Saopštenje*, glava 2, fusnota 9)

³⁸ Trans European Transport Network, projekat EK o sveobuhvatnoj transportnoj mreži EU.

³⁹ Eurostat News Release 18/2004: *Treatment of public-private partnerships and ESA95 Manual on government deficit and debt 2004 Edition: Chapter on Long term contracts between government units and non-government partners (Public-private partnerships)*.

⁴⁰ Više o Direktivama za javne nabavke u poglavlju 6.7

Komisija dalje ističe ulogu programa EU pod nazivom Zajednička tehnološka inicijativa (eng. *Joint Technology Initiative - JTI*). Ona počiva na članu 171 Ugovora o EU, koji dozvoljava zajednici da uspostavlja zajednička preduzeća u cilju istraživanja i tehnološkog razvoja na nivou zajednice. JTI program se koristi u oblastima gde nacionalni programi nisu dovoljni: inovativna medicina, aeronautika, gorivne ćelije i hidrogen, nanoelektronika i integrisani kompjuterski sistemi. JTI raspolaže budžetom od 1-3 milijarde evra do 2017. Učešće javnog sektora u prve tri oblasti pokriveno je fondom, dok u poljima nanoelektronike i kompjuterskih sistema u projektima učestvuju i članice sa delom budžeta iz svojih fondova. U svih pet oblasti mogu učestvovati privatni partneri sa delom operativnih troškova. Ovakvi projekti omogućavaju multinacionalna istraživanja u oblastima od velikog interesa za konkurentnost EU u svetskoj industriji; integrisanje i internacionalizaciju pitanja od opštedruštvenog značaja: alternativni izvori energije, energetska efikasnost, efikasniji transport, borba protiv klimatskih promena, kvalitetnija i dostupnija zdravstvena zaštita; objedinjavanje frangmentarnih nacionalnih projekata na istu temu u jedinstvene projekte sa većim budžetima i ekspertizom i privlačenje privatnog sektora, njegovog znanja i inovativnosti, uz podelu rizika.

JPP mogu biti delom finansirana iz strukturnih fondova EU. Inicijative za kombinovanje JPP sa strukturnim fondovima EU mogu biti adresirane na sledeće fondove:

- JASPERS (eng. *Joint Assistance to Support Projects in European Regions*), projektno odeljenje osnovano sa EIB i EBRD koje pruža asistenciju za bilo koju fazu JPP ili infrastrukturnog projekta;
- JESSICA (eng. *Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas*), za urbana JPP integrisana u planove urbanog razvoja;
- JEREMIE (eng. *Joint European Resources for Micro to Medium Enterprises*), kao podrška osnivanju malih i srednjih preduzeća.

JPP podržava i Evropska investiciona banka - EIB. Od kraja 80-ih godina 20. veka, EIB je podržala JPP, posebno u oblasti transporta, sa preko 30 milijardi evra kredita. Takođe je i glavni finansijer TEN-T-a, sa 14% udela u finansiranju svih TEN-T projekata od 2007-2013. EIB je, uz EK, i osnivač EPEC-a, ekspertskog centra EU za JPP.

U okviru TEN-T projekta EU postoje posebni instrumenti, razvijeni kao podsticaji za JPP aranžmane.

Prvi je LGTT (eng. *Loan Guarantee Instrument for Ten-T Projects*), koji je bankarska garancija za kredite privatnih partnera u JPP. Garancije imaju namenu da delom pokrivaju rizik tražnje u početnom periodu eksploatacije projekata vezanih za saobraćaj. U takvim projektima rizik isplativog nivoa prometa saobraćaja najveći je na početku puštanja projekta u rad. Taj rizik je na strani privatnog partnera i zbog toga privatnom sektoru otežava upuštanje u JPP aranžmane u saobraćajnoj infrastrukturi. LGTT garancije privatnim partnerima daje EIB.⁴¹

Drugi instrument je donacija za troškove izgradnje (eng. *Construction cost based grant*). Njen cilj je da motiviše javnog partnera da uđe u JPP aranžman radije nego u klasično javno finansiranje.

⁴¹Detaljnije o LGTT garancijama na sajtu EU: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-12_fi.htm?locale=en, (pristupljeno 12.12.2013.)

Grant iznosi 30% ukupnog troška izgradnje i daje se javnom partneru da pokrije obaveze prema privatnom partneru nakon završetka projekta. Na taj način se olakšava ulazak u JPP aranžmane javnom sektoru, dok rizik ostaje na strani privatnog partnera.

Treći instrument je obezbeđivanje rizičnog kapitala kroz namenski infrastrukturni fond, koji bi 1% TEN-T budžeta (oko 80 miliona evra) investirao u JPP projekte.

Osim kreditnih instrumenata, EIB i EK su 2007. godine osnovali i Odeljenje za finansiranje podele rizika (eng. *The Risk Sharing Finance Facility - RSFF*). Ono podržava JPP u poljima istraživanja, tehnološkog razvoja i inovacija preko garancija i kreditnih olakšica.⁴²

Četvrti deo Saopštenja govori o razlozima zbog kojih JPP nisu postigla svoj pun potencijal. Usled finansijske krize, razvoj JPP je stopiran usled uvećanja cene zaduživanja za JPP projekte kao posledica krize na kreditnom tržištu, značajno smanjenim rokovima otplate kredita (sa 25-30 na 7-10 godina), kao i dostupnosti kapitala tek nakon završetka procesa javne nabave. Neke članice su smanjile ili privremeno zamrzle JPP programe, druge su uvele mere podrške kroz modele državnih garancija (Franciska, Belgija, Portugal), dok su treće (Britanija, Nemačka i opet Francuska) osnovale agencije za kontrolu duga javnog sektora. Neke članice su modifikovale pravila javnih nabavki, koja su najčešće komplikovanija od primarnog zakonodavstva EU. Da bi se povećala javna potrošnja tokom krize, Evropsko Veće je pozvalo EK 2008. da podrži korišćenje ubrzanih procedura tokom 2009. i 2010.⁴³ Komisija je 2009. objavila i Privremeni okvir za državne mere podrške dostupnosti finansiranja⁴⁴, koji sadrži niz odredbi za podsticanje JPP kroz dozvole članicama da intervenišu kada opšte mere državne intervencije na tržištu u krizi nisu dovoljne.

Peto poglavlje donosi mere EK u budućnosti koje bi poboljšale JPP. Komisija želi da stvori efektivniji kooperativni okvir između javnog i privatnog sektora. Tela pri EU koja se bave JPP (EPEC npr.), finansijski instrumenti i regulativni okvir EU i uloga EIB su sa jedne strane, dok glavna uloga leži u članicama i njihovoj posvećenosti i volji da revidiraju svoja nacionalna zakonodavstva da bi omogućile brži razvoj JPP. Komisija će preduzeti sledeće korake: poboljšaće pristup finansiranju JPP kroz fondove i saradnju sa EIB; pojednostaviće proceduru javnih nabavki; osiguraće odgovarajući tretman duga i deficita u JPP kroz unapređenje računovodstvenih pravila pri tretmanu JPP; poboljšaće informativni i ekspertske potencijal svojih tela objavljivanjem vodiča za JPP; pilot projekata kao modela dobre prakse; razvijaće EPEC kao centar JPP expertize i asistencije i izvršiće analizu u saradnji sa članicama njihovih nacionalnih zakonodavstava, kako bi se otklonile prepreke u uspostavljanju JPP.

U zaključku Saopštenja sumira se 5 ključnih akcija EK kako bi se osigurala dugoročnost JPP aranžmana kao značajnog faktora razvoja infrastrukture u EU: formiranje radne grupe za JPP; povećavanje dostupnosti finansiranja JPP u saradnji sa EIB, revizija postojeće regulative da bi se osiguralo da nema diskriminacije u alokaciji javnih fondova, stvaranje efektivnijeg okvira za inovacije i razmatranje predloga za formiranje zakonskog instrumenta za koncesije.

6.11 Zaključak o zakonskom okviru za JPP

⁴² Više o RSFF na sajtu EIB: <http://www.eib.org/products/rsff/>, (pristupljeno 12.12.2013.)

⁴³ IP/08/2040, više na sajtu EU: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-2040_en.htm, (pristupljeno 13.12.2013.)

⁴⁴ EK: *Temporary Community framework for State aid measures to support access to finance*, OJ C 83, 7.4.2009. p. 1.

Rasprava o problemu nedostatka precizne definicije JPP i prateće zakonske regulative u EU započeta je 2000. godine.⁴⁵ Nekolicina zemalja članica ukazala je na nedostatak jasnih pravila igre u oblasti JPP. U raspravu se uključila i Evropska komisija sa zaključkom da nedostatak pravila nije problem. U 2004. godini, EK je objavila *Zelenu knjigu o JPP*⁴⁶ u kojoj je evidentno da postoji nedostatak zakonske regulative o JPP u postojećim pravilima o javnim nabavkama EU. Iste godine je i Evropski parlament zatražio da se objave vodiči i relevantna razjašnjenja u vezi sa uspostavljanjem IJPP. U odgovoru EK iz 2005,⁴⁷ tzv. Saopštenju, stav EK je i dalje bio isti, osim što su data pojašnjenja o problemima IJPP. Očigledno je da EK ne planira da kreira bilo kakav zakon o JPP u bližoj budućnosti.

Izvestan napredak u prilagođavanju krutog zakonodavstva u sektoru javnih nabavki EU i dinamičnog sektora JPP učinjen je članom 29. Direktive za javne radove (2004/18/EC), gde je javnom partneru u JPP dozvoljeno da koristi konkurentni dijalog (eng. *Competitive dialogue*). Uvođenje člana 29 predstavlja pokušaj prilagođavanja restriktivnih procedura u procesu javnih nabavki u komunitarnom pravu sa potrebama narastajućeg JPP tržišta i neophodnosti pregovaranja i kooperacije u sklapanju javno-privatnih partnerstava. Konkurentni dijalog ne donosi konkretan napredak i rešavanje problema zabrane reugovaranja u zakonodavstvu EU. Problem i dalje ostaje: JPP ugovori su na dug rok i nemoguće je predvideti evoluciju servisa ili produkta decenijama unapred. Zato je nemoguće u startu predvideti i sve tačke ugovora. Usled generalne zabrane reugovaranja u polju javnih ugovora u EU, oni ostaju nekompletni u situacijama kada je teško definisati krajnji cilj JPP.

Slična situacija je i u STO. Nedostatak pravne definicije JPP u svetu predstavlja ozbiljan problem. JPP se danas sve više koriste, ali odsustvo uniformnog modela dodele ugovora na međunarodnom tržištu dovodi do pravne nesigurnosti i visokih transakcionih troškova, što rezultira smanjenjem JPP na globalnom nivou.

Dalje, poseban problem predstavljaju pravne tradicije kontinentalnog i anglosaksonskog prava. U mnogim državama kontinentalnog prava, prava koja su relevantna za JPP uređena su zakonima. Zato se dešava da javna tela imaju prava koja im dodeljuju upravnopravni propisi, a koja privatnom partneru deluju destimulativno u toku pregovora o ugovoru o JPP koji se radi po meri svakog projekta pojedinačno. To su, na primer, prava da javni naručilac može da jednostrano raskine ugovor odmah nakon potpisivanja, pravo operatora na naknadu štete zbog neočekivanog porasta troškova upravljanja, ili pravo nekog tela da jednostrano menja ugovor ako su te promene u javnom interesu, zabrana prava uplitanja i slično. Sa zabranom prava uplitanja je u vezi i zabrana zamene koncesionara bez ponovnog tendera, koja postoji u nekim zemljama kontinentalnog prava (npr. Slovačka), što pravi problem zajmodavcima. Jasno je da takav pravni okvir otežava sklapanje JPP jer odvraća privatni sektor od posla.

⁴⁵ Sue Arrowsmith: *PPP and the European procurement rules: EU policies in conflict?*, Common market law review, 2000, br. 37, str. 709-737

⁴⁶EC: *Green paper on PPP and community law on public contracts and concessions*, Brussels, COM(2004) 327 final.

⁴⁷ EC: *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.

