

mr Vladimir Vasiljev

OSNOVE ZAKONSKOG OKVIRA EU PREMA JAVNO-PRIVATNIM PARTNERSTVIMA

(Rad objavljen u Zborniku radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2014)

Sažetak:

Rad predstavlja pregled osnovnih elemenata statusa javno-privatnog partnerstva u komunitarnom pravu. Prikazuje se pregled zakonske regulative EU koji se bavi JPP i osnovni principi komunitarnog prava i njihov uticaj na JPP aranžmane. Posebno se analiziraju članovi 56 i 49 Ugovora o EU o slobodi pružanja usluga i slobodi osnivanja i pozitivne odredbe o transparentnosti, uz osvrt na primere iz sudske prakse Evropskog suda pravde. Analiziraju se Direktive o javnim nabavkama Evropske komisije i njihov uticaj na JPP. Posebno se analizira odnos Direktiva prema koncesijama kao modelu JPP i ostalim ugovornim JPP, kao i njihov položaj u odnosu na Ugovor o EU i osnovne principe komunitarnog prava. U zaključku se sumiraju nedostaci trenutnog zakonodavnog okvira EU u odnosu na JPP.

Ključne reči:

komunitarno pravo, javno-privatna partnerstva, direktive o javnim nabavkama EU

1. JAVNO-PRIVATNA PARTNERSTVA U KOMUNITARNOM PRAVU

Pravila o javnim nabavkama EU koja se odnose na javno-privatna partnerstva (JPP), izvode se iz četiri pravna dokumenta EU:

1. Ugovor o funkcionisanju EU (eng. *The Treaty on the functioning of the EU*);
2. Direktiva za javne nabavke EU (eng. *EU public procurement directives*);
3. Relevantna sudska praksa Evropskog suda pravde (eng. *European Court of Justice - ECJ*);
4. Interpretativna saopštenja Evropske komisije (eng. *Interpretative Communications*) i druge, tzv. meke pravne mere (eng. *Soft-law measures*) Evropske komisije.

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 tumačenje i gledište EK kada su u pitanju JPP.

Komunitarno pravo koje se odnosi na dodelu javnih ugovora (javne nabavke, koncesije i javno-privatna partnerstva) temelji se na opštim pravnim načelima Evropske unije. Tako se iz četiri tržišne slobode Ugovora o EU (slobode kretanja roba, radne snage, usluga i kapitala) izvode temeljna načela tržišnog nadmetanja. To su načela: nediskriminacije, jednakog tretmana, transparentnosti i uzajamnog priznavanja i uvažavanja.

Kada su javne nabavke u pitanju, svi dosadašnji Ugovori o EU¹ zabranjuju članicama međusobnu diskriminaciju forsiranjem dodeljivanja ugovora domaćim firmama. To pravilo važi (sa ograničenim izuzecima) za sve javne nabavke i sve vrste javnih ugovora, uključujući i JPP. Kada su u pitanju JPP, najvažnije odredbe su one vezane za slobodu osnivanja i pružanja usluga (čl. 49 i 56 Ugovora o EU)². Kada god javna vlast poveri neku ekonomsku aktivnost trećem licu, to mora biti u skladu sa tim odredbama i principima transparentnosti, jednakosti, proporcionalnosti i međusobnog uvažavanja, kao i osnovnim načelima Ugovora o EU po pitanjima slobode kretanja roba, usluga i radne snage.

Ugovor o EU daje slobodu članicama EU da daju koncesije, ali procedure dodeljivanja moraju biti u skladu sa komunitarnim pravom. I druge vrste ugovornih JPP i IJPP, kojih nema u Direktivama o javnim nabavkama, moraju biti u saglasnosti sa principima i pravilima Ugovora o EU. To znači da svi oblici JPP moraju biti u saglasnosti sa Ugovorom o EU.

2. ČLAN 56 UGOVORA O EU O SLOBODI PRUŽANJA USLUGA

¹ Eu ima u svojoj istoriji od 1948. godine 12 ugovora, ali su najznačajnija tri: Rimski ugovor iz 1957, stvorena je Evropska ekonomska zajednica, (pun naziv je *Treaty on establishing the European Economic Community*), Ugovor iz Mistrihta 1992, stvorena je Evropska unija, (pun naziv je *Treaty on establishing the European Community*, dakle, izbačena je reč *Economic*) i Lisabonski ugovor 2009, (pun naziv je *Treaty on the Functioning of the European Union*). U ovom radu se koristi termin - Ugovor o EU, i tada se misli na važeći Lisabonski ugovor.

² *Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European union*, Official Journal of the EU, 30.3.2010, čl. 49 i 56, str. 21 i 24.

Član 56 se odnosi na otvaranje tržišta usluga i omogućava državljanima EU da pružaju usluge (uključujući i građevinske) kao građani jedne članice u bilo kojoj drugoj članici EU. To znači da mogu privremeno biti na radu u drugoj članici (kao npr. konsultanti na projektu u drugoj zemlji), da mogu slati radnike na rad u inostranstvo, ali i da mogu pružati usluge u drugim zemljama, ostajući pravno registrovani u svojoj zemlji. Članicama se zabranjuje da sprečavaju na bilo koji način koncesionare drugih zemalja da učestvuju na tenderima u zemljama-koncedentima.

Sudska praksa ECJ utvrdila je tri načina kršenja člana 56 od strane članica, a same presude predstavljaju dopunu odredbi Ugovora o EU o koncesijama:

1. Direktna diskriminacija stranog koncesionara na osnovu nacionalnosti: odnosi se na pravila koja zabranjuju stranim firmama učešće na tenderu za koncesiju, daju povlašćen tretman domaćim ponuđačima, ili imaju različite uslove učešća za strane u odnosu na uslove koji važe za domaće firme.³
2. Indirektna diskriminacija stranog koncesionara na osnovu favorizovanja domaćih firmi: postoje mere na tenderima za koncesije koje u pojedinim članicama važe naizgled jednako i za domaće i strane firme, ali kroz primenu imaju efekat favorizovanja domaćih firmi. Takođe, član 56 zabranjuje bilo kakvo ograničavanje angažovanja radne snage koncesionara u zemlji-koncedentu na radovima u koncesiji.⁴
3. Indirektna diskriminacija stranog koncesionara na osnovu tenderskih uslova: postoje slučajevi kada su uslovi tendera na prvi pogled isti i za strane i za domaće firme. Stav ECJ je da svako ograničenje ponuđačima u tenderskoj proceduri u smislu posebnih zahteva mora biti opravdano tako da dokazuje da je zahtev neophodan i srazmeran.⁵ Zato je svaka mera koja ne diskriminiše direktno ili indirektno koncesionare iz drugih zemalja, a koja utiče na slobodnu trgovinu uslugama, u suprotnosti sa Ugovorom o EU, odnosno članom 56.

3. ČLAN 49 UGOVORA O EU O SLOBODI OSNIVANJA

Član 49 Ugovora o EU odnosi se na slobodu poslovanja bilo kog stanovnika EU koji može u bilo kojoj zemlji EU da započne biznis: članice EU moraju dozvoliti bilo kome iz drugih članica da na njihovoj teritoriji osnuju i rade pod istim uslovima koje imaju domaći preduzetnici. Mere koje onemogućavaju učešće u javnim ugovorima (uključujući i koncesije) krše član 49 i ECJ je u takvim slučajevima presuđivao na štetu javnih autoriteta koji su diskriminirali slobodu osnivanja. Takav slučaj nalazimo u Italiji, gde zakonodavstvo diskriminiše slobodu osnivanja u poslovima obrade podataka. Italijanski zakoni ograničavaju da se poslovi obrade podataka mogu dodeljivati samo preduzećima koja su u celini, ili većim delom u javnom vlasništvu.⁶

Članovi 51, 52 i 62 propisuju opravdane razloge zbog kojih je moguće ograničiti slobodu pružanja servisnih usluga i slobodu osnivanja. To su slučajevi u određenim situacijama javnih

³ Slučaj C-360/89 *Commission vs Italy*, 1992, E.C.R. I-3401.

⁴ Slučaj C-243/89 *Commission vs Kingdom of Denmark*, 1993, E.C.R. I-1141; The Great Belt Bridge je most koji spaja dva danska ostrva, Zeland i Funen, dug je 6.8km i najveći je građevinski poduhvat u istoriji Danske. Pušten je u rad 1998.

⁵ Slučaj C-234/03 *Contse vs Insulad*, 2005, I-9315

⁶ Slučaj C-3/88 *Commission vs Italy*, 1989, E.C.R. 4035

politika, državne bezbednosti i javnog zdravlja (čl. 52), ili slučajevi u aktivnostima povezanih sa poslovima zvaničnih organa (čl. 51). U vezi sa članom 51, oglasila se i Evropska komisija, sa stavom da se ovakav izuzetak može praviti samo u situacijama kada koncesionar direktno i naročito vrši posao zvaničnih organa, ali da to ne znači da se primenjuje automatski za aktivnosti koje se vrše po službenoj dužnosti ili su posebno određene zakonom ili su kvalifikovane od strane države kao poslovi od nacionalnog interesa.⁷

ECJ odbacuje primenu člana 51 u slučajevima kada povereni poslovi od strane javnog sektora ostaju predmet nadzora zvaničnih organa koji ima na raspolaganju odgovarajuća sredstva za obezbeđenje zaštite interesa koji su mu povereni,⁸ ili gde su poverene aktivnosti tehničke prirode i zbog toga nisu povezane sa poslovima zvaničnih organa u meri da mogu biti izuzetak od principa slobode osnivanja i pružanja servisnih usluga.⁹

4. POZITIVNE ODREDBE UGOVORA O EU O TRANSPARENTNOSTI

Ustaljno je mišljenje da Ugovor o EU u odnosu na javne nabavke ima uglavnom negativne odredbe. Misli se na zabrane prema članicama da usvajaju mere koje ograničavaju stranim firmama mogućnost konkurisanja ili samog izbora na tenderima (principi slobode osnivanja). Međutim, postoje i pozitivne odredbe Ugovora o EU, kao ona o oglašavanju tendera. Tu odredbu potvrđuje slučaj *Telaustria*.¹⁰ Telekom Austria (državno preduzeće) raspisala je koncesiju za javne usluge za izradu telefonskih imenika, u kojoj servisni provajder ne bi bio plaćen direktno, već bi mu bilo dozvoljeno da koristi imenike za komercijalna oglašavanja. Austrijska federalna kancelarija za javne nabavke imala je obavezu da kontroliše da li je tenderska procedura u skladu sa Direktivama EU o javnim nabavkama.¹¹ Kako je reč o ugovoru o koncesiji za javne usluge, koju, kako smo videli, ne obuhvataju važeće Direktive o javnim nabavkama EU, ECJ je, u odgovoru na zahtev Austrijske federalne kancelarije za javne nabavke, ustanovio tu okolnost, ali je potvrdio da se u dodeli koncesija za javne usluge mora poštovati princip nediskriminacije Ugovora o EU, koji propisuje obavezu transparentnosti, koja podrazumeva stepen oglašavanja dovoljan da obezbedi otvoreno nadmetanje na tržištu u toj oblasti servisa i nepristrasnost procesa javnog nadmetanja.

Pozitivna odredba Ugovora o EU o transparentnosti potvrđena je u još dva kasnija sudska procesa pred ECJ.¹² Međutim, ostaje nejasno šta je potrebno da bi zadovoljio zahtev o transparentnosti u kontekstu koncesija ili drugih ugovora koji nisu obuhvaćeni regulacijom u Direktivama EU o javnim nabavkama, ali podležu principima Ugovora o EU, kao što su neprioritetni ugovori za javne usluge. Nije jasno da li tenderi moraju biti objavljeni u Službenom glasniku EU (eng. *Official Journal of EU*), koje informacije moraju biti objavljene, da li se mora objaviti svaki ugovor (što Direktive na zahtevaju), da li samo opšte odredbe ugovora, ili ceo kvalifikacioni

⁷ EC: *Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law*, OJ C 121/2, 2000, poglavlje 3.1.5

⁸ Slučaj 147/86 *Commission vs Greece*, 1988, E.C.R. 1637

⁹ Slučaj C-272/91 *Commission vs Italy* (koncesija za informatički sistem državne lutrije), 1994, E.C.R. I-01409

¹⁰ Slučaj C-324/98 *Telaustria Verglas GmbH vs Telekom Austria*, 2000, E.C.R. I-10745

¹¹ Kako je slučaj *Telaustria* iz 2000. godine, reč je o Direktivi za usluge 92/50 (eng. *Service Directive*) koja je prethodnik važeće Direktive za javni sektor (eng. *Public Sector Directive*) i Direktivi za komunalne usluge 93/38 (eng. *Utilities Directive*), prethodnici istoimene važeće Direktive iz 2004.

¹² Reč je o slučajevima C-410/04 *ANAV vs Commune di Bari* iz 2006, i C-458/03 *Parking Brixen* iz 2005.

sistem. Nejasno je i koji je postupak nakon objavljivanja i koja se forma zvaničnog nadmetanja zahteva. Jedina uputstva o transparentnosti u cilju poštovanja principa nediskriminacije po osnovu nacionalnosti propisuje Interpretativno saopštenje Evropske komisije o koncesijama u komunitarnom pravu iz 2000. godine.¹³ Uputstva o transparentnosti, prema preporukama Saopštenja, trebalo bi primenjivati *svim odgovarajućim sredstvima*: objavljivanjem oglasa o tenderu u dnevnoj štampi ili specijalizovanim listovima ili postavljanjem odgovarajućih obaveštenja; oglas mora sadržati potrebne informacije koje omogućavaju potencijalnom koncesionaru da proceni da li će učestvovati na tenderu (kriterijume izbora i bodovanja), uključujući predmet koncesije, okvir i karakteristike usluge koje se očekuju da ih koncesionar ispuni.¹⁴

5. DIREKTIVE EU O JAVNIM NABAVKAMA

Direktiva je zakonodavna forma koja obavezuje svaku članicu da usaglasí svoje zakone tako da direktiva može da se primenjuje unutar zakonodavnog sistema članice. Uopšteni principi Ugovora o EU nisu dovoljni za uređenje sektora javnih nabavki. Da bi se osigurala transparentnost procedura i onemogućilo diskriminatorско ponašanje javnih vlasti u dodeli ugovora, EU je još od 1971. godine počela direktivama da reguliše ugovaranje javnih radova¹⁵ i pravila ugovaranja za poslove snabdevanja javnog sektora robom i uslugama¹⁶. Cilj Direktiva je osiguravanje transparentnosti i nediskriminatorских procedura i obezbeđivanje sigurnosti učesnicima na tržištu javnih nabavki EU da će uživati slobodu u nadmetanju za ugovore o javnim nabavkama.

Krajem 80-ih, usledio je talas regulacije u svim sektorskim politikama EU, pa i u sektoru javnih nabavki, kao deo napora Eropske komisije da se pripremi teren za zajedničko tržište i carinsku politiku EU, verifikovane 1992. Mاستrihtskim ugovorom i stvaranjem Eropske unije od dotadašnje Evropske ekonomske zajednice. Direktive za javne radove i snabdevanje dopunjavane su i 1993.¹⁷, da bi današnje važeće regulative EU u poslovima javnih nabavki bile donešene 2004. Reč je o dve direktive koje regulišu procedure dodele javnih ugovora. Novina je u uvođenju obaveze objavljivanja svih tendera u EU i selektovanja isključivo na osnovu komercijalnih kriterijuma. Većina članica morala je da usvoji nove zakone da bi ispunila obavezu implementacije pravila koja propisuju direktive EU iz 2004.

Radi se o sledećim direktivama za regulaciju procedura javnih nabavki:

¹³ EC: *Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law*, OJ C 121/2, 2000

¹⁴ Ibid. odeljak 3.1.2

¹⁵ Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts

¹⁶ Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts

¹⁷ *Directive 93/38 on utilities contracts (works, supplies and services)*, kojom su objedinjene prethodne tri direktive za javne radove (93/36), snabdevanje (93/37) i usluge (92/50).

1. **Direktiva o ugovorima za javne radove** (skraćeno eng. *Works Directive 2004/18/EC*)¹⁸, reguliše procedure dodele ugovora za javne radove, javno snabdevanja i javne usluge.
2. **Direktiva o ugovorima za javne usluge** (skraćeno eng. *Services Directive 2004/17/EC*)¹⁹, reguliše procedure javnih nabavki za tela angažovana u sektorima vodosnabdevanja, energije, transporta i poštanskih usluga, odnosno sektorima komunalnih usluga, zato se u literaturi nekada Direktiva za javne usluge naziva i Komunalnom direktivom (eng. *Utilities Directive*). Tela koja u procesu javne nabavke pokriva Direktiva o ugovorima za javne radove, potpadaju i pod Direktivu za javne usluge ako je ugovor vezan za komunalne delatnosti. Direktiva za javne usluge nije ograničena na javni sektor, već važi i za ostale učesnike u komunalnim poslovima, dakle i privatne kompanije, ako su uključene svojim delovanjem u javne radove.

Ove dve Direktive usvojene su 2004, a članice su u obavezi da ih primenjuju od 2006. godine. Evropska komisija kvalifikuje JPP kao javne ugovore pod prvopomenutom Direktivom o ugovorima za javne radove (2004/18/EC). Svi ugovori u kojima javni sektor dodeljuje posao koji uključuje ekonomsku aktivnost trećem licu (bilo u formi JPP ili ne), moraju biti u skladu sa Direktivama i principima Ugovora o EU, uključujući posebno principe transparentnosti, jednakosti, proporcionalnosti i međusobnog uvažavanja.

Direktive se primenjuju samo na ugovore čija vrednost bez PDV-a, (eng. *VAT*) prelazi određenu graničnu vrednost. Granične vrednosti ugovora propisuje Evropska komisija svake dve godine i one su:

- 125.000 evra za ugovore o snabdevanju i ugovore za usluge koje dodeljuje centralna vlada, (Directive 2004/18/EC, article 7(a), article 67(1)(a));
- 193.000 evra za ugovore o snabdevanju i ugovore za usluge koje dodeljuju drugi javni entiteti, (Directive 2004/18/EC article 7(b), article 67(1)(b));
- 193.000 evra za ugovore za usluge koji su subvencionisani od države više od 50%, (Directive 2004/18/EC article 8(b));
- 387.000 evra za ugovore o snabdevanju i uslugama u komunalnim delatnostima, uključujući i usluge projektovanja, (Directive 2004/17/EC, article 16(a), article 61);
- 4.845.000 evra za ugovore o komunalnim i javnim radovima, kao i ugovore koji su subvencionisani od strane države više od 50% i uključuju izgradnju škola, bolnica, sportskih ili rekreativnih objekata, (Directive 2004/17/EC article 16(b); Directive 2004/18/EC article 7(c), article 8(a));
- 4.845.000 evra za koncesije za javne radove, (Directive 2004/18/EC article 56, 63(1)).

¹⁸Directive 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

¹⁹Directive 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

Granične vrednosti umanjuju transakcione troškove javnog sektora u dugim i skupim tenderskim procedurama jer sprečavaju male ponude. Prema studiji EK, nabavke čije su vrednosti manje od graničnih vrednosti Direktiva su trostruko veće.²⁰ Razlog je što javne vlasti namerno izbegavaju regulativu razbijajući nabavke na više delova da bi izbegli prelazak graničnih vrednosti.

Direktive EU o javnim nabavkama primjenjuju se na ugovore o javnim nabavkama i ugovore o koncesijama za javne radove.

Ugovori o javnim nabavkama su naplatni ugovori sklopljenim u pisanom obliku između jednog ili više privatnih subjekata i jednog ili više naručilaca, čiji je predmet izvođenje radova, isporuka robe ili pružanje usluga.

Postoje tri vrste ugovora o javnim nabavkama uređenih Direktivama:

- Ugovori o javnim radovima su ugovori o javnoj nabavci čiji je predmet izvođenje građevinskih radova ili projektovanje, ili oboje.
- Ugovori o javnoj nabavci roba (snabdevanju) jesu javni ugovori koji nisu ugovori o javnim radovima, a čiji je predmet kupovina, uzimanje u zakup, davanje u zakup, kupovina na otplatu, sa ili bez opcije kupovine proizvoda.
- Ugovori o javnim uslugama su ugovori koji nisu ugovori o radovima ili robi, a čiji je predmet pružanje usluga.

Direktive 2004/17 i 18 razlikuju dva tipa koncesija: koncesije za javne radove i koncesije za usluge.

- Koncesija za javne radove je ugovor istog tipa kao i ugovor o javnim radovima, a razlikuje se samo u činjenici da se naknada za radove koji se izvode sastoji ili samo od prava na eksploataciju radova, ili od tog prava zajedno s naknadom.
- Koncesija za usluge je ugovor istog tipa kao i ugovor o javnim uslugama, a razlikuje se samo u činjenici da se naknada za pružanje usluga sastoji ili samo od prava na eksploataciju usluga, ili od tog prava zajedno s naknadom.

Iako su definicije ugovora o javnim nabavkama i ugovora o koncesiji slične, jer je reč o javnim ugovorima, razlika među njima je u pitanju finansiranja javnih radova, odnosno pružanja usluga. Kod ugovora o javnoj nabavci, obaveza finansiranja je na strani javnog sektora, dok kod koncesije obavezu finansiranja radova, odnosno usluga, ima koncesionar, tj. privatni subjekt. S obzirom na to da koncesionar naplaćuje radove ili usluge od krajnjeg korisnika i time vraća uloženi kapital i ostvaruje određeni profit, finansijska konstrukcija takvih koncesionih ugovora može biti kompleksna, pa je u zavisnosti od tržišnih prilika moguće i finansijsko učešće javnog sektora u projektu. Činjenica da Direktive dopuštaju dodatno plaćanje naknade uz pravo privatnog korišćenja ne menja temeljnu razliku javne nabavke i koncesije, odnosno prirodu ugovora o koncesiji. U tim slučajevima, kada i država snosi deo troškova ostvarenja koncesije čiji

²⁰ Christopher H. Bovis: *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law Series. Edward Elgar Publishing, 2007, str 70.

veći deo snosi privatni partner, država to čini kako bi snizila cenu za korisnike (odnosno osigurala tzv. socijalnu cenu).

Dok Direktiva o ugovorima za javne radove (2004/18/EC) uređuje koncesije za javne radove u javnom sektoru, Direktiva za javne usluge (2004/17/EC) ne uređuje koncesije za usluge ili javne radove u području primene Direktive za usluge. Tako su iz Direktiva isključene smernice za koncesije za javne usluge ili javne radove u oblastima vodosnabdevanja, energije, transporta i poštanskih usluga.

Sledeće vrste javnih ugovora takođe nisu predmet Direktiva:

- Ugovori o prižanju ili korišćenju javnih telekomunikacionih mreža;
- Ugovori vezani za državnu bezbednost sa oznakom tajnosti;
- Ugovori za sledeće usluge: iznajmljivanje postojećih zgrada; pribavljanje, razvoj ili (ko)produkcija medijskih programa; usluge arbitraže i medijacije; kupovina, prodaja ili transfer finansijskih instrumenata; usluge centralne banke; ugovori o radu; usluge istraživanja i razvoja koje ne pripadaju ugovornom organu, ili nisu u potpunosti finansirane od strane ugovornog organa;
- Servisni ugovori dodeljeni po osnovu ekskluzivnih prava;
- Koncesije za javne usluge i
- Određeni javni ugovori iz oblasti odbrane i bezbednosti koje pokriva Direktiva 2009/81/EC.

6. DIREKTIVE EU O JAVNIM NABAVKAMA PREMA KONCESIJAMA

Koncesije nisu definisane Ugovorom o EU. Jedinu definiciju koncesije nalazimo, kao što smo videli, u Direktivama o javnim nabavkama, dok se konkretne odredbe o koncesijama nalaze samo u Direktivi za javne radove (2004/18/EC), u kojoj se uređuju koncesije za javne radove u javnom sektoru čija je vrednost iznad 5 miliona evra. Dakle, sekundarnim zakonodavstvom EU nisu uređene i ostale koncesije: koncesije za javne radove u uslužnom sektoru, koncesije za javne radove u javnom sektoru čija je vrednost ispod navedenog finansijskog praga i koncesije za javne usluge u oba sektora, bez obzira na vrednost. Evropska komisija u Interpretativnom saopštenju o koncesijama smatra da koncesije koje nisu obuhvaćene Direktivom za javne radove 2004/18 podležu pravilima i načelima Ugovora o EU i načelima koja potiču iz prakse Evropskog suda pravde.²¹ Komisija smatra da praksa ECJ ukazuje na nužnost pridržavanja načela slobodnog tržišnog nadmetanja u slučajevima dodele javnih ugovora i kad nisu uređeni Direktivama 2004/17 i 18.

Isto kaže i Zelena knjiga o javno-privatnom partnerstvu i pravu Zajednice o javnim ugovorima i koncesijama, koju je Evropska komisija objavila 2004.²² Prema Zelenoj knjizi, svaki akt, bilo da je ugovorni ili jednostrani, kojim javno telo poverava pružanje javnih usluga trećoj strani, mora

²¹ EC: *Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law*, 2000, OJ C 121/2

²² EC: *Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions*, COM (2004) 327, 30.4.2004. Detaljnije o Zelenoj knjizi u glavi 7.0

biti u skladu sa načelima Ugovora o EU, posebno u pogledu načela slobode osnivanja i pružanja usluga. Pravila o unutrašnjem tržištu, uključujući pravila i načela koja regulišu javne ugovore i koncesije, primjenjuju se na bilo koju poslovnu aktivnost, tj. bilo koju aktivnost koja se sastoji u pružanju usluga, dobara ili poduzimanju radova na tržištu, čak ako su ove usluge, dobra ili radovi namenjeni pružanju javnih usluga. Načela o slobodi osnivanja i pružanja usluga obuhvataju posebno načela transparentnosti, jednakosti, proporcionalnosti i uzajamnog priznavanja.

Direktive EU imaju različit tretman prema koncesijama (koncesije za javne radove i koncesije za usluge) u odnosu na druge aranžmane javnih nabavki. Koncesija za javne radove (eng. *Public works concession*) definisana je kao ugovor istog tipa kao i ugovor o javnim radovima (eng. *Public works contract*), osim u činjenici da je naknada za radove koji su predmet koncesije u pravu koncesionara da naplati korišćenje predmeta koncesije.²³ Kao primer radne koncesije navodi se koncesionar koji gradi most ili put i koji naplaćuje svoj rad sakupljanjem putarina od korisnika u ugovorenom periodu.

Koncesija za javne usluge (eng. *Service concession*) definisana je kao ugovor istog tipa kao i ugovor o javnoj usluzi (eng. *Public service contract*), osim u činjenici da koncesionar ima pravo naplate naknade za pružanje usluga predmeta koncesije.²⁴ Primer koncesije za javne usluge dat je u konzorcijumu koji gradi i upravlja gradskom tramvajskom mrežom i naplaćuje svoj rad prodajom karata za prevoz korisnika.

Pravo naplate korišćenja predmeta koncesije podrazumeva da koncesionar snosi ekonomski rizik koji proizlazi iz obezbeđivanja i upravljanja uslugom. U koncesiji za usluge rizik predstavlja trošak koji snosi koncesionar u upravljanju uslugom u poređenju sa profitom koji ostvaruje jedino ako uspešno prodaje uslugu korisnicima. Zato značajan deo ekonomskog rizika predstavlja rizik tražnje - stepen u kom će javnost koristiti uslugu. Ako se taj rizik u ugovoru ne nalazi na strani koncesionara, Direktiva takav ugovor ne smatra koncesijom. To znači da nije dozvoljeno garantovanje nivoa prometa od strane javnog partnera. I Saopštenje Evropske komisije o koncesijama ne prihvata garancije za minimalni obim prometa, jer u tom slučaju ne postoji dovoljan rizik da bi se ugovor smatrao koncesijom, već se tada takav aranžman smatra ugovorom o javnim radovima.²⁵

Osim ekonomskog rizika i rizika tražnje koje snosi koncesionar, kao i zabrane ublažavanja rizika od strane koncedenta (javnog partnera), Direktive EU propisuju i da koncesija mora ostvarivati prihod od direktnih korisnika, a ne koncedenta.²⁶

U članovima 56-61 Direktive o ugovorima za javne radove daju se posebna pravila za koncesije za javne radove. Dodela koncesije za javne radove od strane javnog partnera ne podleže pravilima koja važe za druge vrste ugovora o javnim radovima, osim zajedničke obaveze javnog oglašavanja ugovora u Službenom glasniku EU (eng. *Official Journal of EU*) i roka od 52 dana za

²³ EC: *The Public Sector Directive - 2004/18/EC*, Article 1(3). Ista definicija je i u *The Utilities Directive-2004/17/EC*, Article 1(3)a.

²⁴ EC: *The Public Sector Directive - 2004/18/EC*, Article 1(4). Ista definicija je i u *The Utilities Directive-2004/17/EC*, Article 1(3)b.

²⁵ EC: *Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law*, 2000, OJ C 121/2, fn. 9.

²⁶ Čitalac treba da ima na umu da su svi zaključci u direktivama EU, ali i Saopštenjima EK, izvedeni uglavnom iz sudske prakse koja je osnov anglosaksonskog prava.

potencijalne učesnike na tenderu da konkurišu. Nema posebnih pravila o vrstama tenderskih procedura, načinu vođenja tendera, niti o kriterijumima izbora najboljeg ponuđača.

Glavni razlog zašto koncesije u Direktivama imaju drugačiji tretman od ostalih javnih ugovora jeste taj što se koncesije u zakonima pojedinih članica EU ne smatraju običnim javnim nabavkama i nisu obuhvaćene zakonima o javnim nabavkama. Sa druge strane, zbog dugog perioda koncesionih ugovora (od 25-30, pa i do 50 godina), ogromnih vrednosti ugovora (više stotina miliona evra) i potencijalno visokih profita, nedostatak jedinstvenog zakonodavnog okvira koji bi uredio pravila dodele koncesija u EU ostavlja prostor javnim vlastima za diskrecione odluke koje guše međunarodnu konkurenciju i odbijaju potencijalne ponuđače na internacionalnom tržištu JPP.

7. DIREKTIVE EU O JAVNIM NABAVKAMA PREMA OSALIM UGOVORNIM JPP

Za razliku od koncesija, u ugovornim JPP javni sektor poziva privatnog partnera da izgradi i upravlja infrastrukturnim objektom za potrebe javnog sektora (npr. škola, bolnica, zatvor, transportna infrastruktura, itd.). Privatni partner ne ubira profit kroz naplatu naknada krajnjim korisnicima kao kod koncesija, već isplata od strane javnog partnera u ugovorenoj dinamici. Plaćanje može biti u fiksnim iznosima, ali i varijabilno, u zavisnosti od stepena iskorišćenja objekta. Tipičan primer je britanski model JPP, tzv. Inicijativa za privatno finansiranje (eng. *Private Finance Initiative* - PFI). Direktive definišu javne ugovore kao ugovore između operatora (izvršilac) i ugovornog autoriteta (naručilac), čiji je cilj izvršenje radova, snabdevanje produktima, ili vršenje usluga. Termin *operator*, pojednostavljeni izraz za izvođača radova, snabdevača i provajdera servisne usluge, odnosi se na bilo koje fizičko, pravno lice, ili javni entitet, koji na tržištu nudi izvođenje radova, proizvode ili usluge.

Javni ugovori se dalje dele na radne, ugovore za snabdevanje ili usluge. Direktiva primenjuje ista pravila za sva tri tipa, osim graničnih vrednosti koje su veće za radne ugovore.

Ugovori za usluge dalje dele se na prioritetne i neprioritetne usluge. Na prioritetne se primenjuju sva pravila Direktive, dok se na neprioritetne primenjuju samo pravila o tehničkim specifikacijama, oglašavanju i obavezi dostavljanja statističkih podataka. Anex IIa Direktive daje listu prioritetnih usluga (npr. održavanje vozila, usluge čišćenja, računovodstvene usluge, IT servis i konsalting). Sve usluge koje nisu na listi (npr. pravne ili medicinske usluge), spadaju u neprioritetne servise. Prioritetni servisi su određeni na osnovu potencijala za prekograničnu saradnju i trgovinu, potencijalnim uštedama i dostupnosti informacija o usluži.

Ovakva kategorizacija usluga napravila je mnogobrojne probleme. Na primer, ako ugovor sadrži uslugu prevoza invalida uz pratnju medicinske sestre, takav ugovor ima istovremeno i prioritetni karakter (transport) i neprioritetni (medicinske usluge). Iz bogate prakse Evropskog suda pravde, koja obiluje sličnim sporovima, važeće tumačenje je da se klasifikacija ugovora za usluge koje sadrže više usluga određuje tako što se prvo odredi koje su usluge na spisku prioritetnih ugovara za usluge, a koje su neprioritetne, pa se uporedi njihova vrednost u ugovoru, čiji karakter određuje usluga sa najvišom cenom.

Postoje ugovori koji sadrže i radove i snabdevanje i usluge. Pre 2004. nisu postojale konkretne odredbe za mešovite ugovore. Međutim, Direktiva o ugovorima za javni sektor sadrži odredbe za

mešovite ugovore (član 1(2)d, paragraf 3), koji kaže da javni ugovori koji imaju za glavni objekat usluge sa liste u Aneksu II i uključuju aktivnosti sa liste Aneksa I koje su sporedne u odnosu na glavni objekat ugovora - takvi ugovori se smatraju ugovorima za usluge.

I klasifikacija mešoviten ugovora predstavlja problem, kao i klasifikacija ugovora za usluge. Dok je ECJ u slučajevima sporova oko karaktera ugovora za usluge odredio da se klasifikacija vrši po osnovu vrednosti različitih usluga u jednom ugovoru, u slučaju mešoviten ugovora klasifikacija se sprovodi na osnovu određivanja osnovne svrhe ugovora, a zatim vrednosti radova i usluga, koji su samo jedna od odrednica glavne svrhe mešovitenog ugovora.

Usled različitog tretmana javnih ugovora, prvi zadatak jeste određivanje da li npr. PFI ugovor spada u ugovore za javne radove ili u ugovore za javne usluge; ako je ugovor za javne usluge, određuje se da li je prioritetni ili neprioritetni. Ako ugovor nije neprioritetna usluga, ceo set pravila Direktive za javni sektor mora biti primenjen.

Dalje, poseban problem su 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.

8. UGOVOR O EU I OSNOVNI PRINCIPI KOMUNITARNOG PRAVA PREMA OSTALIM UGOVORNIM JPP

Osim koncesija i druge vrste ugovornih JPP mogu biti izvan opsega Direktiva EU o javnim nabavkama. To je slučaj u situacijama kada je vrednost ugovora ispod granice koju propisuju Direktive; kada je reč o neprioritetnim servisnim ugovorima i kada je u pitanju ugovor koji Direktive oslobađaju obaveze o oglašavanju i nadmetanju na tenderu po osnovu hitnosti. Takvi ugovori nisu obuhvaćeni Direktivama, delom jer se smatra da nisu uvek od interesa za međugraničnu razmenu. Ako neki ugovor ispunjava navedene uslove i ne spada pod Direktive, na njega se primenjuju odredbe Ugovora o EU, opisane u prethodnoj glavi.

Evropska komisija je u posebnom Saopštenju iznela svoje poglede o komunitarnom pravu prema dodeli ugovora koji ne potpadaju pod Direktive za javne nabavke.²⁷ Prema Komisiji, obaveza

²⁷ 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.

oglašavanja za ugovore uključuje i obavezu sprovođenja javnog nadmetanja, iako ona ne mora biti u formi zvaničnog tendera. Nadmetanje mora biti u skladu sa opštim principom jednakosti, koji uključuje zahteve za razumnim rokovima, uvid u kriterijume dodele ugovora itd, slično odredbama Direktiva, ali Saopštenje EK smatra da se neka pravila u Direktivama ne primenjuju na isti način u poređenju sa pravilima Ugovora o EU. Iako po Direktivama neki ugovori ne moraju da se oglašavaju i da se sprovodi nadmetanje, oni moraju biti u skladu sa principom jednakog tretmana Ugovora o EU, što podrazumeva otvorenu konkurenciju i nadmetanje i uključuje sve obaveze koje imaju i Direktive, koje, paradoksalno, oslobađaju pomenute ugovore u navedenim situacijama od obaveze oglašavanja i nadmetanja.

Ovakav stav Komisije stvorio je toliku zabunu, da je Nemačka sa još 7 članica tužila Evropsku komisiju Vrhovnom sudu EU 2006. godine, zbog toga što smatra da je Komisija u Saopštenju donela nova obavezujuća pravila koja su u suprotnosti sa komunitarnim pravom i koja proizvode pravne efekte na članice EU i da Komisija nije nadležna da donosi odredbe koje su obavezujuće za članice, a koje su u suprotnosti sa najvišim pravnim aktom - Ugovorom o EU.²⁸ Sud je 2010. ustanovio da je tužba neosnovana, jer Saopštenje EK nije pravno obavezujući dokument.²⁹

Nakon ovog i već pomenutog slučaja *Telaustria*, koji su otvorili pitanje obaveze o transparentnosti ugovora, usledila je intenzivna kritika naučnih krugova. Glavne kritike upućene su u tri pravca:

- Da Komisija prelazi granicu prihvatljive sudske interpretacije i preduzima zakonodavne aktivnosti koje podrivaju pravilan odnos odgovornosti između zakonodavne i sudske vlasti EU, jer pravila koja donosi Komisija direktno su suprotna odredbama komunitarnog prava koja dozvoljavaju isključenje određenih tipova ugovora iz detaljne regulacije;
- Da Komisija proizvodi nesigurnost u zemljama članicama, javnim entitetima koja sprovode javne nabavke i potencijalnim učesnicima tendera;
- Da Komisija nameće neosnovane prepreke članicama u slobodi izbora u određivanju načina na koji će doći do najisplativijeg ugovora koji su isključeni iz regulacije Direktiva;
- I posebno zato što sudije ECJ ne bi trebalo da sude tako što u stvari žele da pomire stavove različitih politika javnih nabavki.³⁰

I pored brojnih kritika o zahtevima o transparentnosti za ugovore koji nisu obuhvaćeni Direktivama, ista sudska praksa potvrđena je od strane Velikog veća ECJ u slučaju *Coname*.³¹ Reč je o koncesiji za usluge za upravljanje gasovodom u italijanskoj komuni Cingia de Botti.

²⁸ Slučaj T-258/06 *Germany vs Commission*, OJ C-294/52, 2006.

²⁹ European Commission legal service: *Summaries of important judgments - Case T-258/06*, dostupno preko: http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/06t258_en.pdf, (pristupljeno 3.4.2013.)

³⁰ S. Arrowsmith: *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 2005), poglavlje 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.

³¹ Slučaj C-231/03 *Conorzio Aziende Metano (Coname) vs Comune di Cingia de' Botti*, 2005, E.C.R. I-7287.

Konzorcijum *Coname* tužio je komunu jer je dodelila koncesiju za usluge preduzeću bez tendera u kom je 97% vlasništva javno. Sud je odbacio takvu mogućnost, bez obzira što koncesija za javne usluge nema u Direktivama, jer su prekršeni principi Ugovora o EU o slobodi osnivanja (čl. 43) i pružanja usluga (čl. 49). Odbačena je i mogućnost da se 97% kapitala može smatrati internom (eng. *in-house*) javnom nabavkom, u kojoj ne važe pravila EU o javnim nabavkama.

9. ZAKLJUČAK O ZAKONSKOM OKVIRU EU PREMA JPP

Rasprava o problemu nedostatka precizne definicije JPP i prateće zakonske regulative u EU započeta je 2000. godine.³² 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*³³ 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 2005,³⁴ 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.

³² Sue Arrowsmith: *PPP and the European procurement rules: EU policies in conflict?*, Common market law review, 2000, br. 37, str. 709-737

³³ EC: *Green paper on PPP and community law on public contracts and concessions*, Brussels, COM(2004) 327 final.

³⁴ 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.