



Твининг пројекат Европске уније – SR 07 IB FI 01

Јачање јавних набавки у Србији

УЈН и ДЛС

Извештај о најбољој међународној
пракси и пракси у Европској унији за
законе о концесијама и ЈПП

Активност 1.2

Радна верзија извештаја

Коначни нацрт извештаја

Београд, 18. март 2011. године

Припремио:	Стин Брун Нилсен
------------	------------------

Утврђивање задатака и приступ

Ревизија и могуће усклађивање законских прописа о концесијама са правним прописима ЕУ морали би обавезно да допуњавају било какву ревизију законских прописа о јавној набавци, као прво да би се обезбедила правна повезаност између две области јавних уговора. Као друго, да би се обезбедило да законски прописи о концесијама буду усклађени са најбољом међународном праксом. Сврха овог Извештаја је да допринесе том процесу.

Према томе, Извештај ће у складу са пројектним задатком за ово ангажовање „... дати преглед одабраних пракси у државама чланицама и препоруке о начину на који би српске власти могле да интегришу или прилагоде најбољу праксу из одабраних држава чланица ЕУ“.

Извештај има шири приступ при којем се прво укључују најбоље међународне праксе онако како су изражене у моделима закона о концесијама и јавно приватном партнерству (ЈПП) које су урадиле ОЕЦД и УНЦИТРАЛ и друго укључењем законских прописа не само из одабраних држава чланица ЕУ. Извештај ће такође да обухвати законе у Хрватској јер је она у процесу стицања чланства у ЕУ а такође и суседна земља са којом постоје историјске везе. Поред тога, Извештај ће да нагласи аспекте правних прописа ЕУ од посебног значаја за концесије и ЈПП.

На основу тога, Извештај проучава главне елементе од значаја за успешне законе о концесијама и ЈПП из постојећег Закона о концесијама (ЗоК) из 2001. године. Извештај нема аспирације да пружи исцрпну анализу свих детаља из ЗоК. Према томе, закључци садржани у Делу 6 и препоруке у Делу 8 усмерени су на тачке начела и законодавни приступ.

Предмет јавно приватног партнерства (ЈПП) је у току последњих петнаест година постао узајамно повезан са концесијама. Разлог је што се концесије често користе као основно правно средство за пројекте ЈПП. У ствари, јасно је из разних законских прописа о реформама концесија, укључујући српски закон, да је мотивација за доношење таквог закона да омогући ЈПП.

Обрада концесија и ЈПП у два засебна извештаја – како је предвиђено у пројектном задатку – довело би до прекомерних референце на онај други извештај и дуплирања рада, те би извештаји били тешки за читање. Зато је одлучено да се направи само један извештај који ће да обухвати конкретне аспекте ЈПП у Делу 7 Извештаја. Питања ЈПП биће унета и у друге делове, према потреби.

Рад на ЈПП захтева меру познавања модела финансирања, својине над имовином, тарифа за кориснике, и врсте и расподелу ризика. Овај Извештај није право средство за такве опште текстове. На интернету се може много релативно доброг материјала о ЈПП а могу се направити конкретне референце на СИГМА-ин Нацрт документа о стратегији за ЈПП из октобра 2010. године, који је у основи документ описне природе и садржи добар увод за тему ЈПП. Поред тога, његов Додатак

садржи референце на материјале који могу да послуже као уџбеник и друге изворе са информацијама о ЈПП.

1. Дејство правних прописа ЕУ о концесијама

Директиве ЕУ о јавној набавци садрже следеће дефиниције:

“ (концесија)... је уговор исте врсте као и уговор о јавним (радовима) услугама, осим чињенице да се накнада за обављање (радова) услуга састоји или искључиво у праву на експлоатацију (радова) услуга или у том праву и још плаћање “

Та дефиниција пре свега искључује разна овлашћења и аранжмане типа лиценци у државама чланицама које се можда називају „концесијама“ али који се тек услови за вршење одређених пословних делатности, на пример „концесија за таксирање“.

Дефиниција се у суштини заснива на ономе шта добија приватна страна, тј. накнаду коју добија. Обични јавни уговори, према Директивама, дефинишу се акао уговори где се накнада састоји у новцу, конкретно у цени или хонорару коју за добијену вредност плаћа јавна страна. Главна карактеристика концесије с друге стране је то да се накнада састоји од права на експлоатацију.

Кад се накнада састоји од права на експлоатацију, као прво, импликација је у томе да приватна страна преузима одговорност за планирање и извршење рада. Друго, подразумева се право да приватна страна (оператор) захтева плаћање од клијената. Импликација тога је да оператор преузима на себе ризик у пословању, односно ризик од ефикасности пословања и ризик да ли ће тржиште да буде стварно заинтересовано да плати утврђену цену за било шта што буде понуђено у склопу пословања. Европски суд правде (ЕСП) у својој судској пракси сматра да је расподела ризика суштинска карактеристика концесија а да је главни показатељ то да ли је или није плаћање на страни крајњег корисника. Други чиниоци осим извора плаћања такође могу да буду релевантни¹.

¹ Видети предмет С-382/05 који садржи следеће ставове у вези концесије за одношење отпада која не предвиђа плаћања корисника:

„ 35 Мора се рећи да се начин накнаде која је одређена у предметном споразуму не састоји од права на експлоатацију у накнаду за пружање предметне услуге, нити укључује претпоставку оператора о ризику повезаном са пословањем у вршењу услуга.

36 Не само што оператора у суштини плаћа комисионар (тј. наручилац) путем фиксног хонорара по тони отпада пребаченог до комисионара, како је указано у ставу 32 ове пресуде, већ је и неспорно то да се, сходно предметном споразуму, комисионар обавезује као прво, да ће све односне општине да пренесу сав преостали део свог отпада оператору и друго, да ће оператору да буде пренесен неки минимални годишњи обим отпада. Поред тога, предметни споразум прописује прилагођавање износа хонорара ако годишњи обим стварно пренетог отпада падне испод 95% или премаши 115% гарантоване минималне количине, да би се обезбедио економски и финансијски баланс оператора. Такође је прописано годишње прилагођавање хонорара у светлу трендова у трошковима за особље, сировине и рад на подржавању као и тренда економског индекса. Не само то, споразум прописује и могућност поновног преговарања о хонорару ако, услед промене законског оквира, оператор буде суочен са улагањем изнад одређеног нивоа да би могао да послује сходно правилима нових закона.

Правила о јавној набавци у ЕУ покривају само концесије за радове и то само у ограниченој мери.²

То не значи да концесије које нису уређене директивом (углавном концесије за пружање услуга) остају у правној празнини. Концесија је налик на склапање јавног уговора које подлеже општим начелима правних прописа ЕУ. У свом Интерпретативном саопштењу о концесијама (2000/С 121/02 од 29. априла 2000. године) Европска комисија заузела је став који је касније потврђен прецедентним правом ЕСП, тачније у предмету Телеаустрија (С-324/98), да Споразум и из њега проистекла начела важе за све „радње које се могу приписати држави (кад) је њихова сврха пружање економских делатности“³.

То су суштини значи да основне одредбе из Споразума о незаконитим трговинским препрекама заједно са основним правним начелима ЕУ о једнаком третману, недискриминацији, узајамном признавању, пропорционалности и отворености у раду важе на све врсте јавних уговора, укључујући давање концесија, било да су то концесије за пружање услуга или концесије о радовима вредности испод доњег прага прописаног у ЕУ.

У прецедентном праву судске праксе почев од поменуте пресуде у предмету Телеаустрија, ЕСП заузео је став да се начела из Уговора о једнаком третману и отворености у раду (транспарентност) примењују на уговоре који нису обухваћени директивама о јавној набавци, као што су горе поменуте концесије⁴. Правна ситуација сажета је у следећем изводу из предмета С-91/08, Wall AG:

*“33 Како сада стоје ствари са правним прописима Европске уније, уговоре о концесијама за пружање услуга не уређује ни једна од директива којима је законодавац правно уредио област јавне набавке (види Предмет С-231/03 Coname, став 16, и Предмет С-347/06 ASM Brescia [2008] ECR I-5641, став 57). Међутим, јавни органи који их закључују **обавезни су да се придржавају темељних правила Уговора о ЕЗ, укључујући чланове 43 ЕЗ и 49 ЕЗ, и имају њима следствено обавезу отворености у раду** (у том смислу, видети предмете Teleaustria и Telefonadress, ставове 60 до 62; Предмет Coname, ставове 16 до 19; и Предмет Parking Brixen, ставове 46 до 49).*

37 Имајући у виду напред изложено, предметни споразум мора се схватити као уговор о пружању услуге јавне службе који подлеже важењу Директиве 92/50 а не као концесија за услуге која остаје изван домета важења те Директиве.“

^{2 2} Према томе, постоје захтеви у погледу објављивања намере да се додели концесија, минимални рок који ће да омогући заинтересованим странама да се јаве, захтеви у погледу права концесионара на подговарање и постављање додатних задатака концесионару без поступка тендера, као у засебне обавезе за именованог концесионара у вези набавке радова.

³ Видети први став тачке 2.4 Саопштења Комисије.

⁴ За друге примере судске праксе видети предмет С- 458/03 Parking Brixen, С- 206/08, WAZY и предмет С-64/08 Engelmann, где се овај други тиче аустријске концесије дате без поступка тендера.

34 Ова обавеза отворености у раду важи кад предметна концесија за пружање услуга може да буде од интереса за неко предузеће из друге државе чланице од оне у којој се додељује концесија (у том смислу видети *Сопате*, став 17; као аналогију, видети такође Предмет C-507/03 Комисија против Ирске [2007] ECR I-9777, став 29, и Предмет C-412/04 Комисија против Италије [2008] ECR I-619, став 66).

(.....)

“36 Јавни органи који закључују уговоре о концесији за пружање услуга морају да се придржавају обавезе отворености у раду да би обезбедили, у корист сваког потенцијалног понуђача, **довољан степен оглашавања да омогући отварање концесија за пружање услуга према конкуренцији и да омогући преиспитивање непристрасности у поступку доделе уговора** (видети предмете *Teleaustria* и *Telefonadress*, ставове 60 до 62; Предмет *Parking Brixen*, ставове 46 до 49; и Предмет *ANAV*, став 21).

Према томе, за концесије које нису обухваћене директивом ЕУ постоји у најмању руку обавеза за државе чланице ЕУ да се постарају да буде оглашена бар намера о додели већих уговора о концесији⁵.

Иста пресуда ЕСП заузела је и гледиште о још једном аспекту правних прописа ЕУ који је релевантан, нарочито за дугорочне уговорне односе као што су концесије, а то је мера у којој би требало да буде могуће странама да промене уговор након што исти буде закључен:

37 Да би се обезбедила отвореност у процедури и једнак третман према понуђачима, за **крупније измене и допуне суштинских одредби неког уговора о концесији за пружање услуга може у неким случајевима бити обавезно да се додели нови уговор о концесији, ако су те измене материјално различите према својој природи од првобитног уговора те су према томе такве да показују намеру страна да поново преговарају о суштинским елементима тог уговора** (видети, као аналогију са јавним уговорима, Предмет C-337/98 Комисија против Француске [2000] ECR I-8377, ставове 44 и 46, и Предмет C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur* [2008] ECR I-4401, став 34).

38 Један амандман на уговор о концесији за пружање услуга у току његовог трајања може се сматрати суштинским мењањем ако уводи услове који су, да су били део првобитног поступка доделе уговора, **могли да омогуће прихватање и других понуђача осим оних који су стварно били прихваћени или који су могли да допусте прихватање неке друге понуде осим оне које је стварно била прихваћена** (видети као аналогију, Предмет *pressetext Nachrichtenagentur*, став 35).”

^{5 5} Судска пракса ЕСП (предмет C-275/98, *Unitron*) такође подстичу увођење опште обавезе да концесионари у концесијама за услуге поштују опште начело ЕУ о недискриминацији приликом доделе уговора о набавци, види чл. 3. Директиве за јавни сектор.

Ови закључци ЕСП показују зашто било која уговорна одредба из уговора о концесији која омогућава клаузуле додатног усклађивања уговора или његово поновно преговарање мора да буде ограничена да би се избегла супротстављеност са правним прописима ЕУ.

На ситуацију у погледу концесија правни прописи ЕУ утичу на још један начин. Са појавом ЈПП великих обима нарочито у току последњих петнаест година, реформа Директиве за јавни сектор из 2004. године увела је конкурентни дијалог. Та процедура може се схватити као структурирана варијанта преговарачког поступка која је нарочито осмишљена за такозване сложене пројекте. Њена конкретна сврха је да покрива ситуације у којима пројекти ЈПП захтевају дијалог у току поступка доделе уговора али кад не постоји ниједна од специјалних ситуација које би омогућиле вођење преговарачког поступка.

Конкурентни дијалог у предметима сложених пројеката омогућава преговоре између страна у циљу сврху пречишћавања техничких спецификација до тачке у којој су оне постале довољно прецизне да послуже као основа за подношење упоредивих понуда. Оно што је важно у томе је да ова процедура омогућава преговарање само до извесне тачке. Преговори са победничким понуђачем нису дозвољени јер би они ризиковали минирање целокупног такмичарског поступка.

Конкурентни дијалог погодан је за пројекте ЈПП које уређује директива. Међутим, пошто су многи пројекти ЈПП правно изграђени на некој концесији, постало је очигледно да стање ствари у којем доделу економски најважнијих уговора уређују само начела објављивања једноставно нема смисла. Због тога су многе државе чланице увеле детаљније захтеве за објављивање тендера за концесије.

У разним пригодама било је дискусије о усаглашавању законских прописа о концесијама у целој Европској унији да би се омогућили пројекти ЈПП⁶. Прошле године, у лето 2010. године, Европска комисија организовала је консултације на којима су грађани и организације по целој ЕУ били позвани да дају своја мишљења о потреби за неком иницијативом ЕУ и о садржају такве иницијативе. Изгледа да је та иницијатива наставак сличних консултација које су биле организоване крајем деведесетих година.

Општа начела правних прописа ЕУ делују и на друге аспекте процеса тендера. Важан пример је правило које се односи на нетражене (самоиницијативно поднете) понуде, које је дозвољено у многим јурисдикцијама. Таква правила омогућавају да буде дата предност оном понуђачу који је изнео идеју и осмислио пројекат или је на

⁶ Зелена књига Европске комисије о јавно приватним партнерствима и прописи Заједнице о јавним уговорима и концесијама од 30. Априла 2004. године („Зелена књига ЕУ о ЈПП“); Извештај о обављеним јавним консултацијама на тему Зелене књиге (Брисел, 3.5.2005. године SEC(2005) 629); Саопштење Комисије о јавно приватним партнерствима и прописи Заједнице о јавној набавци и концесијама (Брисел, 15.11.2005. године COM(2005) 569); Резолуција Европског парламента о јавно приватним партнерствима и прописи Заједнице о јавној набавци и концесијама (2006/2043(INI)).

неки други начин био тај који је иницирао пројекат. Правила ове врсте добро су позната у међународној пракси. Њихова сврха је да омогуће приватне иницијативе за пројекте концесије. Проблем је у томе што иницијатор таквих идеја – због своје претходне упознатости – има предност у односу на друга предузећа кад дође до фазе давања понуда. Такво преимућство би сасвим сигурно било у супротности са начелом ЕУ о једнаком третману.⁷

На ситуацију у погледу концесија иначе утичу и правни прописи ЕУ. Директива о комуналним услугама користи концепт приватних предузећа са посебним односно ексклузивним правима. Циљ је да се укључе она привилегована приватна предузећа под наручиоцима која су иначе обухваћена важењем Директиве. Овај израз није уобичајено схваћен тако да посебно укључује концесије.

Тај концепт је сужен у реформи Директиве о комуналним услугама из 2004. године тако да садржи само она права која се додељују неким предузећима али нису у принципу доступна за сва предузећа. То је схваћено тако да овај концепт више не обухвата концесије добијене у конкурентној процедури која је била отворена за све и спроведена сходно „објективним, пропорционалним и недискриминаторним критеријумима“, видети Објашњење Комисије ЕУ о дефиницији специјалних и ексклузивних права⁸.

Супротно ономе што би могло да се претпостави „на први поглед“, ова нова сужена дефиниција не отвара врата за неку другу врсту концесија које би могле да се доделе по сопственом нахођењу наручиоца и без спровођења поступка надметања. Како то се може видети у даљем тексту у дискусији у вези Француске као и у вези Предмета *C-324/07 Coditel Brabant*⁹, став је да концесије увек морају да буду додељене у поступку надметања и да се од тог поступка може одустати само у случају да се жељена радња може извршити унутар саме организације наручиоца.

Друго питање које може проистећи из правних прописа ЕУ је одређивање трајања концесије. Док Директива за јавне набавке не поставља никаква ограничења за трајање уговора, то за већину уговорних односа не представља никакав проблем јер су они релативно кратког века, односно не дужи од 5 -6 година. Ситуација је

⁷ У предмету *Fabricom* (C-21/03) ЕСП је заузела став да ће технички саветник да буде искључен из учешћа на тендеру ако је играо значајну улогу у формулисању тендерске спецификације, концепта пројекта и слично. Ситуација би била другачија да су његови савети били мањег значаја и то више посредног карактера. Оцена увек зависи од конкретних околности. Ипак, чини се да нам судска пракса јасно говори да би технички саветник био искључен да је био иницијатор укупног концепта као таквог.

Одлука није била заснована на конкретним одредбама Директиве већ ан примени начела једнаког третмана. Зато се законитост ЕУ може довести у питање и у случају концесија.

⁸ Види документ СС/2004/33 од 18.6.2004. године

⁹ Предмет се односио на концесију за рад кабловске ТВ мреже која је издата једном међуопштинском задружном удружењу које није имало приватни капитал ни утицај. Тендер није био обавезан чак и случају кад једна општина не може сама да врши контролу.

међутим другачија за концесије и уговоре о ЈПП где такви дугорочни уговори често значе да ће конкуренција да буде практично суспендована на дуже време.

Оптимална конкуренција је важна политика ЕУ тако да било какво прекомерно трајање мимо времена које је приватној страни заиста потребно да поврати своју инвестицију и створи зараду може да буде схваћено као национална мера која непропорционално штети неком циљу ЕУ. Због тога је отворена за изазове. Тај начин размишљања потврђен је у најмању руку у мишљењима које је објавила Комисија ЕУ¹⁰.

Сви ти аспекти правних прописа ЕУ треба да буду уврштени у разматрање које од следећих врста међународне праксе треба узети у обзир приликом реформе закона о концесијама и ЈПП у Србији.

3. Други међународни извори

Док су правни прописи ЕУ усмерени на услове који окружују доделу концесије неопходно је проучити друге међународне изворе да би се стекла представа о другим захтевима најбоље праксе за концесије и ЈПП.

Ти други међународни извори су нарочито УНЦИТРАЛ-ов модел за законске одредбе о приватно финансираним инфраструктурним пројектима (2003) и ОЕЦД-ови Основни елементи споразума за закон о концесијама, 1999-2000.

УНЦИТРАЛ-ов модел закона израђен је наменски да омогући пројекте ЈПП. Модел закона заснован је на ранијем „УНЦИТРАЛ-овом Водичу за законско уређење приватно финансираних инвестиционих пројеката“ (2001). Водич садржи конкретне препоруке и коментаре од значаја за модел закона и садржи виртуални материјал који може да послужи као уџбеник о правним и другим аспектима пројеката ЈПП. Суштински став свих тих докумената је да је неки закон о концесијама тек један елемент у такозваном подстицајном законодавном окружењу за ЈПП¹¹. То подстицајно окружење додатно је објашњено у Делу 7 у даљем тексту.

ОЕЦД-ов модел закона (назван „Основни елементи споразума за закон о концесијама“) такође је првенствено мотивисан повећаним интересовањем за

¹⁰ Види Комисијино Интерпретативно саопштење о концесијама сходно правним прописим ЕУ (2000/С 121/02) где је између осталог речено:

„Начело пропорционалности такође захтева усклађивање конкуренције и финансијске стабилности; мора се утврдити тражање концесије тако да не ограничава конкуренцију мимо онога што је потребно да се обезбеди да се уложена инвестиција исплати и да се добије разумна зарада на уложени капитал (56), с тим да концесионар сноси ризик својствен експлоатацији.“

¹¹ У свом уводном делу, модел закона описује следеће области закона: *„...Те друге области закона обухватају, на пример, промовисање и заштиту инвестиција, закон о имовини, интерес по основу хартија од вредности, правила поступања код обавезног откупа приватне имовине, општи закон о уговорима, правила о владиним уговорима и управно право, пореско право и заштиту животне средине и законе о заштити потрошача.“*

пројекте ЈПП и осмишљен је нарочито за коришћење у земљама Источне Европе и Централне Азије. Тај модел закона намењен је не само инфраструктурним пројектима већ и пројектима експлоатације природних ресурса, другим речима, класичном домену за концесије. Модел закона урађен је такође према УНЦИТРАЛ-овом Водичу што објашњава бројне сличности између та два модела.

Оба модела састоје се у суштини од три главна дела, где се први односи на јавна тела надлежна за склапање уговора о концесији као и на секторе и активности које могу да буду предмет концесија, укључујући дефиницију о томе шта је концесија. Други део тиче се поступка за доделу уговора о концесији а трећи део бави се садржином тих уговора.

3.1 Надлежна тела и релевантни сектори и активности. Овај део било ког закона мора наравно да зависи од конкретног институционалног аранжмана у датој земљи. У овој тачки, сви модели у суштини захтевају да се јасно дефинишу органи и тела који могу да склапају уговоре о концесији. Списак тих сектора и активности може свакако да варира, да буде шири или ужи, у зависности од националних приоритета политике који се односе на приватизацију или спољно ангажовање. Ниједан од модела закона не предвиђа неку важнију припремну фазу у којој би концесије и пројекти ЈПП били процењивани и одобравани пре фазе оглашавања тендера. То је зачуђујуће имајући у виду важност такве припреме, о чему можете погледати више детаља у даљој тачки 6.2.

3.2 Дефиниција концесија. УНЦИТРАЛ-ов модел закона не садржи дефиницију те је, другим речима, питање остављено отвореним да свака земља засебно одлучи о томе. Јасно је да модел закона ни на који начин не повезује концесије са неким конкретним преузимањем ризика. То се може видети кроз чињеницу да модел закона изричито наводи да расподела ризика треба у целости да буде остављена на уређење странама у споразуму.

ОЕЦД-ов модел закона предлаже једну дефиницију уговора о концесији која је веома отворена у том смислу што би могла да се односи на било који јавни уговор. Гледано из другог угла, дефиниција је веома уска у поређењу са дефиницијом ЕУ у томе што је ограничена на одређене активности, односно на пројекте који се тичу давања истраживања или експлоатације инфраструктуре или природних ресурса.

Ниједан од модела закона не укључује било какву одредбу о конкретном прагу вредности који би ограничио законе на концесије одређене вредности. То је с друге стране ипак омогућило да се искључе поступци тендера испод неког минимума чија вредност пак није конкретно утврђена. Концесије могу да буду веома крупне или врло мале – у распону од изградње и вођења аеродрома све до мале кантине у некој од владиних зграда на другом крају спектра. Оно што свакако овде можемо да закључимо је да и треба да важе различита правила и да вредност уговора може да буде адекватно мерило.

3.3 Поступак за доделу уговора. У овоме су модели веома слични и у суштини садрже две процедуре, а обе почињу позивом на преквалификацију и завршавају се преговорима са понуђачем који је добио највише поена. Оба модела нуде две различите процедуре у зависности од тога да ли пројекат може да се прецизно опише унапред у тендерској документацији или не може.

Ако прецизан опис пројекта није могућ, наручилац може у моделу УНЦТАД да примени једну процедуру у првој рунди почетних предлога и другу рунду засновану на прилагођеном коначном тендерском досијеу, на основу чега понуђачи могу да дају своје коначне понуде. Између те две рунде, наручилац може да сазове и одржи пленарни састанак или билатералне консултације са понуђачима да би им дао објашњења.

Након што су понуде процењене после прве рунде (ако се од самог почетка у тендерски досије могу унети детаљи у довољној мери) или после друге рунде, наручилац преговара о закључењу уговора са понуђачем који је добио највећи број поена. УНЦИТРАЛ-ов модел захтева да у тендерском досијеу буду назначени они услови уговора који су фиксни и о којима се не може преговарати, тако да на тај начин ограничава делокруг тих завршних преговора. Осим тога, ниједан од ова два модела не поставља неке лимите и чак допуштају да се преговори започну са понуђачима који су добили мање од највишег броја поена.

То је под знаком питања да ли би тако широки завршни преговори били у складу са начелима ЕУ о једнаком третману и отворености у раду. Важна разлика у односу на преговарачки поступак из директива о јавној набавци је претпоставка да се преговори у процедурама из директива воде пре подношења коначне понуде и да нису дозвољени преговори у времену између избора најбољег понуђача и потписивања уговора¹². Осим тога, иначе има и превише простора за специјалне аранжмане са најбољим понуђачем а тиме и подривања целокупног конкурентног поступка.

Осим тога, оба модела дозвољавају да наручилац промени тендерски досије после након што понуђачима поднесе коначну верзију. Једини услов у томе је да остави довољно времена понуђачима да се у својим понудама осврну на такву промену. Међутим, у таквим ситуацијама у сваком случају постоји ризик од неједнаког третмана, на пример у случају кад наручилац прихвати неку сугестију једног од понуђача чиме том понуђачу даје предност. Свако такво правило које дозвољава значајније промене коначних верзија тендерског досијеа због тога би изазвало питања у вези начела ЕУ у погледу набавке.

На крају, УНЦИТРАЛ-ов модел допушта посебну процедуру за напред поменуте нетражене предлоге које би омогућиле иницијатору таквих предлога да учествује у тендерској процедури. Тај модел чак допушта давање предности понуди тог

¹² Што се конкретно тиче конкурентног дијалога, та ограничења у преговарању јасно су прописана, види претходну тачку 2.

понуђача, под условом да та предност буде унапред назначена у тендерском досијеу. Таква правила о нетраженим предлозима, као што је већ речено, била би супротна начелу једнаког третмана ЕУ, тако да је без утицаја чињеница да ли су о таквој предности остали понуђачи упознати или нису.

Што се тиче могућности подношења приговора на процедуру доделе уговора, само УНЦИТРАЛ-ов модел закона препоручује увођење посебног система за њихово разматрање. ОЕЦД-ов модел закона не садржи конкретну препоруку у погледу таквог преиспитивања. Донекле чак супротно томе, помиње као могућност уградњу такозване клаузуле валидације, према којој би држава наручиоца требало да има могућност да формално потврди да је додела концесије и уговора у складу са домаћим законима. Таква потврда имала би дејство превентивног спречавања сваког покушаја да концесије буду проглашене ништавим или стављене ван снаге на неки други начин.

Иако би таква потврда имала позитиван и стабилизујући ефекат у почетној фази и погодовала повољној инвестиционој клими у односу на дати пројекат, па чак и кад та потврда према својој садржини не би искључивала могућност подношења приговора по другим основама, на пример за неку накнаду, сама њена усаглашеност са правним прописима ЕУ је под знаком питања. Не само то, са аспекта опште прихваћених начела разграничења функција државе, спорна је сама идеја да би влада могла да неке радње потврди као априори исправне и тиме ограничи њихово судско преиспитивање.

3.4 Садржина уговора о концесији. Уговор о концесији дефинише праве односе међу странама, тако да је важна функција закона о концесијама да постави захтеве који ће да се примене на такав уговор. Нарочито у случају пројеката ЈПП, уговор мора да уреди већи број питања и обезбеди исправну везу са финансирањем пројекта, обавезан ниво улагања под претњом санкција и начине за решавање пропуста те врсте. У свему томе задатак уговора је да расподелу различите ризике на уговорне стране.

Најбоља пракса за поделу ризика заснива се на начелу да ризик треба да сноси она страна која је опремљенија да њиме управља. Чак и правила грађанског права која важе за најједноставније свакодневне неформалне трансакције примењују то начело. Подела ризика постаје сложенија код дугорочних уговора као што су уговори о грађевинским радовима а од скора и разни уговори о ЈПП који имају неколико тура извршења и укључују спољне инвеститоре и добављаче.

За ЈПП са најдужим трајањем постоје различите врсте ризика који се међу странама деле на различите начине.

Ризик код пројектовања и изградње уобичајено сноси приватна страна што се наравно може променити у зависности од тога како је јавна страна урадила опис пројекта. Ако је приватна страна добила веома детаљне инструкције онда има добре аргументе да тражи заједничко сношење ризика од неуспеха.

Ризик од функционисања и ризик од потражње и тржишта обично такође припадају приватној страни, а то су управо они ризици који су суштини концепта концесије. Код овог аспекта може да дође до измена, на пример у случају кад је приватна страна успела да добије гаранцију извесног минималног промета од јавне стране због конкретних околности датог посла.

Други ризици обично припадну јавној страни. Такви ризици обухватају на пример ризик од нестабилности владе, експропријације, регулаторне промене, приступачности локације посла и варијације на пројекат, с тим што су варијације на пројекат уствари ситуација кад се захтевају промене на пројекту да би се испратиле промене јавних потреба. Неки од тих ризика, конкретно они политички, падају на јавну страну једноставно зато што не могу да буду пренети на приватну страну.

Затим има ванредних и скувих догађаја као што су природне несреће кад ниједна уговорна страна није у бољем положају од оне друге да управља таквим ризиком. У случају такозване ситуације више силе, ризик обично заједнички деле обе стране.

Ова уопштена скица различитих врста ризика представља главно правило утврђено у међународној пракси за ту врсту уговора и оставља пуно простора за утврђивање политике поделе ризика и за решења у конкретним областима.

Уговор обично садржи и друге одредбе, нарочито оне које воде рачуна о блиској сарадњи и узајамној зависности страна које захтевају дуготрајни пројекти. Поред обавеза у погледу осигурања и гаранције квалитета посла, могу да постоје на пример ограничења у погледу начина на које приватна страна може да поступа, нарочито са правне стране, са постојећом и будућом инфраструктуром и другом активом пројекта. Још једно ограничење за приватну страну може да се тиче врсте додатних послова које сме да обавља у исто време док је ангажована на пројекту.

Што се тиче јавне стране, уговор може да установи њену обавезу да помогне приватној страни да прибави разне дозволе и овлашћења која издају разни државни органи. Обавезе могу да иду и корак даље тако да гарантују приватној страни разне предности, као што су пореске олакшице, повољни аранжмани за комуналне услуге или чак унапред договорене инфраструктурне и друге инсталације на локацији пројекта¹³.

Садржина уговорних елемената у УНЦИТРАЛ-овом као и ОЕЦД-овом моделу закона је врло слична, видети Додатке А и Б, где су сличности истакнуте масним словима. Један број сличних елемената постоји у важећем Закону о концесијама Србије из 2002. године (ЗК), мада су неке од одредби ЗК формулисане уопштено тако да је тешко утврдити шта је то што уређују.

Оба модела помињу нека кључна питања од посебне важности за јавну страну, прецизније да уговор треба да опише са довољно проверљивих детаља услуге које

¹³ У контексту ЕУ, таква предност може да буде незаконита државна помоћ те због тога неодржива на дуже стазе.

се траже, тј. другим речима, захтеве за учинак, као и захтев за средством које ће да прати да ли је ниво учинка одговарајући. Такође се јасно види у оба модела да се мора увести систем санкција (накнаде) за ситуације у којима је учинак посла неодговарајући.

Закон о концесијама поставља повремена ограничења у погледу трајања, што ће свакако да се захтева у контексту ЕУ, за више видети претходни Део 2. Нису предложени конкретна ограничења на трајање, ни начини на који треба да буду утврђени ти лимити. Међутим, УНЦИТРАЛ-ов модел закона уводи ограничење да се једном утврђено трајање може продужити само у одређеним случајевима, као што су виша сила и измене услед радњи јавне стране у уговору.

Моделу поред тога садрже и друга кључна питања, као што су правила о обрачуну тарифе за кориснике, могућност преноса (уступања) уговора на другу страну и право зајмодавца да се умеша и ступи на место приватне стране у случају недовољног учинка, о чему ће бити речи у даљем тексту.

Управо у вези са преносом често је сасвим природно да се унесу одредбе у смислу било које промене овлашћења за одлучивање унутар приватне стране, на пример код продаје већинског удела. Сагласност јавне стране обично се захтева у таквим случајевима да би се избегло да добар оператор буде у стварности замењен лошим. Из перспективе ЕУ, мора да постоји неко опште ограничење за пренос без обзира на то да ли би јавна страна у датом случају дала сагласност на конкретно уступање или не. У супротном, било би превише лако да се једноставно заобиђе тендерска процедура.

Врло често уговором може да се захтева испуњење неког услова пре ступања уговора на снагу (такозвани „одложни услов“) да приватна страна оснује Наменски механизам (Special Project Vehicle, SPV) што је независна компанија основана да буде носилац уговорних права и обавеза приватне стране и прималац прихода насталог од пројекта.

На крају, модели још набрајају стандардне делове сваког уговора као што су клаузуле о вишој сили, раскиду, накнади, арбитражи и важећем закону.

Уговор о оперативним аспектима (то јест, уговор о концесији и уговор о ЈПП) само је један од виртуелног скупа уговора потребних да би се успоставио неки пројекат ЈПП. За финансирање су потребни други уговори, често уговори између приватног оператора и инвеститорске или финансијске институције („зајмодавац“). Штавише, обавезни су и уговори између оператора и разних добављача и подизвођача.

Уговор о концесији и уговор о ЈПП морају да воде рачуна о поменутих уговорима. Што се тиче добављача и подизвођача, уговор на пример обично одреди у којој мери извршење задатака може да се пренесе на њих, а може бити да и закон прописује извесна ограничења у том смислу. За потребе усаглашености са

прописима ЕУ, уговор мора да води рачуна о ограничењима на подуговарање које проистиче из прописа ЕУ.

Што се тиче зајмодавца, често се као „одложни услов“ за ступање на снагу уговора о концесији или о ЈПП уграђује клаузула да финансијске обавезе и сходни уговори морају да се прибаве од зајмодавца. Уобичајени одложни услов су и уговарање потребног осигурање и давање гаранције квалитета за предметни посао.

Уговор о концесији или ЈПП често садржи клаузулу тзв. зајмодавчевог права преузимања. У суштини, то право омогућава зајмодавцу да се умеша и затражи замену оператора у случају озбиљних недостатака у раду. Такво право преузимања – из истих разлога који важе за сваки пренос уопште – биће сагласно прописима ЕУ само у мери у којој се замена врши поновљеним тендером, осим уколико разлози озбиљне хитности оправдавају директно склапање уговора. Да би се очувала усаглашеност са правним прописима ЕУ, у националне законе треба увести такво ограничење права на преузимање.

Садржина уговора из Додатака А и Б може да послужи као идеја за сличну садржину ЗоК. То је питање не само уношења нових тема већ и прецизнијих описа у ЗоК. На пример, није јасно да ли, сходно ЗоК, одредба која се односи на осигурање мора да буде унета у уговор. Затим, кад се унесе неки аспект као што је на пример накнада, у овој врсти сложених уговора важно је да закон прописује да начин обрачуна накнаде мора да буде уврштен у уговор, понекад чак и формула за уговорну казну у случају мањих пропуста.

Оно што карактерише оба модела је да не предлажу конкретну поделу ризика међу странама. Основни документ за оба модела (УНЦИТРАЛ-ов водич за закон) даје прилично детаљан опис најбоље праксе у погледу поделе ризика. Оба модела као разлог што не садрже било каква правила у том погледу наводе да се мора дозволити максимални опсег за специјална решења у индивидуалним уговорима, тако да би чврста правила о подели ризика била контрапродуктивна.

Међутим, једна ствар је прописати конкретну поделу ризика за, на пример, потребу за поправком инфраструктуре. Сасвим је друга ствар да се у закону наведу опције за пребацивање ризика, а у неким случајевима чак и почетна тачка сходно најбољој пракси, на пример у случају поправке као главно правило да се ризик пребаци на приватну страну.

Закон у којем није уопште није истакнута потреба за поделом ризика могао би да се доведе у питање у смислу правних прописа ЕУ, где је оперативни ризик који сноси приватна страна кључни елемент дефиниције концесије. Закон о концесијама или ЈПП који је усаглашен са прописима ЕУ према томе вероватно неће да потпуно све препусти уговорним странама, бар у погледу поделе ризика у пројектима ЈПП на основу концесија.

Преговарачки положај јавне стране био би појачан ако би могла да се позове на законске одредбе о начину поделе ризика. Зато ово питање заслужује да се проучи да би се пронашла разумна равнотежа између пожељне флексибилности, с једне стране, и заштите положаја јавног интереса, с друге.

Искуство из разних аранжмана ЈПП из земаља у транзицији показује да је нарочито у односима између мањих регионалних власти и глобалних приватних оператора, подела ризика често и прекомерно у корист приватне стране.

Садржина уговора је даље обрађена у наредном Делу 6.

4. Законска решења у неким европским земљама

Истраживање најбоље праксе у законским прописима о концесијама обухватило је неколико земаља ради слике о разликама у приступу. Одабране су Аустрија, Хрватска и Словенија као важне земље у суседству. Немачка, Данска, Велика Британија и Француска одабране су ради увида у решења неких држава чланица ЕУ које традиционално имају различите приступе. Истраживање је било усмерено на начин на који се додељују концесије али обухвата и неке друге сходне аспекте, међу којима су и питања обрађена у претходном тексту, у Делу 3.1 и 3.4.

4.1 Аустрија, Немачка, Данска и Велика Британија (ВБ) уопште немају закон о концесијама. Аустрија као и Немачка, Велика Британија и Данска у суштини се ослања на своје редовне прописе који уређују материју уговора а важе и кад је једна уговорна страна јавни сектор. Штавише, концесија је као концепт позната у свим тим земљама, не само због специфичне дефиниције коју су увеле Директиве ЕУ о јавној набавци. Другим речима, оне немају посебне националне дефиниције за концесије¹⁴.

¹⁴ Ситуацију у Аустрији илуструје пресуда ЕСП у предмету *C-64/08, Engelmann*, где се ради о издавању концесије за коцкање без примене конкурентне процедуре. ЕСД је изнео следеће правне ставове:

*“50. Без неопходног подразумевања обавезе да се упути позив за достављање понуда, та обавеза јавности рада, која важи кад предметна концесија за услуге може да буде занимљива за неко предузеће које се налази у другој држави чланици а не у држави чланици у којој се даје концесија, захтева да орган који даје концесију обезбеди, у корист било ког потенцијалног понуђача, одређен степен јавности који је довољан да концесија за услугу буде отворена за конкуренцију и за могућност да се накнадно може преиспитивати непристрасност у поступку доделе (предмет *Sporting Exchange*, ставови 40 и 41, ицинтирана судска пракса).*

*51. Давање концесије, у одсуству отворености рада, оператору који се налази у истој држави чланици у којој је наручилац представља разлику у третману на штету оператора који се налазе у другим државама чланицама, који нису имали стварну могућност да изразе свој интерес за добијање предметне концесије. Таква разлика у поступању супротна је начелу једнаког третмана и забрани дискриминације по основу националности и представља чин посредне дискриминације по основу националности која је забрањена члановима 43. ЕЗ и 49. ЕЗ, осим ако није оправдана објективним околностима (у том смислу види предмет *Comate*, став 19; предмет *Parking Brixen*, став 50; и предмет *C-347/06 ASM Brescia [2008] ECR I-5641*, ставови 59 и 60).”*

Непостојање законских прописа о концесијама у тим државама чланицама ЕУ не значи да домен концесија није уређен. Тако, законски прописи о јавној набавци у Немачкој прописују да преговарачки поступак или поступак конкурентног дијалога важе барем за сложеније концесије. Није сасвим јасно у којој су мери доступне специјалне процедуре за приговор, али можемо основано претпоставити да је то случај.

У В. Британији тендерске процедуре за концесије утврђене су у неформалним смерницама које су издали званични извори, као што су Трезор ВБ, Национална ревизорска служба, или поједина владина одељења. У циљу побољшања поступка тендера, те институције написале су разне смернице, као на пример за израду излазне спецификације (output specifications).

Једна од процедура која се често користи у ВБ а промовишу је поменуте смернице је такозвани процес приватне финансијске иницијативе (ПФИ), који можемо упоредити са преговарачким поступком са објављивањем јавног позива. Процедура дозвољава поделу поступка на више фаза у сврху ужег избора понуђача или даље разраде понуда, тако да на крају дође оно што се зове фаза најбољих и коначних понуда. Резултат процедуре је именовање жељеног понуђача са којим се преговара о уговору.

Последњих година тренд у ВБ окренут је конкурентном дијалогу из директива ЕУ у верзији у којој се дијалог наставља до договора о што више детаља из конкурентних решења пре него што жељени понуђач буде именован¹⁵. Очигледно, нису прописана посебна правила о приговорима.

Повећано коришћење ЈПП није довело до закона о концесијама, иако се концесије користе као правна основа за многе пројекте. Већина поменутих земаља следи алтернативну стратегију јачања повољног правног окружења за концесије и ЈПП. Тако је Немачка претходних година увела разне законске „пакете“ почев од Закона о убрзању ЈПП из 2005. године који садржи амандмане на законе који уређују конкуренцију, федерални буџет, инвестиције и порезе.

Концепт концесије је познат али не претерано коришћен у Данској. У двадесетом веку била је дата само једна концесија, а и то на основу посебног закона, односно, једном државном предузећу основаном у ту сврху додељено је право на оф-шор

¹⁵ Види Извештај Националног ревизорског тела за 2007. Годину под насловом „Побољшање поступка тендера за ПФИ у случајевима у којима је испитивање показало да је више од половине времена у поступцима тендера који су иначе често трајали и по три године, било потрошено на преговарање са жељеним понуђачем. У ствари, преговори су у пракси довели до знатних промена спецификације и опсега, чиме су отишли далеко изван мере коју би допуштало начело једнаког третмана.

експлоатацију нафте и гаса. Уз све већу примену спољњег уговарања и ЈПП последњих година повећан је број концесија и пројеката ЈПП који су као механизам применили конкурентни тендер или неку слично структурисану процедуру. Међутим, не постоје законски прописи о концесијама, а немачки приступ користи се за подзаконске прописе, највише порески прописи. Један од предузетих корака на омогућавању ЈПП био је израда стандардног уговора о ЈПП заједно са образложењем и смерницама. Уговор је очито наменски осмишљен да делује у законском окружењу Данске.

4.2 Словенија нема неки свестран закон о концесијама, већ су релевантна правила о концесијама, укључујући правила ЕУ о дејству концесија, унета у Закон о ЈПП (Службени гласник бр. 127/2006 од 7.12.2006 године). Ранији Закон о јавним економским услугама из 1993. године који је још на снази увео је концепт концесије, додуше веома штуро. Концесије су уређене и једним бројем секторских закона, на пример у сектору здравства.

Закон о ЈПП дефинише концесије сходно директивама ЕУ, уз нагласак на доделу права на вршење јавних комерцијалних услуга. То је наглашено одређивањем концесија као једног од два могућа уговорна односа за ЈПП док је други „однос јавне набавке“ на основу редовног Закона о јавним набавкама, као алтернатива. Закон о ЈПП тиме прави релативно јасну разлику у односу на директиве, која је додатно разјашњена уврштавањем концесије за извођење радова у тај Закон.

Закон допушта и „трећи“ модел за ЈПП, односно такозвано друштво неновчаних улога (Equity Partnership), где се партнерство формира преносом интереса, акција, или нечег другог. Закон разликује основне врсте које укључују или коришћење постојећих компанија или оснивање нове компаније, и прописује детаљна правила за те различите ситуације.

Та партнерства у смислу поступка доделе третирају се или као уговор о концесији или као обичан уговор о јавној набавци, у зависности од поделе ризика. Тендер у случају друштва неновчаних улога обухвата и партнерство и оперативне аспекте. Према томе, овај трећи модел не утиче на основну поделу на концесије и друге уговоре, а решење у Закону у складу је са препорукама ЕУ за таква „Институционализована јавно приватна партнерства“ (ИЈПП)¹⁶. Да би се побринуо за овај модел, Закон садржи и правила о статусу и правима приватног партнера.

¹⁶ Види Комисијино Интерпретативно саопштење о примени прописа Заједнице на јавну набавку и концесије на Институционализована јавно приватна партнерства (ИЈПП) С(2007)6661 од 5. фебруара 2008. године. Комисија објашњава којих се правила ЕЗ треба придржавати кад се за ИЈПП бирају приватни партнери. У зависности од природе задатка (јавни уговор или концесија) који треба да се доделе ИЈПП, на поступак избора приватног партнера биће примењене директиве о јавној набавци или општа начела из Уговора о ЕЗ. Саопштење изражава гледиште Комисије да је, сходно прописима Заједнице, довољан један поступак тендера за оснивање ИЈПП. Комисија даје следеће објашњење: „Приватни партнер у ИЈПП бира се помоћу процедуре чији је предмет поступка не само јавни уговор или концесија која треба да се додели будућем јавно приватном правном лицу, већ и оперативни

Закон прописује праг вредности који важи у ЕУ за концесије за радове и друге уговоре који подлежу правилима ЕУ о јавној набавци. На тај начин, изгледа да су без обзира на вредност законом обухваћене све концесије за пружање услуга. Из Закона се не види јасно да ли доња граница за концесије за радове значи да Закон не важи за концесије за радове чија је вредност испод тог прага.

Иначе, намера Закона је да одржава посебан режим за концесије за радове у складу са директивама ЕУ. Последица тога је да правила из директива о изузимању и могућност примене директног уговарања, важе за концесије за радове али очигледно не и за друге врсте ЈПП. То би у неким случајевима могло да доведе до различитог приступа који би било тешко оправдати.

Закон прописује да се пројекат припрема у прелиминарном поступку, што пре свега значи испитивање да ли предметни пројекат спада у концесије или не. Оно што је овде важно у суштини је питање која ће страна да сноси оперативни ризик, а у случају недоумице, претпоставка је да пројекат не спада у концесије и да мора да прати редовна правила о јавној набавци.

У наредној фази испитује се да ли је пројекат заиста подесан да се унапреди у ЈПП односно да ли тражени уговор треба да се једноставно обради као редован јавни уговор. За крупније пројекте који су мимо нивоа предвиђених у директивама ЕУ за радове, Закон прописује правило претпоставке у корист ЈПП. Изводљивост пројекта мора да се додатно процени сходно детаљнијим правилима које издаје Министарство финансија.

Код припремне фазе, Закон садржи извесна правила за такозване промотере пројеката ЈПП, који су вероватно људи који активно промовишу пројектну идеју и дизајн. Постоји обавеза да се повремено и јавно позивају ти промотери и постоји одредба која допушта куповину дизајна итд. од таквих промотера без поступка тендера. Ту постоји резерва у погледу важења редовних правила о јавној набавци, али остаје чињеница да иако таква правила могу да погодују иновацијама и развоју ЈПП, ипак постоји ризик од неоправдане предности коју добијају такви промотери, што би кршило правне прописе ЕУ.

Закон уводи такозвани инструмент ЈПП који садржи сву релевантну документацију пројекта. Замишљен је као алат за координацију разних интереса у различитим

допринос приватног партнера за обављање тих задатака, односно његов допринос управљању у јавно приватном правном лицу.“

деловима владе у погледу питања планирања и имовине, као и за утврђивање такси за кориснике.

Што се тиче тендерске процедуре, Закон упућује да се неки аранжмани ЈПП огласе на тендер сходно редовним правилима о јавној набавци. То је логично решење, јер је ЈПП прилично уопштен концепт, није правно релевантан и свакако не представља неку трећу категорију уз концесије и „обичне“ уговоре. Аранжмани за ЈПП у виду концесија могу да се огласе на тендер путем конкурентног дијалога, или преговарачког поступка са објављивањем јавног позива за комуналне услуге. Међутим, у тим случајевима поступак конкурентног дијалога мора да се примени у мери у којој је то могуће.

Што се тиче приговора на поступак доделе уговора, Закон прописује посебну процедуру за уговоре који нису обухваћени законом о јавној набавци тако да подлежу процедурама тог Закона.

Закон прописује веома сличан садржај уговорних услова за различите врсте ЈПП. Тај садржај је обавезан, и мада као разлику Закон истиче уговорне слободе уговорних страна, постоје нека питања у којима Закон захтева одређен садржај. Једно од главних питања очигледно је то да највећи део оперативног ризика мора да сноси приватна страна у уговорима о концесији (јер је додела овог ризика услов да би се пројекат уопште сматрао концесијом, о чему је већ било речи напред). Други примери у којима је Закон изричитости у погледу садржине уговора су начини да јавна страна прати извођење уговора, смернице за утврђивање трајања, уступање и други преноси извођења уговора на треће стране и измене у структури приватне стране¹⁷.

Недавно, у лето 2010. године, ЕБРД објавила је редован извештај о комерцијалним законима. Оцена словеначког Закона о ЈПП била је углавном позитивна. Међутим, указано је да је захтев у погледу уговорних елемената био прилично нејасан.

4.3. Хрватска. Ситуација у Хрватској има посебан значај не само зато што је реч о суседној земљи са историјским везама већ и зато што је њено решење да има и закон о концесијама и закон о ЈПП.

4.3.1 Закон о концесијама (OG 125/08). Дефиниција концесије заснована је на експлоатацији као одлучујућој карактеристици као и у директивама ЕУ, а Закон садржи опширне референце на директиве. Закон обухвата концесије за радове,

¹⁷ Закон прописује да приватна страна мора да пошаље обавештење о таквим планираним изменама али препушта да се у самом уговору утврди да ли треба учинити обавезним да јавна страна одобри те планове да би могли да се реализују.

концесије за пружање услуга и концесије за експлоатацију „општег добра или других добара“ (то су обично природни ресурси). Он не даје коначан списак сектора у којима се могу доделити концесије. Зато је набрајање само показатељ и спречава да се појаве проблеми због ненамерног рестриктивног текста.

Органи задужени за доделу описани су оквирно и могу да се односе на било који јавни орган или било које прописно овлашћено правно лице. Као и у Словенији, постоје само конкретни прагови наведени за концесије за радове да би се посебна правила из директива ЕУ, уведена овим Законом, ограничила управо на такве концесије. Иначе, Закон се мора тумачити тако да покрива све концесије за пружање услуга без обзира на њихову вредност, као и очигледно концесије за радове које су испод доњег прага вредности прописаног у ЕУ.

Што се тиче припреме пројекта концесије, Закон захтева да се изradi документација која ће да оправда економске, финансијске и друге аспекте пројекта, заједно са спецификацијама и критеријумима за будућу процедуру доделе уговора.

Суштински део припремне фазе је да процени вредност пројекта за оних (неколико) прагова вредности прописаних Законом и за утврђивање (обавезно) гаранције за тендер. Ова фаза пројекта је у рукама именоване стручне комисије. Задатак те комисије је да утврди да ли пројекат концесије јесте пројекат ЈПП, у којем случају треба да се примени специјални Закон о ЈПП.

Овај однос између та два закона разјаснио је да постоје концесије које не морају обавезно да буду онако сложене природе као што су бројни пројекти ЈПП. То је одражено и у Закону о концесијама, где општи захтев за тендерску документацију прописује да мора бити написана тако да омогућава давање упоредљивих понуда¹⁸. Да би то било могуће у припремној фази, пројекат концесије мора обавезно да буде тако јасан да од самог почетка омогући детаљну спецификацију.

У процедури доделе, за концесије за радове Закон прописује да важе редовне одредбе Закона о јавној набавци. Друге концесије очигледно могу да се доделе само у отвореном поступку сличном оном прописаном за јавну набавку, укључујући период мировања од 15 дана за подношење евентуалних приговора. Код тог

¹⁸ С друге стране, сходно Закону могуће је да се тендерска документација промени у било којој фази тендерског поступка, ако је потребно уз продужење рока. То би могло бити проблематично у погледу правних прописа ЕУ.

питања, Закон је донекле нејасан јер се чини да оставља места за могуће алтернативне процедуре утврђене у законима који важе за секторе.

Што се тиче садржине уговора, Закон садржи мали број правила. Прописује да сваки уговор мора да садржи клаузулу која омогућава раскид уговора уз накнаду приватној страни ако скупштина одлучи да је такав раскид у јавном интересу. Осим тога, једино су прописани неопходни захтеви у смислу правила из директива ЕУ која важе за концесије за радове и правила која уређују подуговарање и додатне уговоре, о чему пише у претходном Делу 2.

Посебност овог Закона је што даје право министарству финансија да покрене независну контролу пројеката концесија и даје инструкције даваоцу концесије. Закон још прописује конкретну обавезу праћења на страни даваоца концесије.

4.3.2 Закон о ЈПП (ОГ 129/08). Хрватски Закон о ЈПП уређује припрему пројеката ЈПП и структуру и активности Агенције за ЈПП. У суштини, Закон дефинише ЈПП као преношење неке обавезе јавне службе или неке друге јавне обавезе на приватну страну која треба да успостави инфраструктуру и њоме управља у циљу пружања јавне услуге крајњим корисницима. Дефиниција не помиње ниједан конкретан сектор и оставља потпуно отвореним опсег конкретних (осмишљавање, изградња, финансирање, вођење, одржавање). ЈПП може да садржи концесије или је засновано на уобичајеном односу плаћања за услугу између страна. Дефиниција искључује могућност да се неко ЈПП састоји само од набавке или истраживања природних ресурса.

Закон не садржи конкретне прагове вредности и у ствари редовне уговоре подводи под одредбе закона о јавним набавкама а концесије под закон о концесијама. То би требало да значи да важе одредбе о праговима и изузимању из тих закона.

Закон такође прави разлику између оних ЈПП који су основани уговором и тзв. институционализованих ЈПП (ИЈПП који се могу упоредити са словеначким друштвом неновчаних улога) као кад би стране у редовном току ствари направиле заједнички подухват. Као и код словеначког закона, од страна се захтева да склопе уговор о партнерству поред самог уговора о ЈПП као таквог, а иначе се третирају као друга ЈПП.

За разлику од Закона о концесијама, Закону о ЈПП садржи конкретне минималне и максималне лимите трајања, и то су пет односно четрдесет година, тим редом.

Кад је реч о припреми пројеката ЈПП, у суштини су сва јавна тела надлежна да предложе пројекат ЈПП. Закон је основао посебно владино тело, Агенцију за ЈПП, која оцењује предлог (укључујући утврђивање да ли је предложени пројекат заиста

пројекат ЈПП), консултује се са релевантним странама и на крају га одобрава¹⁹. Агенција за ЈПП задужена је да изради критеријуме за оцену пројеката, укључујући тражену документацију, што се ради доношењем владине уредбе о оцени и одобрењу пројеката ЈПП.

Та уредба²⁰ прописује детаљније захтеве у погледу разне документације, као што су студије о изводљивости, укључујући оно што се обично зове упоређивач јавног сектора (да документује вредност за новац који нуди неко решење ЈПП, насупрот класичној набавци у којој јавни сектор преузима све ризике), одређује поделу ризика и квантификује те ризике.

У фазама после припремне, Агенција мора да одобри тендерску документацију, укључујући критеријуме за доделу и да напише уговор о ЈПП. Владина уредба о уговорима о ЈПП утврђује садржај обавезних уговорних елемената, укључујући врсте анекса. Разни елементи описани су према кључним речима као и код ЗоК, али са додатком образложења које даје више детаља, на пример које ситуације треба да предвиди клаузула раскида, или која питања треба да уређује одредба о уговорној казни.

Закон не уређује саму доделу, и углавном се уопштено позива на поступке из закона о јавној набавци и о концесијама. Кад пројекат ЈПП садржи концесију, очигледно је да се мора применити отворен поступак из закона, без обзира на то да ли је пројекат сложен или није. Ситуација је сасвим различита код пројекта ЈПП на који се примењује закон о јавној набавци кад постоји избор између више поступака.

Тако, кад је пројекат недовољно схватљив да би се од самог почетка изложио по детаљима у тендерском досијеу, могуће је применити отворен поступак без икаквог дијалога. Код сложенијих пројеката, конкурентни дијалог омогућава неопходан дијалог између страна. Међутим, кад пројекат садржи неку концесију, очигледно је да нема таквог избора и то је онда тешко правдати. Ипак, изгледа да има на располагању других процедура за доделу сходно секторским законима, мада је ситуација далеко од јасне, посебно јер Закон о ЈПП не садржи неку референцу на те законе.

У сваком случају, изгледа да су процедуре доделе за све пројекте ЈПП отворене за поступак приговора следећи правила закона о јавним набавкама.

Закон даје Агенцији за ЈПП пренету надлежност да прати реализацију пројеката ЈПП. Опет, детаљи праћења подлежу правилима које је израдила Агенција и усвојила влада. На тој основи је изграђен систем редовног слања извештаја

¹⁹ Раније поменута владина Уредба о оцени и одобрењу пројеката ЈПП захтева као услов за одобрење на пример да приватни партнер мора да преузме одређене обавезе у погледу инвестирања и функционисања као и да преузме барем ризик доступности или тржишни ризик.

²⁰ Разне уредбе хрватске владе о ЈПП могу се наћи на интернет презентацији Агенције за ЈПП www.ajpp.hr и приложене су уз овај Извештај.

Агенцији за ЈПП од свих пројеката, где Агенција има право да се умеша у пројекте да би разјаснила извештаје.

Претпоставка је да такво централизовано управљање пројектима не постоји само за себе већ се надмеће са надзором који врши јавна страна у уговору. Додатни надзор са нивоа владе може се показати корисним, нарочито код великих пројеката ЈПП од националног значаја.

4.4 Француска. Концесије имају стогодишњу традицију у Француској. Користе се као правни механизам за шири спектар активности укључујући, на пример, дистрибуцију воде и електричне енергије, одношење смећа, управљање јавним добрима као што су спортски терени и базени, итд. и изградња и рад аутопутева.

Концесије се схватају врстом делегације јавних услуга, а најновија дефиниција концепта садржана је у закону из 2001. године (тзв. *Закон MURCEF, Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Économique et Financier*) која је дословце иста као дефиниција ЕУ, са нагласком на аспекту експлоатације.

Дефиниција из Закона MURCEF опште се тумачи тако да концесија мора да обухвати комплетну јавну услугу, на пример укупно пословање аеродрома, а не само део неке такве услуге, као што би било пословање аутобуске линије између терминала на аеродрому. Поред тога, редовна правила о јавној набавци тумаче се тако да захтевају засебне процедуре у мери која можда не би могла да учини да неки пројекат који укључује елементе и радова и услуга буде оглашен целовит на тендеру. Та ограничења изазвала су потребу за новим моделима ЈПП, о чему ће бити више речи у даљем тексту.

Законски оквир за уговоре о концесијама укључујући поступак доделе је Закон *Loi Sapin*, што је изгледа општи закон који прописује разне мере отворености у раду за јавне активности. Поступак доделе није детаљно уређен и оставља доста простора наручиоцу да га осмисли према свом нахођењу.

У суштини, закон захтева објаву позива на изражавање интересовања. Изгледа да су конкретни захтеви за такво објављивање садржани у владиним подзаконским актима, док наредне фазе поступка доделе нису ближе уређене. На тај начин, кандидати који буду оцењени прихватљивим у погледу стручних и финансијских ресурса бивају позвани да поднесу своје понуде на основу предметног пројекта.

Опис мора да садржи захтеване квантитативне и квалитативне перформансе и мора да наведе све услове у погледу наплаћивања кориснику (тарифу). Кад су понуде поднете на тој основи, наручилац може да ступи у преговоре са понуђачима и да на тој основи утврди најпривлачнију понуду.

У свом првобитном тексту, Закон је допуштао доделу концесија без било какве процедуре. Међутим, Комисија ЕУ покренула је поступак против Француске због

повреде права Заједнице. Образложење је било да је могућност непосредне доделе у супротности са начелима јавности и једнаког третмана²¹.

Француске власти признале су потребу да се разјасни тај закон. Написан је амандман који је прописао да изузеће, које дозвољава неком јавном субјекту да додели уговор о концесији неком јавном органу без оглашавања или такмичарског поступка тендера, важи само ако постоји неки однос између јавног субјекта и јавног тела које задовољава критеријум „исте куће“. После тога Комисија је обуставила поступак.

Поред случаја „исте куће“, процедура доделе не важи за уговоре испод одређене вредности односно трајања.

Као и већина закона у старијим државама чланица ЕУ, француски закон као такав не прописује садржину уговора о концесијама. Тај садржај није прописан законом јер већ постоји добро установљена правна традиција и пракса за уговоре о концесијама и флексибилнија алтернатива смерница које издају агенције учеснице или професионалне организације на националном нивоу. Закон садржи само нека специфична правила која треба да обезбеде да трајање концесија не прекорачи време неопходно за повраћај инвестиције. Што се тиче конкретно концесија у сектору водопривреде укључујући неинвестирање (тзв. уговор о изнајмљивању, „*affermage*“) прописано је максимално трајање од двадесет година.

Уз све већи фокус на ЈПП, нарочито у последњих петнаест година, у Француској је дошло до помака ка успостављању алтернативних правних модела због постојећих ограничења у напред помињаном закону о јавној набавци и закону о концесијама.

У последњих десет година уведени су алтернативни и флексибилнији модели, укључујући тзв. уговоре о партнерству и један број аранжмана типичних према секторима правосуђа, унутрашњих послова и здравља. Кад је реч о дефиницији, споразум о партнерству остављен је отвореним. Углавном се ради о давању права да се уради пројектовање, изградња (или реновација или адаптација), финансирање, рад, одржавање односно управљање имовином јавних служби. Са правног аспекта нема ничега што би разликовало те уговоре од обичних уговора које уређују директиве о набавци. Зато су процедуре доделе дословце исте као и код јавних уговора, укључујући приступ конкурентном дијалогу.

5. Садашњи Закон о концесијама Србије – садржина и уочени проблеми

²¹ Комисија је даље изнела аргумент да је непосредна додела концесије од стране јавног правног лица неком јавном органу адекватна само ако јавно правно лице које закључује уговор врши контролу над јавним органом којем додељује уговор, слично контроли коју врши над сопственим службама, и ако јавни орган обавља највећи део активности са јавним правним лицем које врши контролу, другим речима, у „интерној кућној“ ситуацији. Основа за овај след размишљања лежи у томе да, ако су ти услови задовољени, више не важи закон о јавној набавци, јер је уговор о концесији додељен телу које се, иако правно различито од јавног правног лица које додељује уговор, не сматра функционално одвојеним од наручиоца being.

Релевантан општи закони који уређују и концесије и ЈПП је садашњи Закон о концесијама Србије (ЗоК), који је заменио стари закон из 1997. године и ступио на снагу 2002. године.

ЗоК прописује специфичну *дефиницију* концесије која се ни на који начин не позива на Закон о јавној набавци и његове дефиниција уговора уређених тим законом. У ствари, та два закона уопште се не позивају један на другог. Као што је већ речено у претходном Делу 2, важно је што та два закона узајамно искључују било коју трећу категорију јавних уговора коју не би уређивао ниједан закон. Зато је важно да се успостави законска повезаност, а очигледан приступ је да се користе дефиниције из директива ЕУ. Не постоји општи праг вредности за примену Закона, али постоји јасан приказ области политике које могу да буду предмет концесија. Те области политике су традиционалне, укључујући секторе комуналних услуга, као и рударство и туризам.

Кад се ради о *припреми пројеката концесија*, ЗоК прописује структуру у којој се предлог концесије даје са централног или регионалног нивоа што води ка тзв. концесионом акту која се доноси на нивоу владе а повремено и Скупштине. Опис података и анализе коју морају да обаве предлагачи у току поступка су непотпуни. С друге стране, врло је јасно приказана надлежност за покретање и усвајање пројеката концесије (тапија).

Кад је реч о *тендерској процедури*, ЗоК се у знатној мери разликује од Закона о јавним набавкама јер не садржи конкретне обавезе за наручиоца. Као што је већ речено, то је тешко оправдати с обзиром на то да концесије могу понекад да буду технички далеко сложеније, као и економски и политички важније од обичних уговора о јавној набавци који се тичу рецимо робе или услуга. Оно што је посебно уочљиво је очигледан недостатак фазе дијалога у тендерском поступку и с друге стране ширег опсега за услове преговарања са предузећем које је проглашено за победника тендера. Све у свему, наручиоцу је остављено превише дискреционог права у више аспеката.

ЗоК прописује прилично уопштен садржај оног што треба да буде обухваћено *уговором о концесији* и садржи многе од обавезних главних елемената. Садржина је допуњена разним одредбама које уређују права и дужности концесионара, од чега већину чине упутства о начину на који уговори о концесијама треба да решавају конкретна питања, као што су пренос уговорних права или обавеза, или на пример повећање вредности јавне имовине у току трајања концесије и ситуација код експропријације.

Иначе, ЗоК поклања доста пажње питањима као што су право на повлачење понуде, повраћај тендерске гаранције и детаље о коришћењу препоручене поште. Детаљност одредби неких од тих питања није у сразмери са веома уопштенним формулацијама које се користе у ЗоК о важним начелним питањима као што су тендерска процедура и тендерски критеријуми.

Изгледа да ниједан орган власти Србије нити нека друга заинтересована страна нису указали на било какав проблем у погледу примене ЗоК. Зато свака потреба за изменом ЗоК долази из „спољњих“ извора и што је најважније обухвата нужност изазвану сврхом приближавања правним прописима ЕУ.

У својој оцени ЗоК из 2008. године, ЕБРД је изнео низ примедби у склопу испитивања разних законских система економија у транзицији у Европи и Централној Азији. ЕБРД примећује одређен степен дискреционог права у погледу доделе концесија и преговарања у циљу склапања уговора, али не изгледа да то сматра проблемом. Уместо тога, сматра да су процедуре за одобрење и поступак тендера веома компликовани и централизовани и јасно усмерени на крупније националне концесије уместо на оне мање регионалне.

С једне стране, ЕБРД истиче да је ЗоК један од малог броја закона које је ревидирао који се позива на *начела* отворености, недискриминације, пропорционалности, итд. С друге стране, такође примећује да концесије *подлежу одредбама* више узајамно различитих закона, те да изгледа да ЗоК није координисан ни са једним од њих. Ти други закону су Закон о јавним предузећима и делатностима од општег интереса, Закон о општинским делатностима и Закон о јавним набавкама, као и неки закони који важе за одређене секторе.

У недавној ревизији из септембра 2010. године (која је обухватила и нацрт који се управо ради у Министарству економије) СИГМА је посебно скренула пажњу на следеће:

- У светлу преовлађујуће ситуације коју карактеришу неколико закона који се очигледно преклапају, подвучена је важност укупне законске повезаности;
- Треба увести правила, на пример за процедуру доделе и трајање, која допуштају да се направи разлика између мањих пројеката у односу на веће и сложеније пројекте;
- Процедура доделе треба да буде у потпуности усклађена са законским прописима о јавној набавци;
- Закони можда не би требало да се ограничавају у делокругу важења и да допуштају само одређене врсте пројеката концесије.

6. Поређење и одговарајућа решења – битни елементи у односу на законе о ЈН

У овом делу, све информације изнете у Деловима 1 – 5 биће постављене једне насупрот другима и образложене зарад проналажења могућих праваца рада на

реформи у вези концесија. Овај извештај нема задатак да се бави другим законима у Србији у којима би могао да постоји проблем преклапања. Зато је препоручено да се приступи систематској и свеобухватној ревизији релевантних закона и подзаконских прописа за њихову примену у целини, као што пише у Делу 7.

Као што можемо видети, није неуобичајено да земље имају пореске и друге законе који промовишу пројекте концесија, а да немају конкретан закон о концесијама. То је случај у неким старијим државама чланицама ЕУ. Међутим, искуства из других земаља показују да различити режими за различите секторе ризикују уношење забуне те да их треба избегавати. Ток догађаја у Француској описан је тачно онако како се одвијао да бисмо показали како спорадичне законске иницијативе у појединим земљама могу на крају да доведу до појаве одговарајућег и динамичног окружења. Међутим, пошто су такви токови и приступи различити за сваку земљу посебно, то није приступ који би требало опонашати.

Проблеми које могу да створе закони који важе за поједине секторе опсежно су илустровани у случајевима Словеније и Хрватске. Тешко је схватити зашто би на пример процедуре доделе требало да се разликују од зависности од сектора. С друге стране, није тешко замислити да би проблеми специфични за један сектор могли да услове примену извесних „екстра“ захтева за оперативне уговоре. Потреба за правилима специфичним за сектор треба у сваком конкретном случају да потврди надлежно министарство, уместо да се само прихвати некритички као последица надлежности таквих министарстава.

Још једно опште место је питање да ли треба мењати основну структуру ЗоК. Мада специфични закони о концесијама и ЈПП нису уобичајени у ЕУ, ипак преовлађују два изразита тренда. Први је да су концесије у суштини постале важне не саме по себи већ као правни инструменти за пројекте ЈПП. Други тренд је да додела концесија користи процедуре доделе сличне или понекад чак исте као процедуре у додели уговора о јавној набавци. На овај други тренд свакако су утицали правни прописи ЕУ, према којима уговор о ЈПП није нови правни концепт али мора да буде категорисан или као концесија или као обичан уговор о јавној набавци. Као што је речено у Делу 4.2, овакво размишљање важи и за ИЈПП.

Та два тренда указују на приступ у којем би постојећи ЗоК био конвертован у Закон о ЈПП са честим позивањем на Закон о јавним набавкама и општим одредбама о припреми пројекта и садржини уговора. Што се тиче садржине уговора, закон о ЈПП може да направи разлику између концесија и других врста уговора у погледу поделе ризика. Тај приступ имао би додатну предност јер би избегао недоследности које сада постоје између ЗоК и Закона о јавним набавкама.

Поред основне структуре, треба проучити да ли је боље користити подзаконске акте кад је реч о извесним техничким питањима која се јављају нарочито у припремној фази. Имајући у виду токове у државама чланицама ЕУ, можемо размислити о томе да ли би за јавност и приватне учеснике било корисно донети

смернице о законима и подзаконским прописима. Очигледан пример је хрватски „Водич о ЈПП корак по корак“ који је 2009. године објавила Агенција за ЈПП, а може се наћи на интернет презентацији Агенције.

Даљи текст бави се раније наглашеним важним питањима, а то су дефиниције, припрема пројекта, процедура доделе и садржина уговора.

6.1 Дефиниција. Претходна ревизија показала је да међународни модели закона нуде ограничену помоћ. С друге стране, у целој ЕУ постоји једнообразна дефиниција као последица усаглашавања директива ЕУ о јавној набавци. Наравно, одлучујући чинилац у корист примене дефиниције ЕУ је што је то логични приступ кад је циљ усклађивање са правним прописима ЕУ.

Постоје три важна аспекта ове дефиниције у поређењу са постојећом дефиницијом из ЗоК. Као прво, дефиниција ЕУ даје јасну поделу уговора у једну категорију покривену директивама ЕУ и другу која је изван тога јер се ради о концесијама. Као друго, разлика се у потпуности заснива на концепту експлоатације и, на крају, на подели ризика, док дефиниција из ЗоК отвара један број могућности, од којих би неке биле покривене директивама о јавној набавци. Као треће, дефиниција ЕУ није ограничена на одређене секторе или врсте пројеката. То значи да се избегавају непотребне тешкоће које могу да настану због било каквих ограничења ненамерно присутних у тексту.

Увођење дефиниције ЕУ створило би две категорије уговора, а оба би могла да се користе као основа за ЈПП. Једно је концесија а друго је „нормалан“ уговор о јавној набавци. Увођење дефиниције у оба закона – или као две различите дефиниције у једном закону о ЈПП – значило би да ће њихов рестриктивни опсег примене да буде добро дефинисан и узајамно искључив.

Треба увести одредбе које ће прописати да аранжмани о ЈПП, покривени Законом о јавним набавкама, буду предмет правила о припреми пројеката и имају садржину слично онима из ЗоК. Како је већ речено, решење може да буде у доношењу општег закона о ЈПП исто као што је урађено у Словенији.

Оно што је изгледа карактеристично за приступ у овде обрађеним земљама је да су задржани прагови вредности из директива о јавној набавци у контексту концесија, тако да процедуре за мање концесије и пројекте ЈПП испод утврђеног прага могу да буду предмет поједностављених правила.

Значајни изузеци су Словенија и Хрватска где изгледа не важи неки општи праг вредности. Међутим, ситуација је нејасна због бројних секторски окренутих закона у којима ипак може да се нађе тај праг вредности. У сваком случају изгледа да је најједноставније решење да те вредности из Закона о јавним набавкама подједнако важе и на пројекте концесија и ЈПП.

Још један аспект повезан са дефиницијом концесије и ЈПП је да ли би требало да за њих важе изузеци слични онима који важе у законским прописима о јавној набавци.

Чини се да ниједан од овде обрађених националних закона или прописа није у већој мери прихватио овај приступ. Међутим, инспирисани француским примером „унутар куће“ описаним у Делу 4.4, могао би се размотрити изузетак бар у таквом случају.

6.2 Припрема пројекта и одлука. Међународна и национална пракса описане у Деловима 3 и 4 не откривају неке суштински нове елементе, мада је пресудна темељита припрема ЈПП и нарочито комплекснијих концесија. То се не може узети као да је важност припреме умакла пажњи различитих земаља обухваћених у овом Извештају. Напротив, оне су у већини случајева унеле та питања у своје смернице и сличан материјал који су издале институције задужене за одобрење таквих пројеката.

Међутим, и хрватски и словеначки закони о ЈПП изричито захтевају студију о изводљивости и документацију о предлогу поделе ризика итд, као део припреме и одобрења пројекта. Другим речима, у обема земљама припремна фаза омогућава темељну процену ефикасности и вредности за новац. У припремној фази утврђује се такође, на основу планиране поделе ризика, да ли пројекат ЈПП треба изградити на основу концесије или редовног уговора. У обема земљама детаљно су прописани конкретни услови за оцену и одобрење пројекта. Тај приступ који користи подзаконска акта чини да се релативно лако могу прилагодити захтеву на основу стеченог искуства.

И ЗоК садржи припремну фазу и прописује одобрење пројекта. Списак који садржи ЗоК је знак признавања колико је важна припрема пројекта. Ипак, захтеви треба да буду детаљније описани и да буду у складу са решењем из Словеније и Хрватске.

6.3 Процедуре доделе. Као што се могло видети у Делу 2, правни прописи ЕУ не захтевају у формалном смислу било какву тендерску процедуру за концесије²². Постоји основни захтев у погледу објављивања код концесије за радове и концесије за пружање услуга. Међународни и национални законски извори описани у Делу 3 и 4 прописују конкретне тендерске процедуре.

Као што смо показали, процедуре из ОЕЦД и УНЦИТРАЛ-ових моделе закона имају један број недостатака у односу на начела ЕУ о отворености у раду и недискриминацији, било због тога што процедуре допуштају преговоре са победником или зато што наручиоцу дозвољавају превише широка дискрециона права, на пример у погледу измене тендерског досије у току тендерског процеса. Могућност преференцијалних аранжмана за нетражене понуде додатно илуструје

²² У сваком случају, пошто захтев ЕУ у погледу објављивања има сврху да о тој прилици упозна све заинтересоване понуђаче, нарочито оне из других земаља, значи да је потребан неки поступак структурисаног одлучивања да би се обезбедио једнак третман и после фазе објављивања. Зато се у ствари поступак тендера сам намеће. Због тога је већина земаља одабрала да уведе захтеве било непосредно или посредно путем смерница или препорука, о чему пише у даљем тексту.

да ти међународни извори нису одговарајуће са перспективе ЕУ кад је реч о осмишљавању процедуре за доделу уговора.

Посматрајући ситуацију у различитим државама чланицама ЕУ, увиђа се да постоји тренд да се једноставно примене процедуре из Директива. То није решење које се захтева правним прописима ЕУ, што је став који је заузела судска пракса, о чему пише у Делу 2. Уместо тога, то је решење које има законодавног смисла зато што обезбеђује укупну доследност и зато што омогућава различите процедуре сходно различитој сложености пројеката. За неке врло једноставне пројекте у којима се детаљи могу унапред утврдити, рестриктивни поступак може да буде сасвим прикладан, док ће преговарачки поступак или конкурентни дијалог да се покажу довољно флексибилнима код сложенијих пројеката.

6.4 Елементи уговора. Преглед релевантних питања у прописима ЕУ из Дела 2 и других делова овог Извештаја показују да се морају увести извесна ограничења у смислу важења уговора, укључујући право на продужење његовог важења. Као што је поменуто, то не значи да се мора утврдити неки конкретни максимум али се мора обезбедити да се важење у сваком случају заснива на начелу пропорционалности. Друго питање из прописа ЕУ које смо већ поменули је потреба да се ограничи могућност за давање посла другим предузећима, укључујући тзв. право преузимања за позајмљиваче. Треће питање је потреба да се ограниче могућности за мењање уговора.

Опис најбоље праксе у вези елемената уговора показује су да чак и необавезујућа правила о садржини ретко прописана у страним законима. Како је раније указано, разлог томе може да буде то што таква правила нису неопходна због одраније уведене правне праксе у погледу дугорочних уговорних односа или доступности модела и смерница уговоре прилагођених националним условима. Словеначки и хрватски закони о концесијама прописују садржину елемената уговора, с тим да посебно словеначки закон на више места прописује обавезујућа правила о начину на који ће уговор да одреди односе између уговорних страна.

Друга општа примедба је да се садржина уговора у моделима закона УНЦИТРАЛ-а и ОЕЦД-а тиче управо пројеката ЈПП. Конкретно, изазов представљају бројне узајамно супротстављене динамике тих уобичајено дугорочних пројеката. С једне стране, постоји јавни интерес за праћење и контролу рада приватне стране а с друге стране интерес је да се не претера са уплитањем толико да се то може сматрати утицајем на рад и у мери која би приватној страни дала изговор да се „ослободи“ дела свог оперативног ризика.

Интерес за приватну страну постоји је у томе да буде у стању да процени из дугорочне перспективе ризике који су јој додељене да би могла да правилно процени потребу за инвестирањем и финансирањем и, што није најмање важно,

зараду по основу улагања. Наравно, постоји и интерес у смислу превенције ризика (хеџинг) у односу на рад и тржиште²³.

На крају, ту је наравно и превасходни јавни интерес да се уопште узев да се ризик у највећој могућој мери пренесе на приватну страну; али ако се претера у томе, пројекат може да постане толико комерцијално и финансијски непривлачан да више нема интересовања да се неко јави за извршење пројекта.

Зато је важно да закон обезбеди такве уговоре за пројекте ЈПП који нису само симболичног значаја већ у стању да делују као алати за управљање уговорима.

У окружењу у којем уговорна пракса код дугорочних и сложених пројеката још није консолидована, било би корисно, нарочито по интерес интересних група из јавног сектора, да се донесе закон који ће да пропише неке основне уговорне захтеве не само у погледу обавезних елемената већ и у погледу поделе ризика.

Да би се створило флексибилно окружење за израду пројеката ЈПП, ЗоК не треба да прописује конкретна решења већ да описује различите аспекте пребацивања ризика (на пример у пословању, на тржишту и законском аспекту). За сада постоје одредбе које се односе на утврђивање трајања уговора, мада би биле корисне и одредбе које би дале преглед опција за доделу ризика у основним ситуацијама.

Садржина треба да буде далеко детаљнија и да има више елемената него што је то сада случај, а могла би да потражи инспирацију, како за теме тако и за детаље, у садржини модела закона и да при томе не сметне с ума словеначки и хрватски закон. Што се тиче прегледа преношења ризика, нови српски закон могао би стога да оде даље чак и од постојеће праксе.

7. Законска подлога за реализовање ЈПП

Очигледно је да било који закон који би уређивао оснивање пројекта ЈПП не може сам по себи да гарантује законску доследност и повезаност у корист пројекта ЈПП. Оно што је поред тога потребно је одговарајуће тзв законско окружење (подлога) за спровођење. Такво окружење уобичајено садржи одређен број закона, нарочито оних који уређују опорезивање, улагање и запошљавање, мада у начелу може да обухвата и већи број основних закона.

Инвеститори би се свакако двоумили да ли да раде у земљама које немају основне законске гаранције, као на пример кад у раду правосуђа има недостатака а извршење законских права неизвесно. Према томе, домет деловања пратећег

²³ Управо су ти интереси оно што може да подстакне захтеве према приватној страни да се у уговор унесу механизми који омогућавају да се израчуна „најгори могући случај“. Такав механизам био би на пример горња граница на укупан износ уговорне казне која се може наметнути у току трајања уговора.

законодавства може у великој мери да се разликује од једне земље до друге у зависности од стања основних релевантних прописа који уређују пословање. Међутим, за пројекте ЈПП углавном су битни законски прописи у следећим областима, који ће можда морати да се ревидирају:

- **Порези.** Јасно је да окружење у којем постоје високи порези на пословне делатности није повољно за пословање, мада с друге стране може да се схвати као цена која се плаћа за стабилно тржиште рада и социјалне услове. Уместо тога, посебну пажњу треба посветити пореским прописима са непосредним утицајем на пројекте ЈПП. Класичан проблем лежи у томе што у многим пројектима ЈПП власник пројектне активе (имовине) може да буде у јавној страни (или предодређен да буде пренет јавној страни након завршетка пројекта), док ће улагање у активу и рад са да остане задатак приватне стране. Порески закони често прописују да право на пореску амортизацију средстава зависи од власништва над тим средствима. Да би се омогућило ЈПП, неке земље начиниле су помак и допустиле праву на амортизацију и привременом власнику или лицу које је издало пројектну активу на дугорочни закуп.
- **Стране инвестиције.** Очигледно озбиљна препрека је кад национални прописи спречавају или на било који начин обесхрабрују стране инвестиције. Такви прописи обично искључују стране партнере или кредиторе. Саставни део стратегија већине земаља у транзицији је ревидирање свог законодавства у том смислу, те можемо претпоставити да ово као проблем није важно. У ствари, поред домета правила ЕУ о слободном кретању капитала, чести су билатерални инвестициони споразуми (БИС) које су међусобно закључиле многе земље а који прописују национални третман таквих инвестиција под условом реципроцитета.
- **Валута и репатријација прихода.** Чак и ако се могу инвестиције довести у земљу, било би обесхрабрујуће ако се приход од инвестиција не би могао извести из земље. Тај проблем може повремено да се реши уношењем клаузуле слободног трансфера у већини БИС. Та клаузула дозвољава плаћање, конверзију и репатријацију средстава по основу инвестиције.
- **Издавање лиценци за рад.** У неким земљама постоје бројни услови за прибављање дозвола и овлашћења за одређене професије или за почетак пословања. За стране партнере у пројектима ЈПП такви услови могу да иду тако далеко да постану претерано високо постављени ако су извесне професионалне

активности допуштене искључиво лицима која имају одређену националност или професионална уверења добијена од одређених образовних институција. Неки од проблема те врсте могу се превазићи уговорним одредбама којима се јавна страна обавезује да помогне приватној страни да прибави тражене лиценце за рад и слично. Те уговорне одредбе могу према својој природи да буду тек гест добрих намера без преузимања стварне обавезе. Алтернативно томе, поседовање свих тражених лиценци може да се постави за приватну страну као одложни услов за ступање уговора на снагу.

Друга ограничења за пројекте ЈПП могу се пронаћи у другим врстама односних закона, на пример у прописима који уређују урбанистичко планирање, непокретну имовину, запошљавање и социјално осигурање, заштиту интелектуалне својине и заштиту животне средине. Значај и врста проблема свакако се разликују од земље до земље.

8. Препоруке

Разни закључци и препоруке Дела 6 могу се сажети у следеће препоруке које се тичу постојећег ЗоК и законског окружења у целини:

1. Започети ревизију постојећих релевантних прописа да би се утврдила преклапања са ЗоК и Законом о јавним набавкама, и сви прописи који непотребно ометају развој пројеката ЈПП.
2. Осмислити структуру за нови Закон о ЈПП Србије који би садржао релевантне одредбе о концесијама и заједничка правила за све пројекте ЈПП, укључујући ИЈПП.
3. За сваки случај урадити амандмане на ЗоК, нарочито да се ускладе дефиниције, прагови вредности и процедуре за доделу са оним у Закону о јавним набавкама.
4. Урадити специфичне амандмане за друге делове ЗоК, нарочито у циљу свестраније припремне фазе и даљих појединости о садржини уговора, укључујући аспекте доделе ризика.

За припрему тих активности, неопходно је да се у наредним месецима ради на:

- Организовању радионице у УЈН ради разговора о овом Извештају и договора о начину даљег рада у погледу Министарства економије као надлежног за ЗоК;
- Билатералним разговорима са Министарством економије о различитим начинима да се обезбеди тражена сарадња у законодавном процесу (где је једна од опција Закон о ЈПП)

- Организовању радионица у министарствима задуженим за порезе, финансије и слично, ради разговора о мери у којој треба прилагодити подзаконске прописе за спровођење закона;
- Предузимању корака на изради додатних смерница о ЈПП, на пример, објашњења појма расподеле ризика и различитим врстама ризика.

Ω

Додаци:

A. Елементи уговора према УНЦИТРАЛ-овом моделу закона

B. Елементи уговора према ОЕЦД-овом моделу закона

C. Литература о ЈПП

D. Словеначки Закон о ЈПП

E. Хрватски Закон о концесијама

F. Хрватски Закон о ЈПП

G. Хрватске уредбе о припреми и одобрењу пројекта

H. Хрватске уредбе о елементима уговора

I. Хватска Уредба о вођењу уговора

J. Хрватски водич о ЈПП

Додаци Д – Ј налазе се на компакт диску (ЦД) који је приложен уз Извештај

Додатак А. Елементи уговора према УНЦИТРАЛ-овом моделу закона

(Елементи који су исти са ОЕЦД-овим моделом закона писани су **појачаним словима**)

Уговор о концесији уређује питања која уговорне стране сматрају прикладним, 37 као што су:

(a) Врста и делокруг радова које треба да изведе и услуга које треба да пружи концесионар (види Поглавље IV, став 1);

(b) Услови за пружање тих услуга и степен ексклузивности концесионарових права, ако их има, из уговоре о концесији (види препоруку 5);

(c) Помоћ коју наручилац може да пружи концесионару у прибављању лиценци и дозвола у мери у којој је потребно за спровођење пројекта инфраструктуре;

(d) Било који захтеви у вези утврђења минималног капитала правног лица основаног у складу са одредбом 30 модела (види препоруке 42 и 43 и одредбу 30 модела);

(e) Власништво над имовином везаном за пројекат и обавезе страна, према прилици, у односу на обавезан откуп (експропријација) локације пројекта и пратеће службености, у складу са одредбама 31 до 33 модела (види препоруке 44 и 45 и одредбе 31-33 модела);

(f) Награду за концесионара, без обзира на то да ли се састоји од тарифе или таксе за коришћење објекта или пружање услуга; методе и формуле за установљавање или усклађивање тих тарифа или такси; и исплате, ако их има, које може да врши наручилац или други јавни орган (види препоруке 46 и 48);

(g) Процедуру за преиспитивање и одобрење инжењерског дизајна, грађевинског плана и спецификације наручиоца, и процедуре за тестирање и завршну инспекцију, одобрење и пријем инфраструктурног објекта (види препоруку 52);

(h) Домент обавезе концесионара да обезбеди, према прилици, модификовање услуге да би задовољио стварне захтеве за вршењем услуге, континуитет и пружање услуге под суштински истим условима свим корисницима (види препоруку 53 и одредбу 38 модела);

(i) Право наручиоца или другог јавног органа да прати радове који ће да обавља и услуге које ће да пружа концесионар и услове и обим у којем наручилац или неко регулаторно тело могу да наложе варијације у погледу радова и услова пружања услуге или за предузимање неких других основаних радњи које буду сматрали примереним да обезбеде да објекат инфраструктуре правилно ради и да се услуге пружају у складу са важећим законом и условима уговора (види препоруке 52 и 54, алинеја (b));

(j) Домет обавезе концесионара да наручиоцу или регулаторном телу, према прилици, доставља извештаје и друге информације о свом раду (види препоруку 54, алинеја *(a)*);

(k) Механизме за поступак у вези додатних трошкова и других последица које би могле да настану из било ког налога којег изда наручилац или други јавни орган у вези са претходним тачкама *(h)* и *(i)*, укључујући сваку накнаду на коју би концесионар могао да има право (види Поглавље IV, ставове 73-76);

(l) Било која права наручиоца да проучи и одобри велике уговоре које треба да закључи концесионар, нарочито са сопственим деоничарима концесионара или другим повезаним лицима (види препоруку 56);

***(m)* Концесионар треба да достави гаранцију квалитета и одржава полису осигурања у погледу спровођења пројекта инфраструктуре (види препоруку 58, алинеје *(a)* и *(b)*);**

(n) Доступни правни лекови за случај кршења уговора од било које стране (види препоруку 58, алинеја *(e)*);

***(o)* Мера у којој било која страна може да буде ослобођена материјалне одговорности због доцње у извршењу или непоштовања било које обавезе из уговора о концесији услед околности које су изван стварне контроле те стране види препоруку 58, алинеја *(d)*);**

***(p)* Трајање уговора о концесији и права и обавезе страна по протеклу његовог важења или раскиду уговора (види препоруку 61);**

(q) Начин обрачуна накнаде према одредби 47 модела (види препоруку 67);

***(r)* Важећи закон и механизми за решавање спора који могу да настану између наручиоца и концесионара (види препоруку 69 и одредбе 29 и 49 модела);**

(s) Права и обавезе уговорних страна у погледу поверљивих информација (види одредбу 24 модела).

Додатак Б. Елементи уговора у ОЕЦД-овом моделу закона

Аутономија воље странака

14. Под условом да су испуњени захтеви за процедуре селекције из Дела III овог Закона, конкретни услови у било ком конкретном уговору о концесијама су ствар преговора. Ниједна овде садржана одредба не ограничава овлашћење наручиоца да се договори о неком амандману на споразум о концесији ако оцени да је такав поступак у складу са јавним интересом.

Елементи споразума о концесији

15. Осим уколико наручилац одлучи другачије, Споразум о концесији мора да између осталог садржи одредбе о следећим питањима:

(а) Природи и делокругу радова које извођач треба да уради или услуга које извођач треба да обави;

(b) Било које одложном услову за ступање на снагу споразума о концесији;

(c) Трајању споразума о концесији;

(d) Степену ексклузивности;

(e) Природи имовинских интереса уговорних страна на непокретној и личној активи која треба да буде изграђена или пружена (ако је то случај) или која је предмет било којих радова или услуга које треба извршити сходно споразуму о концесији;

(f) Једном или више датума до када било који радови треба да буду завршени;

(g) Таквим ограничењима или условима о којима се може постићи договор за пренос контролног интереса у капиталу извођача;

(h) Било којим исплатама које је наручилац обавезан да изврши извођачу као накнаду за услуге које је пружио или посао који је урадио;

(i) Обавезама извођача, ако их има, да обезбеди сталан и недискриминаторан приступ објекту односно пруженим услугама за треће стране сходно споразуму о концесији;

(j) Правима извођача, ако их има, да наплати трећим странама износ за услуге које пружа сходно споразуму о концесији;

(k) Начинима за усклађивање доспелих плаћања извођачу од стране наручиоца или трећих страна;

- (l) Правима уговорних страна да преносе своја права, или путем хартија од вредности или на друге начине, и било који томе придодат услов;
- (m) Било којим захтевима у погледу гаранције квалитета која се може захтевати од извођача у вези са изградњом или функционисањем објекта;**
- (n) Обавезама извођача, ако их има, у погледу заштите и очувања животне средине;
- (o) Обавезама наручиоца да обезбеди земљиште односно друге објекте;
- (p) Било којим правима наручиоца да прати извршење извођачевих обавеза, укључујући права наручиоца да врши преглед и контролу релевантних објеката;**
- (q) Околностима под којима свака уговорна страна може да раскине или да захтева поновно преговарање у вези споразума о концесији;**
- (r) Било којим исплатама које једна страна мора да изврши другој страни из било ког другог разлога осим накнаде за радове или услуге;**
- (s) Правним лековима које могу да користе наручилац и извођач у случају кашњења или неизвршења обавеза друге уговорне стране;**
- (t) Околностима под којима наручилац нека за то овлашћена трећа страна може (привремено или другачије) да преузме функционисање објекта или било коју другу функцију извођача да би се обезбедило делотворно и непрекидно пружање услуга или снабдевање робом који су предмет споразума о концесији, у случају озбиљног пеопуста извођача у испуњењу његових обавеза;
- (u) Порезима и фискалним питањима;
- (v) Односу између споразума о концесији и других релевантних уговора и споразума;
- (w) Било којим важећим одредбама о вишој сили и последицама промене закона;**
- (x) Важећем закону;**
- (y) Решавању спорова;**
- (z) У вези са природним ресурсима, давању између осталог следећих ствари:
- (i) описа географске области која је обухваћена споразумом о концесији;
- (ii) Утврђивању и извршењу исплата за ауторске хонораре и друге доспеле накнаде, или за количине производа који су заједнички са извођачем;
- (iii) Власничких права у погледу релевантних природних ресурса;
- (iv) Аранжмана у погледу маркетинга и продаје релевантних природних ресурса.

Додатак Ц. Релевантна литература о ЈПП

- „Пројекти БОО и БОТ – водич за комерцијалу и уговоре“ (“BOO/BOT Projects – a commercial and contractual Guide”) Џефри Делмон, издавач Свит и Максвел, 2000. године
- „Јавно приватна партнерства – управљање ризицима и приликама“ (“Public-Private Partnerships – managing risks and opportunities”) (зборник текстова Акинтоле Акитоје и других, издавач Блеквел паблишинг, 2003. године
- „Стратешка питања у ЈПП – међународна перспектива“ (“Strategic Issues in PPP – an international perspective”), зборник текстова Мирјам Булт- Шпиринг и других, издавач Блеквел паблишинг, 2008. године
- Стандардни уговори ФИДИЦ, такозване „Књиге“. Од значаја за ЈПП су нарочито Услови за уговор за ЕПЦ Пројекте кључ у руке: *Уговор за ЕПЦ и Пројекат кључ у руке* (Сребрна књига)