

Драго Љ. Дивљак  
Универзитет у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду  
D.Divljak@pf.uns.ac.rs  
ORCID ID: 0000-0001-7698-0189

## ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ И БИТНА ОБЕЛЕЖЈА КОНЦЕСИЈА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ\*

**Сажетак:** Предмет правне анализе у овом раду је појмовно одређење и битна обележја концесија у праву ЕУ. Посебна пажња је усмерена ка преносу оперативног ризика, који се јавља као кључно обележје овог одређења. Размишљање је засновано на релевантној регулативи ЕУ, а у значајној мери и на пракси Суда правде ЕУ која је незаобилазна у овој материји. Истовремено, анализа указује на отворена питања и недоследности у погледу нормативног стања у дајој области.

У раду се изводи закључак да Директива о концесијама из 2013, по први пут, на појединачни начин, покушава да појмовно одреди концесију и утврди њена битна обележја. При том за основу својих размислања преузима праксу Суда правде ЕУ и њене релевантне закључке. У том аутономном концепту концесија, она фактички подиже пренос оперативног ризика на ране најважније обележја концесија у праву ЕУ. Но и поред значајне пажње која је посвећена овом питању, његов нормативни оквир и даље садржи отворена питања и недоследности. Посебно је то изражено у погледу нејасноћи и неусаглашености правних решења. У управљању ових недоследности главни задатак ће имати Суд правде ЕУ. Међутим, не треба исцисити из вида и одређене могућности националних закона држава чланица у том погледу.

**Кључне речи:** појам концесија, битна обележја, право ЕУ, Директива о концесијама, оперативни ризик, Суд правде ЕУ.

---

\* Рад је настао као резултат истраживања у 2024. години у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

## 1. УВОД

Потреба за концесијама, као алтернативним начином развоја инфраструктуре и вршења услуга од јавног интереса у Европској унији је обновљена након економске кризе почетком XXI века. Тренд раста интереса за овим питањем није јењавао и било је нужно креирање одговарајуће специфичне правне регулативе. Стога је донета Директива Европског парламента и Савета 2014/23/EУ од 26. фебруара 2014. о додели уговора о концесији<sup>1</sup> (у даљем тексту Директива о концесијама) као средства за превазилажење додашњег стања правне несигурности.<sup>2</sup> Ова несигурност је узрокована парцијалим регулисањем концесија на нивоу ЕУ<sup>3</sup> и постојањем широког спектра различитих правних концепата и националних прописа у државама чланицама ЕУ<sup>4</sup> овој области. Све то је било потребно усагласити<sup>5</sup> доношењем једног акта који би на потпунији начин директно регулисао ову област.<sup>6</sup> Наведена директива је настала као део модернизацијског пакета у области јавних набавки, при чему се нормативно раздваја област јавних уговора и концесија. По својој садржини је компромисног карактера а по својим донетим се оцењује и као својеврсни политички пројекат.<sup>7</sup>

У раду који следи, предмет правне анализе је појмовно одређење и битна обележја концесија у праву ЕУ. Посебна пажња је усмерена ка преносу

---

<sup>1</sup> Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts, *OJ L 94*, 28.3.2014.

<sup>2</sup> Graells, Albert Sanchez; “*What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?*”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 7.2, 2012, 130.

<sup>3</sup> Први пут концесије у праву ЕУ су биле предмет парцијалног нормативног обухвата у Директиви 2004/18/EЦ Европског парламента и Савета о координација процедура за доделу уговора о јавним радовима, уговора о јавном снабдевању и уговора о јавним услугама, односно у Директиви о јавном сектору из 2004. године како се скраћено најчешће назива (Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, *OJ L 134*, 30.4.2004).

<sup>4</sup> Почетком XX века, једанаест држава чланица имало је национално законодавство о концесијама. Упор: Rainer d’Haussonville, „*Towards a New Concessions Regime in the EU: About the Merits and Shortcomings of the Concessions’ Directive.*“ *US-China L. Rev.*, 11, 2014., 1551.

<sup>5</sup> Потешкоће њиховог усаглашавања истовремено је служило као оправдање за укључивање уговора о концесији услуга у делокруг директиве о јавним набавкама, али и као аргумент за доношење посебне директиве за концесије. Упор: Sue Arrowsmith, “*The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*”, 2014, 427; Richard Craven, “*The EU’s 2014 Concessions Directive*”, *Public Procurement Law Review*, 2014, 4, 189.

<sup>6</sup> Упор: Roxana Vornicu, “*The rules on performance of the concession contract under the 2014 Concession Directive and the triangle of rights: a brief dialectic*”, *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 11, 2016, 159.

<sup>7</sup> Упор: R. d’Haussonville, 1547.

оперативног ризика који се појављује као кључно обележје тог одређења. Разматрање је засновано на релевантној регулативи ЕУ, а у значајној мери и на пракси Суда правде ЕУ, која је незаобилазна у овој материји. Истовремено, анализа указује на отворена питања и недостатке у погледу нормативног стања у датој области.

## 2. ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ КОНЦЕСИЈА У ПРАВУ ЕУ

Потреба за комплетнијим појмовним одређењем концесија у праву ЕУ је била дуго изражена. Она није имала за циљ само да потпуније устроји један важан институт већ, у великој мери, и да се направи дистинкција између концесија и јавних набавки, као сродних области. У Преамбули Директиве о концесијама то се јасно акцентује и указује се да би та дефиниција требала на прави начин одражавати посебност концесија у односу на јавне уговоре.<sup>8</sup> Иако се овај нормативни приступ којим се појмовно одређење концесија заснива на супстрату јавних уговора може оспоравати, јасно је да ово разликовање има и практичну функцију, јер фактички уоквирује регулаторни домен дате директиве.<sup>9</sup>

Полазећи од наведеног генералног циља, Директива о концесијама одређује концесије као уговоре којима се остварује новчани интерес једног или више јавних наручитеља, при чему се извођење радова или омогућавање услуга и управљање њима поверава једном или више привредних субјеката. Циљ таквих уговора је набавка радова или услуга концесијом, чија се накнада састоји од права на искориштавање радова или услуга или тог права заједно с плаћањем.<sup>10</sup> У нормативном делу се утврђује да „концесије” значи концесије радова или концесије услуга. При том се одвојено дефинишу наведене врсте.<sup>11</sup>

Свеукупно гледано, ово одређење и критеријуми идентификације су другачији од дефиниција концесија датих у националним законима.<sup>12</sup> На тај начин је дошло до значајног одступања од класичног поимања концесија као аката јавне власти којима се додељују одређена права концесионару, па чак и до одклона од докумената ЕУ који су се пре тога бавили проблемима концесија у оквиру ЕУ.<sup>13</sup> Свеукупно гледано, може се закључити да се ради се

<sup>8</sup> Пар. 2. Преамбуле Директиве о концесијама.

<sup>9</sup> Упор: Simona Gherghina, “*Difficult decisions: the limits of choice by contracting authorities when awarding concession contracts*”, Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev. 14, 2015, 27.

<sup>10</sup> Пар.11. Преамбуле Директиве о концесијама.

<sup>11</sup> Чл. 5. ст. 1. Директиве о концесијама.

<sup>12</sup> Упор: Christopher H. Bovis, “*Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector Management in the EU*”, European Public Private Partnership Law Review 6.4, 2011.1.

<sup>13</sup> Упор: “*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession Contracts*” – Frequently Asked Questions MEMO/11/932 Brussels, 20 December 2011.

аутономном концепту права ЕУ,<sup>14</sup> који је у највећој мери иницирао<sup>15</sup> и креирао Суд правде ЕУ тумачећи раније важеће прописе,<sup>16</sup> и који је као такав инкорпориран у Директиву о концесијама.

### 3. БИТНА ОБЕЛЕЖЈА КОНЦЕСИЈА У ПРАВУ ЕУ

#### 3.1. Уопште

Напред представљено одређење концесија, на први поглед, не даје јасну слику у погледу битних обележја тог појма. Међутим, пар. 18. Преамбуле наведене директиве у том погледу дефинитивно даје недвосмислено разјашењењем правилу да је “основно обележје концесије, право на искоришћавање радова или услуга, увек подразумеваало пренос оперативног ризика економске природе на концесионара.“ На основу њега, види се да је најважнија формална одредница концесија право на искоришћавање радова или услуга, али да се фактички акценат у том погледу са наведеног права преноси на преузимање оперативног ризика од стране концесионара. Оваквом стилизацијом наведеног правила се индиректно фактички може закључити да би исправније било рећи да је главно обележје концесија, односно критеријум за идентификацију концесија само један, а то је оперативни ризик. О томе нема дилеме у теорији.<sup>17</sup> Оваквом посматрању у прилог иду и нека друга објашњења у Директиви о концесијама. У том погледу је посебно индикативна одредба дате директиве у којој се каже да би: „стога требало појаснити дефиницију концесије, посебно упућујући на концепт оперативног ризика.“<sup>18</sup>

И овде треба поновити да је овакав нормативни приступ у Директиви о концесијама суштински заснован на одлукама Суда правде ЕУ које су претходиле њеном ступању на снагу.<sup>19</sup> Ипак, подизање елемента преноса ризика на ранг прворазредног обележја концесија у праву ЕУ, није плод првобитног концепта већ постепене еволуције у пракси овог суда. У почетном периоду ове праксе, битно обележје и једини дистинктиван елемент који је концесије разликовао од јавних уговора био је садржан у чињеници да кон-

---

<sup>14</sup> Шире: Ulla B. Neergaard, “Public service concessions and related concepts 10 the increased pressure from Community law on Member States’ use of concessions”, in Public Procurement Law Review 2007, 6.

<sup>15</sup> Case: Commission of the European Communities v Italian Republic, C-382/05, ECLI:EU:C:2006:668.

<sup>16</sup> Упор: S. Gherghina, 33.

<sup>17</sup> Упор: Marco Ceruti, “The allocation of risk in the public-private partnership (PPP) between public contracts and concessions”, Varese, 2016, 40 C. H. Bovis, 2, S. Gherghina, 33

<sup>18</sup> Пар.18. Преамбуле Директиве о концесијама.

<sup>19</sup> Упор: S. Gherghina, 34.

цесионар стиче право на остваривање прихода од коришћења изграђених објеката, при чему ту накнаду не прима директно од наручиоца, већ од крајњих корисника. Такав „концесивни модел“, који карактерише директна веза између концесионара и крајњег корисника на основу наплаћених накнада је једно време био једини прихваћени модел.<sup>20</sup>

Међутим, такав приступ се у пракси Суда правде ЕУ постепено напушта јер није могао покрити различите околности у којима држава користи приватно финансирање за остварење јавних интереса.<sup>21</sup> Уместо наведеног модела креира се нови у којем се све више потенцирао фактор преласка оперативног ризика. У том погледу су индикативни случајеви *Parking Brixen*<sup>22</sup> и *Contse*.<sup>23</sup> У тој еволуцији,<sup>24</sup> посебно је парадигматичан случај *Stadler*,<sup>25</sup> и од њега долази до коначног заокрета у прихватању значаја дефинисања појмова порекла накнаде и преноса оперативног ризика, при чему оперативни ризик постаје незаобилазно обележје концесија у праву ЕУ.<sup>26</sup>

Наведени развој се верификује и у Директиви о концесијама. Наиме, одредбом да „треба јасно да се стави до знања да одређене аранжмане које искључиво наплаћује наручилац треба квалификовати као концесије када надокнада инвестиција и трошкови оператера за извршење посла или пружање услуге зависе од стварне потражње или понуде услуге или имовине“.<sup>27</sup> На овај начин се у овом акту одустаје од примене критеријума порекла накнаде.<sup>28</sup> У таквој ситуацији, када се појам уговора о концесији заснива на концепту оперативног ризика,<sup>29</sup> његов пренос постаје једино битно обележје идентификације концесија и уједно елемент дистинкције од јавних уговора.

---

<sup>20</sup> То јасно прозилази из Интерпретативног саопштења Европске комисије (European Commission, Interpretative Communication on Concessions Under Community Law (2.1.2), 29 Apr. 2000).

<sup>21</sup> Упор: European Commission, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004), par. 23.

<sup>22</sup> Case: *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*. ECJ, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605

<sup>23</sup> Case: *Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA v Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud), C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644.

<sup>24</sup> Шире: Hernández González, Francisco Lorenzo. “*The Evolving Concept of Works and Service Concessions in European Union Law.*” *Public Procurement Law Review* 25, 2016, 52-55.

<sup>25</sup> Case: *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130.

<sup>26</sup> Упор: М. Ceruti, 42.

<sup>27</sup> Пар. 18. Преамбуле Директиве о концесијама.

<sup>28</sup> Упор: S. Gherghina, 29.

<sup>29</sup> Упор: Gian Franco Cartei, “*Risks and Risk Transfer in Concessions.*” *Eur. Pub. L.* 25, 2019., 505.

## 3.2. Пренос оперативног ризика као кључно обележје

У Директиви о концесијама се први пут нормативно устројава концепт оперативног ризика у праву ЕУ, чији је пренос кључно обележје концесија у праву ЕУ. То се може оценити и као њена најзанимљивија новина<sup>30</sup> која је као таква добила посебну пажњу. У наведеном контексту два питања заслужују посебно пажњу а то је питање обухвата појама оперативног ризика и питање потребног нивоа ризика који се мора пренети на концесионара, да би дати уговор имао карактер концесија.

### 3.2.1. Обухват појама оперативног ризика

#### 3.2.1.1. Регулаторне одреднице

Већ на први поглед је видљиво да је обухват појама оперативног ризика у Директиви о концесијама доста широко постављен.<sup>31</sup> Он се покушава разјаснити са неколико инструктивних правила. Анализирајући дефиницију оперативног ризика из члана 5. став 1. и члана 20. Преамбуле Директиве о концесијама, и узимајући у обзир праксу Суда правде ЕУ која је генерално послужила као основ релевантних правила ове директиве, можемо закључити да оперативни ризици у праву ЕУ подразумевају оне ризике који имају три одреднице и којима се уоквирује обухват појама оперативног ризика.

Прво, ризици би требали произићи из фактора који су изван контроле учесника у концесији.<sup>32</sup> Ризици попут оних који су повезани са лошим управљањем, неиспуњењем уговорних обавеза од стране привредних субјеката или с разлозима више силе нису пресудни у класификацији о концесији. Исто тако, битно је и одређење да наведени ризици не обухватају оне ризике који су инхерентни сваком уговору, било да се ради о уговору о јавној набавци или о концесији, као што су ризици попут оних који су повезани са лошим управљањем, неиспуњавањем уговорних обавеза од стране привредних субјеката или с разлозима више силе. Они нису релевантни за квалификацију уговора о концесији. Овај услов је фактички пренет у Преамбулу Директиве о концесијама из већ споменутог случаја *Stadler*,<sup>33</sup> где је појашњено да у њих не улазе ризици попут оних који су повезани са лошим управљањем, неиспуњавањем уговорних обавеза од стране привредних субјеката или с разлозима више силе. Суд је такође заузео исти став. Ризици у вези са грешкама у управљању или ризицима финансирања не спадају у оперативни ризик те стога не могу бити параметар за квалификацију уговора.

<sup>30</sup> Упор: Интерпретативно саопштења Европске комисије из 2000. године.

<sup>31</sup> Упор: G. F. Cartei, 505.

<sup>32</sup> Пар. 20. Преамбуле Директиве о концесијама.

<sup>33</sup> Case: Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, par. 37-38.

Наведени услов укључује и временску компоненту јер су концесије дугорочни и сложени уговорни аранжмани који су пропорционални животном циклусу инфраструктуре.<sup>34</sup> Следствено томе потребно је водити рачуна и о околностима које се могу појавити у дужем периоду трајања концесија. У том контексту је корисна и одлука датог суда у случају *Commission vs. Italy*<sup>35</sup> где се акценатује потреба да ризик концесионара мора бити реалан.<sup>36</sup>

Друго, оперативни ризици увек подразумевају излагање непредвидивим променама на тржишту. Ради се пре свега о ризицима економске природе у вези са техничким, финансијским и управљачким аспектима пословања.<sup>37</sup> Они би се требали схватити као ризик од излагања непредвидивим променама на тржишту који се могу састојати од ризика потражње или ризика понуде, или из ризика потражње и ризика понуде истовремено.<sup>38</sup> Ризик потражње тумачи се као ризик који је повезан са стварном потражњом за радовима и услугама који су предмет уговора. Исто тако, ризик понуде обухвата ризик повезан с пружањем радова или услуга који су предмет уговора, посебно ризик да пружање услуга не одговара потражњи. У сврху оцењивања оперативног ризика, морају се узети сви елементи као што су нето садашња вредност свих улагања, трошкови и приходи концесионара, при том би се то морало чинити на доследан и уједначен начин.<sup>39</sup>

Овај услов је инаугурисан, али и додатно прецизиран у пракси Суда правде ЕУ. Тако је у случају *WAZV Gotha* суд заузео став да ризик везан за концесију подразумева ризик „изложености“ условима на тржишту.<sup>40</sup> Истовремено, у датом случају се развија и концепт тржишног ризика и прецизира се да се ризик економског пословања концесионара мора разумети као “ризик изложености хировима тржишта који се може састојати у ризику од конкуренција других оператера, ризику да се понуда услуга неће подударати са потражњом, ризик да корисници неће бити у могућности да плате пружене услуге, ризик да трошкови рада услуга неће бити у потпуности покривени приходима, укључујући и ризик од одговорности за штету или штету насталу због неадекватности услуге”.<sup>41</sup>

<sup>34</sup> Упор: Пар. 68. Преамбуле Директиве о концесијама; Т. Prosser & L. Butler, “*Rail Franchises, Competition and Public Service*”, *Modern L. Rev.*, 2018, 32.

<sup>35</sup> Упор: М. Ceruti, 27.

<sup>36</sup> Case: *Commission of the European Communities v Italian Republic*.

<sup>37</sup> Упор: М. Ceruti, 14.

<sup>38</sup> Према члану 5. Директиве о концесијама оперативни ризик обухвата „ризик потражње или понуде или обоје“.

<sup>39</sup> Пар. 19. Преамбуле Директиве о концесијама.

<sup>40</sup> Case: *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, par. 66 and 67.

<sup>41</sup> Case C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, par. 37.

Треће, последица преузимања оперативног ризика се састоји у томе да концесионар нема гаранцију у погледу надокнаде својих улагања и трошкова везаних за извршење уговора о концесији у нормалним радним условима чак и ако део ризика сноси јавни наручилац.<sup>42</sup> У складу са пар. 18. Преамбуле Директиве о концесијама, уговор нема карактер концесија кад год јавни наручилац ослободи „привредни субјект од сваког потенцијалног губитка гарантујући минимални приход, једнак или виши од уложених средстава и трошкова које привредни субјект има у односу на извршење уговора.“ У датом контексту, врло важна је и одредница да се концепт оперативног ризика у концесијама не примењује у свим околностима, већ је његова примена специфицирана на „нормалне услове рада“. У овом погледу је релевантно и објашњење садржано у истом параграфу Преамбуле Директиве о концесијама да би аранжмани који су у искључиво плаћени од стране јавног наручитеља требали бити прознати као концесије у случајевима када накнада уложених средстава или трошкова које је имао субјект при извршењу радова или пружању услуга зависи од стварне потражње за услугом или имовином или понуди услуге или имовине.

У покушају да прецизира ширину овог услова, у Директиви о концесијама се утврђују конкретна правна правила са условима постојања специфичних околности. Тако се утврђује ситуација када пропис специфичан за одређени сектор уклања ризик гарантујући концесионару покриће везано уз улагања и трошкове који настају при извршењу уговора. Упућује се на то да такав уговор не би требало окарактерисати као концесију.<sup>43</sup> Међутим, у случају када је ризик од почетка ограничен не искључује се могућност квалификације уговора као концесије. То може бити случај, на пример, у секторима с утврђеним тарифама или када је оперативни ризик ограничен средствима уговорних аранжмана којима се осигурава делимична надокнада, укључујући надокнаду у случају превременог раскида концесије из разлога који се односе на јавног наручиоца или због више силе.

### 3.2.1.2. Отворена питања

Изнете релевантне одредбе Директиве свакако су допринеле томе да почетна неизвесност у погледу обухвата оперативног ризика буде делимично умањена, али пуни искорак није постигнут,<sup>44</sup> Непрецизност регулације довела је до тога да и даље постоји не мали број отворених питања.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Пар. 18. Преамбуле Директиве о концесијама.

<sup>43</sup> Пар. 19. Преамбуле Директиве о концесијама.

<sup>44</sup> Упор: G. F. Cartei, 504, 508.

<sup>45</sup> То је нотификовано и у пракси Суда правде ЕУ. Case: Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, par. 33, 79.

У датом контексту је потребно споменути конструкцију „нормални услови рада,“ која је сама по себи непрецизна и подложна различитим тумачењима које није лако помирити. С друге стране, она није лако уклопива ни са неким од наведених одредница оперативног ризика, посебно оних који се односе на повезаност са излагањем непредвидивим променама на тржишту и њихову узрокованост факторима који су ван контроле учесника у концесији.<sup>46</sup>

Већи број отворених питања односи се на специфични облик концесија када су концесионари искључиво плаћени од стране јавног наручиоца и када надокнада уложених средстава или трошкова које је имао субјект при извршењу радова или пружању услуга зависи од стварне потражње за услугом или имовином или понуди услуге или имовине. У том погледу, одмах се отвара проблем нејасноће у вези примене критеријума идентификације таквих концесија, као што је на пример утврђивање ризика пренетих на концесионара, квантификације ефеката индиректних гаранција концесионара или релевантности извора пословних прихода.<sup>47</sup>

С друге стране, наведени специфични облик концесија продукује и дубље проблеме, као што је проблем неусклађености у погледу значења и садржине појединих врста ризика и утврђивања њихових односа. То се посебно односи на неизвесност у погледу значења ризика потражње<sup>48</sup> и његовог односа са ризиком доступности, при чему се овај други односи на способност концесионара да испуни захтеве квалитета услуга и да испоручи уговорени обим радова. Ризик доступности је посебно релевантан за наведени специфични облике концесије када концесионар заправо преузима ризик доступности када услуга не испуњава прописане стандарде квалитета. Овај ризик такође може бити карактеристичан и за концесије где је њихов предмет специфична инфраструктура, као што су нпр. болнице, школе или затвори, код којих фактички и не постоји ризик потражње. Код оваквих концесија новчани поврат за трошкове концесионара не долази од накнада које плаћају корисници већ од плаћања јавног субјекта и немогуће је говорити о конкуренцији или тржишним условима привређивања.<sup>49</sup>

У наведеним околностима се логично поставља и питање тачног обухвата ризика потражње и потреби и оправданости укључења ризика доступности у корпус ризика потражње. У том погледу, прихватиљива је оцена да ризик доступности не би могао спадати у оперативне ризике, јер он превентивно зависи од способности концесионара да пружи адекватну услугу према

<sup>46</sup> Пар. 20. Преамбуле Директиве о концесијама.

<sup>47</sup> S. Gherghina, *“The Financing of Public Investments”*, C.H. Beck Publishing House, 2015, 184-189.

<sup>48</sup> Шире: G. F. Cartei, 509.

<sup>49</sup> Упор: H. González, F. Lorenzo, 57.

квалитативним и квантитативним стандардима.<sup>50</sup> То је супростављено одредници да оперативни ризик мора произлазити из фактора који су изван контроле страна у концесији и да треба да буде везан за непредвидиве промене на тржишту.<sup>51</sup> Исто тако, такав ризик очигледно повлачи неадекватно испуњење уговора. То би такође било противно већ изнетом ставу из праксе Суда правде ЕУ да ризици који су повезани са лошим управљањем или неизвршењем уговорних обавеза од стране концесионара економског оператора не могу бити коришћени у сврху класификације једног уговора као концесије, будући да су ти ризици својствени сваком уговору било да се ради о уговору о јавној набавци или о концесији.

Напред изнета отворена питања у вези ризика потражње, посебно она везана за конкретни обухват тог појма као последицу могу отворити и проблем његовог правног третмана. У крајњој линији, могуће је проблематизовање и оправданости његове укључености у појам оперативног ризика уопште.

Решење напред наведених отворених питања се може тражити у коришћењу два механизма. Први се састоји у парцијалној надоградњи и прецизирању односних правила ЕУ у правима држава чланица. У неким правима то је и практично реализовано. Тако су у италијанском праву прецизирали садржину појма „нормални услови рада“ као „одсуство непредвидивих догађаја.“ Ипак ни ова формула не превазилази све наведене потешкоће у тумачењу датог појма. Такав приступ је демонстриран у румунском праву. Конкретно овде су грађевински ризици уврштени у корпус оперативних ризика. Исто тако, у шпанском праву је дати проблем правног третмана ризика потражње јасно разрешило на начин да концесионар може да преузме само ризик понуде, али не и спорни ризик потражње.<sup>52</sup> И поред ових искорак на националном плану, јасно је да он има врло ограничене домете у садржинском и просторном плану. Стога је као такав недовољан за суштинско решавање отворених питања у датој области.

Други механизам је додатно екстензивно коришћење праксе Суда правде ЕУ. У напред изнетом делу рада се већ може видети да је управо она дала кључан допринос у погледу прецизирања помало неухватљивог концепта<sup>53</sup> као што је концепт оперативног ризика. Фактички, управо је ова пракса директно креирала битне ставове у овој области а који се у Директиви у концесијама преузимају и развијају.<sup>54</sup> Међутим, то није био праволинијски

---

<sup>50</sup> Упор: М. Ceruti, 34.

<sup>51</sup> Упор: G. F. Cartei, 509.

<sup>52</sup> Пар. 257, Закона о концесија Шпаније од 8. новембра 2017. бр. 9.

<sup>53</sup> Упор: М. Ceruti, 2.

<sup>54</sup> Упор: Charles M. Clarke, "An Overview of the CJEU's Current Approach Towards the Application of the Underlying Treaty Principles Governing Concessions", in *European Procurement and Public Private Partnership Law Review* no 4/2015, 285.

процес.<sup>55</sup> Тек у другој, новијој фази, почев од пресуде *Parking Brixen*,<sup>56</sup> судска пракса достиже виши степен зрелости који доводи до прогресивног усавршавања концепта оперативног ризика мада су и даље остале сиве зоне у том погледу. То је управо карактеристично за конкретизацију обухвата оперативног ризика,<sup>57</sup> где и даље остаје не мали број отворених питања.<sup>58</sup>

Са отвореним питањима које је Директива о концесији својим нејасноћама и неусклађеностима креирала, фактички је она и осигурала континуирану релевантност ове јуриспруденције у смислу тумачења њених одредби.<sup>59</sup> Даље коришћење овог начина надоградње нормативних оквира концесија у сегменту појма оперативног ризика не само да је потребно већ је и реално оствариво и са ширим дometима него працијална надоградња путем националних закона земаља чланица ЕУ. Међутим постоје и ограничења у погледу крајњих дoмета. Наиме, она по својој природи у себи садржи основни недостатак а то је да реагује по потреби од случаја до случаја,<sup>60</sup> дајући конкретне одговоре који понекад немају ширу системску употребљивост као у случају *Helmut Müller*.<sup>61</sup>

### 3.2.2. Ниво оперативног ризика који треба применити

У контексту оперативног ризика, осим његовог обухвата, врло важно је и питање нивоа оперативних ризика који је потребан да се пренесе на концесионара да би се један посао назвао концесијом.

#### 3.2.2.1. Опште правило

Директивом о концесијама се директно не утврђује дати минимални праг или ниво оперативног ризика. Међутим, она ипак садржи једно опште правило у датом контексту. Њиме се утврђује да део ризика пренесен на концесионара укључује стварно излагање непредвидивим променама на тржишту, тако да било какав потенцијални процењени губитак који је претрпео

<sup>55</sup> Case: *Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, par. 75; *Commission of the European Communities v Italian Republic*, Case C-437/07; *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v AOK Rheinland/Hamburg*, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358, par. 74;

<sup>56</sup> Case: *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*.

<sup>57</sup> Упор: М. Ceruti, 43.

<sup>58</sup> Упор: А. S. Graells, 4.

<sup>59</sup> Шире: С. Н. Bovis, “*Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions.*” *Common market law review* 49.1 (2012).

<sup>60</sup> Упор: S. Gherghina, “*The Financing of Public Investments*”, С.Н. Beck Publishing House, 2015, 37.

<sup>61</sup> Case: *Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, C-451/08.

концесионар није тек номиналан и занемарив.<sup>62</sup> Овакво одређење само је у мањој мери умањило наведени проблем. Свакако би било више извесности да је задржана одредница „значајан“ ризик која постојала у предлогу дате директиве, али у коначној верзији она је нестала.<sup>63</sup>

У оваквој ситуацији, прецизнију квантификацију преноса оперативног ризика нужно је морао је дати Суд правде ЕУ. Дужи низ судске праксе по овом питању, започет је случајем WAZV Gotha. У овом случају суд је захтевао да се на концесионара мора пренети оперативни ризик у потпуности, или барем у значајној мери, да би се уговор третирао као концесија.<sup>64</sup> Сагласно том ставу тамо где то није постигнуто уговор мора бити третиран једино као уговор о јавним набавкама.

И поред датих разјашњења у пракси Суда правде ЕУ, искорак који је учињен је ипак био непотпун и недовољан јер и даље није било потпуно извесно који ниво оперативног ризика треба пренети на концесионара да би се уговор квалификовао као концесија.<sup>65</sup> Гранична линија је и даље остављала простор субјективном тумачењу што је значило да правна несигурност по овом питању није потпуно уклоњена.<sup>66</sup> С друге стране, овакав приступ може бити концептуално споран са аспекта природе концесија. Ризик који не сноси концесионар ипак ће нужно сносити, барем у једном делу, концедент, дакле јавни субјект. Стога није изненађујуће што је и Европска комисија закључила да „ова судска пракса још увек није довољно јасна, посебно у погледу нивоа оперативног ризика који треба пренети на економског оператора тако да се уговор може квалификовати као концесија“.<sup>67</sup>

Подизање нивоа прецизирања у датој области посебно подразумева идентификовње значајног дела оперативног ризика који мора преузети концесионар како би се уговор окарактерисао као концесија. То значи да је у сваком случају неопходно да он буде јасно дефинисан и измерен.<sup>68</sup> Рационалан захтев је и да се ризик мора одредити од стране наручилаца, пре доделе концесије тако да сви потенцијално заинтересовани субјекти могу унапред стећи увид. Међутим, треба узети у обзир и непредвиђене ситуације и промене на тржишту које могу да настану након закључења уговора о концесији. С друге стране, то не значи да концесија нужно мора да укључује такав ризици да се економска операција претвори у тоталну коцку, већ само да

<sup>62</sup> Чл. 5. ст.1. Директиве о концесијама

<sup>63</sup> Упор: М. Ceruti, 12.

<sup>64</sup> Case: Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH., par. 77.

<sup>65</sup> Case: Commission of the European Communities v Italian Republic. C-382/05, par. 34.

<sup>66</sup> Упор: С. М. Clarke, 275.; М. Ceruti, 45.

<sup>67</sup> Упор: Commission Staff Working Document, Impact Assessment of an Initiative on Concessions, Brussels, 20 Dec. 2011, SEC (2011), 1588 final (4.1.1).

<sup>68</sup> Упор: G. F. Cartei, 507.

непостојање преноса оперативног ризика практично искључи концесију.<sup>69</sup> Постизање одговарајуће равнотеже није лако оствариво, јер пренети ризик мора бити значајан, а он не постоји ако је велика вероватноћа да концесионар неће доживети никакав потенцијални губитак или да је такав губитак занемарљив.<sup>70</sup> С друге стране, увек треба имати у виду да је концесија инструмент које јавни субјекти користе за остварење јавних интереса.

### 3.2.2.2. Правило за специфичне ситуације

У погледу потребног нивоа оперативног ризика, Директива о концесијама поред општег правила, садржи и посебно правило које се односи на одређену специфичну ситуацију, односно на случај када је ризик од почетка ограничен. То може бити случај, на пример, у секторима с утврђеним тарифама или када је оперативни ризик ограничен уговорним аранжманима којима се осигурава делимична надокнада, укључујући и надокнаду у случају превременог раскида концесије из разлога који се односе на јавног наручиоца или због “више силе”. У таквој ситуацији, чињеница да је ризик од почетка ограничен не би требала искључивати квалификацију датог уговора као концесије.<sup>71</sup> Другим речима чињеница да правила јавног права или уговорне клаузуле ограничавају оперативни ризик и смањују га у поређењу са оним што би сносио јавни субјект, али га и даље одржавају на нивоу ефикасности, не отклања квалификовање таквог уговора као уговора о концесији.<sup>72</sup>

Напред наведено правило је резултат ставова праксе Суда правде ЕУ.<sup>73</sup> У његовој разради посебан значај има случај *Gotha*.<sup>74</sup> По мишљењу овог суда у наведеном случају, у одређеним секторима активности, попут оних који укључују комуналне услуге, у складу са правилима која могу утицати на ограничавање финансијских ризика, довољно је да је пренет „значајан удео у оперативном ризику са којим се суочава концесионар”.<sup>75</sup> Заузет је став да уколико оператер услуге преузима значајан део постојећег, али ограниченог ризика у датој ситуацији, уговор би се могао сматрати концесијом за услуге. Исти став је поново потврђен и у случају *Augstākās*.<sup>76</sup>

<sup>69</sup> Пар. 18. пар. 20 Преамбуле и чл. 5. Директиве о концесијама.

<sup>70</sup> Case: *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV*. C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525.

<sup>71</sup> Пар. 19. Преамбуле Директиве о концесијама.

<sup>72</sup> Упор: М. Ceruti, 43.

<sup>73</sup> Упор: G. F. Cartei, 506.

<sup>74</sup> Упор: S. Gherghina, “*Difficult decisions: the limits of choice by contracting authorities when awarding concession contracts.*” 38 Case T-167/01.

<sup>75</sup> Case: *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, par. 77

<sup>76</sup> Case: *Augstākās tiesas — Latvia* — Rūdolfs Meroni v Recoletos Limited, Case C-559/14.

Изнети ставови праксе Суда правде ЕУ су делом дочекани са резервом јер потенцијално могу имати збуњујућу улогу у контексту решавања наведеног проблема потребног оперативног ризика у концесији.<sup>77</sup> Међутим, и поред тога ти ставови су директно преузети у Преамбули Директиве о концесијама.<sup>78</sup> С друге стране, видљиво је и то да је изван делокруга овог суда остало и даље важно питање до ког нивоа ово почетно ограничење преноса оперативног ризика може бити прихватљиво.<sup>79</sup> У том погледу јуриспруденција Суда правде ЕУ је само начелно потврдила да за квалификацију једног уговора као концесије, није неопходно да оперативни ризик који преузима концесионар буде неограничен, у смислу да имплицира потпуни неуспех пројекта.<sup>80</sup>

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Директива о концесијама из 2014. године по први пут, на потпунији начин, покушава да појмовно одреди концесију и утврди њена битна обележја. При том за основу свог регулисања преузима праксу Суда правде ЕУ и његове релевантне закључке. У том аутономном концепту концесија, она фактички подиже пренос оперативног ризика на ранг најважнијег обележја концесија у праву ЕУ. Но и поред значајне пажње која је посвећена овом питању, његов нормативни оквир и даље садржи отворена питања и недостатке. Посебно је то изражено у погледу непрецизности и неусаглашености правних решења. Већи број отворених питања односи се на специфични облик концесија када су концесионари искључиво плаћени од стране јавног наручиоца и када надокнада уложених средстава или трошкова које је имао субјект при извршењу радова или пружању услуга зависи од стварне потражње за услугом или имовином или понуди услуге или имовине. Они продукује и дубље проблеме, као што је проблем неусклађености у погледу значења и садржине појединих врста ризика и утврђивања њихових односа.

Решење напред наведених отворених питања се може тражити у коришћењу два механизма. Први се састоји у парцијалној надоградњи и прецизирању односних правила ЕУ у правима држава чланица. У неким правима

---

<sup>77</sup> Шипе: Totis Kotsonis, “The role of risk in defining a services concession contract: Wasser- und Abwasser zweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (VWAZV Gotha) c. Eurawasser Aufbereitung- und Entsorgungsgesellschaft mbH (C-206108) (WAZV)”, in Public Procurement Law Review, 2010, 1, NA9-1.

<sup>78</sup> Пар. 19 Преамбуле Директиве о концесијама.

<sup>79</sup> Упор: G. F. Cartei, 506.

<sup>80</sup> Case: Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v AOK Rheinland/Hamburg.C-1 C-360/96; Club Hotel Loutraki AE and Others v Ethnico Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias (C-145/08) and Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) v Ethnico Symvoulío Radiotileorasis, C-149/08.

то је и практично реализовано. Тако су у италијанском праву прецизирали садржину појма „нормални услови рада“ као „одсуство непредвидивих догађаја.“ Ипак ни ова формула не превазилази све наведене потешкоће у тумачењу датог појма. Такав приступ је демонстриран у румунском праву. Међутим, у исправљању ових недостатака и даље ће главни задатак имати Суд правде ЕУ.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Arrowsmith, Sue „*The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*“, Bd. 1, 3.” *Aufl.*, London, 2014
- Bovis, Christopher H. “*Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector Management in the EU*”, *European Public Private Partnership Law Review* 6.4, 2011
- “*Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions.*” *Common market law review* 49.1 (2012).
- Caranta, Roberto “*The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*”, *Common Market Law Review* 52.2, 2015
- Cartei, Gian Franco “*Risks and Risk Transfer in Concessions.*” *Eur. Pub. L.* 25, 2019.
- Ceruti, Marco „*The allocation of risk in the public-private partnership (PPP) between public contracts and concessions*“, Varese, 2016
- Clarke, Charles M. “*An Overview of the CJEU’s Current Approach towards the Application of the Underlying Treaty Principles Governing Concessions.*” *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 10 (2015): 273.
- Clifton, Judith C. – Díaz-Fuentes, Daniel “*The European Union’s Concessions Directive: A Critical Reading*” *Intereconomics* 3, 2013.
- Craven, Richard “*The EU’s 2014 Concessions Directive*”, *Public Procurement Law Review*, 2014
- d’Haussonville, Rainer „*Towards a New Concessions Regime in the EU: About the Merits and Shortcomings of the Concessions’ Directive.*” *US-China L. Rev.*, 11, 2014
- Divljak, Drago “*ИЗМЕНЕ УГОВОРА О КОНЦЕСИЈИ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 55.4, 2021.
- Gherghina, Simona “*Difficult decisions: the limits of choice by contracting authorities when awarding concession contracts.*” *Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev.* 14. 2015.
- „*The Financing of Public Investments*“, C.H. Beck Publishing House, București, 2015
- Graells, Albert Sanchez “*What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?*”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 7.2, 2012
- González Hernández, Lorenzo Francisco “*The Evolving Concept of Works and Service Concessions in European Union Law.*” *Public Procurement Law Review* 25, 2016.
- Kotsonis, Totis „*The role of risk in defining a services concession contract: wasser—und Abwasserzwekverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) v*

- Eurawasser Aufbereitungs—und Entsorgungsgesellschaft mbH (C-206/08)(WAZV)*.“  
Public Procure Law Rev, NA4, 2010.
- Matei, Mădălina Georgiana “*Differences between the Concession Contract of Public Services and other Contracts.*” Bulletin of the Transilvania University of Braşov, Series VII: Social Sciences and Law 1, 2013.
- Neergaard, Ulla B. “*Public Service Concessions and Related Concepts: The Increased Pressure from Community Law on Member States’ use of Concessions.*” Public Procurement Law Review 6, 2007.
- Prosser T. & Butler L. „*Rail Franchises, Competition and Public Service*“, Modern L. Rev., 2018.
- Vornicu, Roxana “*The rules on performance of the concession contract under the 2014 Concession Directive and the triangle of rights: a brief dialectic*”, Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev. 11, 2016
- Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts, *OJ L 94, 28.3.2014*.
- Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC .*OJ L 94, 28.3.2014*
- Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, *OJ L 134, 30.4.2004*
- Interpretative Communication on Concessions Under Community Law (2.1.2), 29 Apr. 2000
- European Commission, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004)
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession Contracts – Frequently Asked Questions MEMO/11/932 Brussels, 20 December 2011
- Commission Staff Working Document, Impact Assessment of an Initiative on Concessions, Brussels, 20 Dec. 2011, SEC(2011), 1588 final (4.1.1).

Drago Lj. Divljak  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
D.Divljak@pf.uns.ac.rs  
ORCID ID: 0000-0001-7698-0189

## Definition and Important Features of Concessions in European Union Law

**Abstract:** *The subject of the legal analysis in this work is the definition and important features of concessions in EU law. Special attention was paid to the transfer of the operational risk, which appears as the key feature of that definition. Consideration is based on relevant EU norms and to a more significant extent on the practice of the EU Court of Justice, which is inevitable in this area. At the same time, the analysis points to open issues and flaws regarding normative state of play in the given area.*

*The work contains a conclusion that the EU Directive on Concessions on 2013, for the first time, in a more comprehensive manner, tries to define the concession and establish its important features. In that autonomous concept of the concessions, it actually raises the transfer of the operational risk to a level of the most important concession feature in EU law. Nevertheless, even beside the significant attention paid to this matter, its norm frames keep containing open issues and flaws. It is particularly visible in reference to inaccuracy and non-alignment of legal solutions. The EU Court of Justice will have the leading role in making these flaws right. However, one should not omit also certain possibilities of the respective Members States' national laws in that regard.*

**Keywords:** *concession, important features, EU law, Directive on Concessions, operational risk, the EU Court of Justice.*

Датум пријема рада: 20. 12. 2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 22. 01. 2025.

Датум прихватања рада: 23. 01. 2025.