

Драго Љ. Дивљак
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

ИЗМЕНЕ УГОВОРА О КОНЦЕСИЈИ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: Предмет правне анализе у раду је један узак, али врло важан и специфичан правни семен, а то је измена уговора о концесији током његовог трајања. Размишљање ће бити засновано на анализи релевантној секундарној праву ЕУ, уз одговарајуће коришћење праксе Суда правде ЕУ. Крајњи циљ је био да се на основу даће анализе дође до оцене стања актуалној праву ЕУ, како на концептуалном плану, тако и у јојединоствима. Акцент је посебно био на питањима природе, обима и услова измене уговора и његовим импликацијама.

У раду се закључује да правно регулисање измена уговора о концесији није лак задатак за регулатора. Пошто се овај уговор не може посматрати једино кроз призму интерних правних односа између учесника концесије, без импликација по трећа лица и друге интересе. У таквом контексту оптимално регулисање измена уговора о концесији захтева слојевити правну архитектуру, међусобно кохерентну, довољно јасну и предвидљиву, а ојет релативно флексибилну. У том погледу, Директива 2014/23/ЕУ, методологики, по обиму регулације и садржински у највећој мери успева да изађе у сусрет дајим захтевима. Међутим, збој своје опшности, већи део даће регулације захтеваће прецизирање путем националне регулативе у земљама чланицама ЕУ, а преваходно у пракси Суда правде ЕУ. То се у првом реду односи на значајне измене уговора о концесији.

Кључне речи: уговор о концесији, измене, Право ЕУ, секундарно право, Суд правде ЕУ

* Рад је настао као резултат истраживања у 2021. години у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Концесије¹ су традиционално важан инструмент инвестиционе политике и економског развоја једне земље. У новије време, шири се поље њене примене и концесије се трансформишу у савремене инструменте пројектног финансирања² и битна су форма јавно-приватних партнерстава,³ Све више постају актуелне⁴ и у контексту стварања новог концепта деловања јавне управе.

Уговори о концесији обично подразумевају дугорочне и сложене техничке, финансијске и правне аранжмане и као такви су подложни промењеним околностима. Такође, ови уговори могу бити непотпуни, делом и неодговарајући.⁵ У том случају често постоји потреба за њиховим модификовањем или изменама, што отвара читав низ специфичних проблема. Тај процес је релативно скуп, без извесности крајњег резултата и може довести до нарушавања већ успостављене уговорне равнотеже, а понекад и застоја или привременог прекида реализације концесије.⁶ Исто тако, подложен је ризику злоупотреба од обе уговорне стране. У пракси је потврђено да су поновни преговори довели до значајних промена првобитних услова уговора концесионара, а о трошку крајњих корисника, јавног сектора и пореских обвезника.⁷

¹ Иако традиционалан правни инструмент, не постоји униформна и генерално прихваћена дефиниција за концесије. О класичним и новим виђењима концесија: Душанка Ђурђевић, „Концесије у нашем и упоредном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу* (Зборник радова ПФНС), бр. 3/2003, 2003; Miranda Nicholas, “Concession agreements: from private contract to public policy”, *Yale LJ* 117, 2007, 510.; Michael Burnett, “The New European Directive on the Award of Concession Contracts—Promoting Value for Money in PPP Contracts.”, *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 9, 2014, 96; Christopher H. Bovis, “Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector Management in the EU”, *European Public Private Partnership Law Review* 6.4, 2011, 209; Piotr Bogdanowicz, “Cross-border Interest and Concession Contracts: a Critical Approach”, *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 10, 2015, 83.

² Bruno De Cazalet, “The Evolution of the Concession and Public Private Partnership Legal Concepts over the Last 20 Years under Common Law Influence”, *Int’l Bus. LJ*, 2014, 271; Шире о пројектном финансирању: Драго Дивљак, „БОТ модел пројектног финансирања инфраструктуре“, *Зборник радова ПФНС*, 3/2006, 2006.

³ Упор: С. Н. Bovis, 208-209.

⁴ Упор: Catalin-Silviu Sararu, “The Fundamental Principles Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions”, *Acta Universitatis Danubius. Juridica* 6.3, 2010, 158.

⁵ Бројни фактори могу довести до погрешне спецификације уговора. Шире: Elisabetta Iossa, Giancarlo Spagnolo and Mercedes Vellez, “Contract design in public-private partnerships”, *Report for the World Bank*, 2007, 9.

⁶ E. Iossa, G. Spagnolo and M. Vellez, 4; Ke Feng et al., “Balancing public and private interests through optimization of concession agreement design for user-pay PPP projects”, *Journal of Civil Engineering and Management* 24.2, 2018, 116.

⁷ E. Iossa, G. Spagnolo and M. Vellez, 4-5.

Из наведених разлога сматрамо потребним да у раду који следи, анализирамо уговор у концесији у праву Европске уније (у даљем тексту: ЕУ). Овде је у питању један његов узак, али врло важан и специфичан правни сегмент, а то је измена уговора о концесији током његовог трајања. Разматрање ће бити засновано на анализи релевантног секундарног права ЕУ, уз одговарајуће коришћење праксе Суда правде ЕУ. Крајњи циљ је да се на основу дате анализе дође до оцене стања актуалног права ЕУ како на концептуалном плану, тако и у појединостима. Акцент ће посебно бити на питањима природе, обима и услова измене уговора и његовим импликацијама.

2. РЕГУЛАТОРНИ ОКВИР

Важећа правна регулатива у области концесије је заснована на Директиви 2014/23/ЕУ Европског Парламента и Већа из 2014. године о додели уговора о концесији.⁸ Она је настала као део пакета модернизације шире области јавних набавки и као први иновацијски правни инструмент који искључиво регулише ову област.⁹ Тај пакет чине и Директива 2014/24/ЕУ о јавним набавкама и стављању ван снаге Директиве 2004/18/ЕЗ и Директива 2014/25/ЕУ о набавкама субјеката који послују у сектору водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга и о стављању ван снаге Директиве 2004/17/ЕЗ.¹⁰ До доношења Директиве 2014/23/ЕУ, област концесија је била покривена основним правилима Директиве 2004/18/ЕЗ Европског парламента и Већа о координацији поступака за доделу уговора о јавним радовима, уговора о јавном снабдевању и уговора о пружању јавних услуга, док је концесија за услуге с прекограничним интересом била уређена само начелима Уговора о функционисању Европске уније¹¹ и у одговарајућој судској

⁸ Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts, O.J. 2014, L 94/1–64;

⁹ Roberto Caranta, 'The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works', *Common Market Law Review* 52.2, 2015, 391, 429.

¹⁰ Directive 2014/23 /EU of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts (Concessions Directive), 1 Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council on public procurement 2 and Directive 2014/25 /EU of the Euro pean Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors.3-- J 2014 L 94/1. 2 J 2014 L 94/65. 3 J 2014 L 94/243.

¹¹ Посебно су релевантна; начелу слободног кретања робе и слободе пружања услуга, као и начелима која из тога произлазе, попут начела једнаког поступања, недискриминације, међусобног признавања, пропорционалности и транспарентности. Шире о тадашњој правној регулацији: М. Burnett, "PPP during the Contract Execution Phase-A Need for Greater Certainty in Community Law", *Eur. Pub. Private Partnership L. Rev.* 3, 2008, 51; Commission interpretative communication on concessions under community law; 2000/C121/02. 61 Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions;

пракси.¹² Дати, партикуларни приступ у теорији изазива опречне реакције и ту преовлађују критични тонови.¹³ Међутим, јасно је да сваки приступ има своје добре и лоше стране. Сматрамо да концесије имају своје специфичности које морају да дођу до изражаја у погледу правног регулисања.

Директива 2014/23/ЕУ је настала као начин превазилажења ризика од правне несигурности услед дивергентног тумачења начела Уговора о функционисању Европске уније од стране националних законодаваца, али и због великих неуједначености међу постојећим односним законодавствима држава чланица. Стога је креирање заједничког правног оквира у овој материји било неопходно, чак и ургентно.¹⁴ Међутим, пут до Директиве о концесијама био је дуг и кривудавак и пратиле су га контраверзе због природе политике коју предлаже и осетљивости сектора који су предмет регулисања.¹⁵

Праг примене Директиве 2014/23/ЕУ утврђен је тако да се она примењује на концесије чија је вредност једнака или већа од 5 186 000 еура.¹⁶ Он одражава јасан прекогранични интерес. Директива 2014/23/ЕУ се неће примењивати на концесије испод тог прага, али концесије испод тог прага и даље могу бити предмет релевантих начела Уговора о функционисању Европске уније, општих принципа права ЕУ, укључујући и принцип транспарентности.¹⁷

Поље примене Директиве 2014/23/ЕУ је релативно уско¹⁸ тако да су и институционална јавно-приватна партнерства остала изван њеног делокруга. С друге стране, у посебном одељку се по први пут у праву ЕУ регулишу и питања извршења уговора о концесији,¹⁹ која укључују и правила о измени уговора током њиховог трајања. До доношења ове Директиве, сматрало се да правила о извршењу уговора излазе из оквира правила о јавним набавкама и на тај начин су била углавном препуштена државама чланицама.²⁰

COM/2004/0327 final. sararu The Fundamental Principles Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions.

¹² Case C-324/98 (n 14), [60] and [62].

¹³ Упор: Albert Sanchez Graells, "The continuing relevance of the general principles of EU public procurement law after the adoption of the 2014 Concessions Directive", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 10, 2015, 130; M. Burnett, (2014), 93; P. Bogdanowicz, 91.

¹⁴ Постоје и мишљења да се и закасило у том процесу. Judith C. Clifton and Daniel Díaz-Fuentes, „The European Union’s Concessions Directive: A Critical Reading“, 144.

¹⁵ Није изненађујуће да се тешко дошло до текста дате Директиве. M. Burnett, (2014), 86.

¹⁶ Чл. 8. ст. 1. Директиве 2014/23/ЕУ.

¹⁷ P. Bogdanowicz, 83.

¹⁸ Упор: R. Caranta, 433.

¹⁹ 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, 5.

²⁰ Слично је поступљено у другим међународним документима из области јавних набавки као што су Споразум о државним набавкама СТО или Модел закона UNICTRAL о јавним набавкама. Упор: R. Caranta, 448.

У праву ЕУ, у контексту извора права за област измене уговора о концесијама, од великог значаја је и пракса Суда правде ЕУ, с тим да је она само делимично обухватила нека питања из дате области али су она и као таква битно утицала на саму садржину Директиве 2014/23/ЕУ. У том погледу круцијалан значај има случај *Presstext*.²¹

Сложености правне архитектуре у праву ЕУ о концесијама допринос даје и важеће национално законодавство земаља чланица ЕУ, које су традиционално имале различит приступ концесијама.²²

3. КОНЦЕПТУАЛНИ ПРИСТУП

Правила о измени уговора у праву ЕУ су систематизована у члану 43. Директиве 2014/23/ЕУ, који једини покрива област измене уговора о концесији. У погледу регулисања дате материје, приступа се доста неуобичајено јер све наведене директиве из области јавних набавки користе скоро идентичне одредбе за измене јавних уговора и уговора о концесији.²³ На тај начин се одступило од декларативног циља да се овим директивама додатно утврде специфичности уговора о концесији у односу на јавне уговоре.²⁴ С друге стране, јединствена правна регулација измена ових уговора несумњиво ће ојачати правну сигурност у датом сегменту комплексне области јавних набавки.

Иако обухвата само један члан односна регулатива је доста комплексна и детаљна што је један од нових елемената који доноси дата директива. Такав приступ омогућава да се на јединствен, системски начин покрије дата материја и између датих правила успостави нужна кохеренција.

У конципирању садржине правила о изменама уговора о концесији полази се од две премисе. Прва је да су уговори о концесији, по правилу, непотпуни уговори с обзиром на њихову природу која се односи на ризик, сложеност аранжмана и дугорочност, због чега се унапред не могу предвидети све могуће варијабле.²⁵ С друге стране, постоји потреба за заштитом правне сигурности и осталих интереса инволвираних у ове уговоре. То је

²¹ C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH contre Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH et APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung* [2008] ECLI-351.

²² У моменту доношења Директиве, само је једанаест држава чланица имало национално законодавство о концесијама. Упор: Rainier 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.

²³ Упор: R. Vornicu, 2.

²⁴ О потреби специфичног регулисања уговора о концесији: R. d'Haussonville, 1552.

²⁵ R. d'Haussonville, 1554.

практично значило да је потребно да се у одређеној мери морају омогућити измене ових уговора, али под контролисаним, унапред датим условима. Такав приступ би се могао представити као приступ „флексибилне сигурности“.²⁶

Полазећи од датих премиса, у Директиви 2014/23/ЕУ је садржински дефинисан концепт права ЕУ у овој области. Он се заснива на: општем правилу, листи дозвољених измена и условима под којима се измена може сматрати значајном.²⁷ Уколико посматрамо суштински, може се рећи да се концепт права ЕУ фактички заснива на подели свих потенцијалних измена на две опште категорије: експлицитно дозвољене измене и измене које захтевају нову процедуру доделе концесија.²⁸ У овом правном контексту, листе дозвољених измена су затворене и оне као такве фактички имају статус изузећа од општег правила да свака измена уговора о концесији која није изричито дозвољена може само довести до новог поступка доделе концесије.

4. СЕГМЕНТИ ПРАВНЕ РЕГУЛАЦИЈЕ

4.1. Опште правило

У праву ЕУ у погледу уговора о концесији важи опште правило да је обавезно покретање новог поступка доделе концесије у свим случајевима ових измена, осим за случајеве које су посебним правилима, безусловно или условно, дозвољене.²⁹ На овај начин, генералном клаузулом се покривају све друге посебно неспоменуте измене уговора о концесији. Међутим, коришћење ове правне технике не мора нужно да имплицира да овај приступ самим тим постаје асполутно доминантан у праву ЕУ. Посебно, ако се узме у обзир листа дозвољених измена и њихово хипотетичко поље примене.

4.2. Листа дозвољених измена

У погледу приступа изменама уговора о концесији могуће је да се он заснива и на полазном ставу да се дозвољавају измене уговора о концесији без новог поступка доделе концесије, али под тачно утврђеним условима. Полазни принцип је тај да измене требају бити могуће у оној мери у којој су те промене у складу с одређеним условима.³⁰ Овај приступ, који можемо

²⁶ Упор: R. d’Haussonville, 1554.

²⁷ Rafael Domínguez Olivera, “Modification of Public Contracts Transposition and Interpretation of the new EU Directives”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 10.1, 2015, 38.

²⁸ Simona Gherghina, “New Rules, Old Stories: Modification of Public Contracts: 1st Part.” *Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev.* 15, 2016, 57.

²⁹ Чл. 43, ст. 5. Директиве 2014/23/ЕУ.

³⁰ Пар. 75 Преамбуле Директиве 2014/23/ЕУ.

назвати приступ условних или ограничених измена уговора о концесији, егзистира у праву ЕУ у врло комплексном облику јер обухвата широку скалу могућности. Оне ће бити предмет анализе у делу рада који следи.

4.2.1. Измене предвиђене у првобитној документацији о концесији

У праву ЕУ измене уговора о концесији се могу мењати без новог поступка доделе концесије у случају да су те измене предвиђене у првобитној документацији о концесији путем јасних, прецизних и недвосмислених ревизијских клаузула, које могу укључивати клаузуле о измени цене, или путем опција.³¹ То је нормативни израз начелног полазишта права ЕУ да учесници требају имати могућност измена концесије у облику ревизијских или опцијских клаузула али такве клаузуле не значе да им треба омогућити неограничено дискреционо право.³²

Могућност коришћења клаузуле о ревизији уговора о концесији да предвиди своје измене је проблематизован у предмету *Succhi di Frutta SpA*.³³ На основу датих разматрања, признат је овај основ дозвољених измена уговора о концесији, уз оправдано указивање на његовој специфичној контрадикторности.³⁴ Полази се од става да је у датом случају измена извршена у складу са уговором о концесији и стога се она не може сматрати изменом која произилази из нове воље уговорних страна или новим уговором о концесији.³⁵

У праву ЕУ, појам „документација о концесији” је широко заснован и подразумева било који документ који је састављен или на који наручилац упућује, а у којем се описују или одређују елементи концесије или поступка, укључујући обавештење о концесији, техничке и функционалне захтеве, предложене услове концесије, формате докумената које подносе такмичари или понудиоци, информације о општим примењивим обавезама, те сву додатну документацију.³⁶

Захтев да ревизијска уговорна правила буду предвиђена у првобитној документацији о концесији омогућава да сви потенцијални и стварни понуђачи могу да процене њене ефекте. Ова линија резоновања гради директну везу између клаузуле о ревизији и принципа транспарентности, недискриминације и једнаког третмана у поступку доделе концесија.³⁷ На тај начин се сфера њихове примене шири и на фазу извршења уговора о концесији.

³¹ Пар. 78. Преамбуле Директиве 2014/23/ЕУ.

³² *ibid.*

³³ *Case C-496/99 Succhi di Frutta SpA* [2004] ECR I-3801.

³⁴ Упор: R. D. Olivera, 39.

³⁵ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 2014, 578.

³⁶ Чл. 5. ст. 1. тач. 12. Директиве 2014/23/ЕУ.

³⁷ S. Gherghina, (2016a), 60.; R. D. Olivera, 39.

Треба напоменути да наведена формулација датог правила Директиве, оправдано прави дистинкцију између клаузула о ревизији, које могу укључивати клаузуле о измени цене, које искључиво имају објективну садржину и опције, која поред објективног елемента, специфичног за клаузулу о ревизији садржи и субјективни елемент, који омогућава заинтересованој страни да активира механизам измене уговора о концесији или не,³⁸ уколико јој је то у интересу.³⁹

У контексту датог захтева о уговорној заснованости измена о концесији, квалитет израде клаузула о ревизији је кључан за његове ефекте.⁴⁰ Стога се додатно поставља услов да такве клаузуле морају навести опсег и природу могућих измена или опција, као и услове под којим се могу користити. Сходно томе, клаузуле о ревизији неће бити важеће ако су састављене на општи начин. Уговорне стране не могу само навести да ће у одређеним случајевима само преговарати о изменама, јер би то директно утицало на примену принципа једнаког третмана.⁴¹ Међутим, с обзиром на бенефите које пружају ове ревизијске клаузуле, сваки претходни труд у датом погледу се исплати.⁴² Постојање ових ревизијских клаузула посебно неформално јача позицију концесионара, јер ће се наручилац тешко одупрети жељи концесионара за изменама уговора, ако су оне већ као такве фиксирани у првобитној документацији о концесији.⁴³

Преамбулом Директиве се примерично наводи да ревизијске клаузуле могу предвидети индексацију цена или осигурати да, на пример комуникацијска опрема која се испоручује током одређеног раздобља буде одговарајућа и у случају измене комуникацијских протокола или других технолошких измена. Такође би требало бити могуће предвидети у оквиру довољно јасних клаузула прилагођавање концесије техничким потешкоћама које су се појавиле током извођења или одржавања. Исто тако, концесије би могле укључивати и стандардно одржавање, као и предвидети делатности ванредног одржавања које би могле бити потребне за обезбеђење континуитета јавних услуга.

С друге стране, њима се не могу предвидети измене или опције које би измениле укупну природу концесије. Овај концепт „укупна природа концесије“ је општег карактера и захтева ближе прецизирање. Сматра се да он треба да се идентификује листом елемената, мање или више формулисаних

³⁸ R. D. Olivera, 40.

³⁹ Предност измене уговора о концесији је неспорна, чак и када се теорсијски чини да нова додел може бити рационалан супстит измене уговора. Упор: R. D. Olivera, 36.

⁴⁰ K. Feng, et al., 116.

⁴¹ Kristian Hartlev and Morten Wahl Liljenbol, “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender.” *Public Procurement Law Review* 22.2, 2013, 51-73, 58.

⁴² R. D. Olivera, 40.

⁴³ *ibid.*

на општи начин као што су: главни циљеви којима је тежио ауторитет за уговарање приликом иницијалне доделе, основни предмет уговора и основна уговорна права и обавезе, укључујући главне захтеве везане за квалитет и перформансе.⁴⁴

Генерално гледано, релативно широка могућност измена уговора по наведеном основу, отвара могућност да оно буде коришћено и за избегавање примене других строжијих правила о изменама уговора, посебно код замене концесионара. Оправдано се оцењује да овако формулисане одредбе могу довести до замене концесионара, а да при томе не морају да се испуне строжији захтеви који специфично регулишу дато питање, као што је захтев да нови концесионар мора да испуни оригиналне критеријуме за доделу концесије или захтев да таква промена не може имати за циљ заобилажење правила Директиве.⁴⁵

4.2.2. *Додајни радови или услуге*

У праву ЕУ, измене уговора о концесији су могуће без новог поступка доделе концесије и за додатне радове или услуге првог концесионара, који су се показали потребним и који нису били укључени у првобитну концесију. При том је неопходан услов да се промена концесионара не може извршити из економских и техничких разлога, као што су захтеви за заменљивошћу и интероперабилношћу с постојећом опремом, услугама или постројењима који се набављају у оквиру првобитне концесије или би проузроковала значајне потешкоће или дуплирање трошкова. Наведени услови подразумевају ситуацију где је потребно од првобитног концесионара набавити додатне услуге или радове, који нису били укључени у првобитни уговор, али су постали стриктно неопходни за његово испуњење.⁴⁶ Међутим, било које повећање вредности не може премашивати 50% вредности првобитне концесије. Ако је учињено неколико узастопних измена, то се ограничење примењује на вредност сваке измене, што је доста спорно.⁴⁷ Такве узастопне измене не смеју имати за циљ заобилажење Директиве.

Може се дати пар логички изведених запажања у вези са овим случајем измене уговора о концесији.⁴⁸ Прво запажање се тиче чињенице да је у овом случају дозвољена само измена уговора о концесији која се односи на пове-

⁴⁴ S. Arrowsmith, 588, 589.

⁴⁵ Semple, Abby and M. Andrecka, "Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 10.3, 2015, 185.

⁴⁶ S. Gherghina, "The new as an old story: the modification of the public procurement contract (II)." *Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev.* 16, 2016, 36.

⁴⁷ R. D. Olivera, 41.

⁴⁸ S. Gherghina, (2016b), 37.

ћање обавеза концесионара, на начин да подразумевају и додатне радове и услуге који нису укључени у почетни предмет уговора. Друго, логично је претпоставити да ово правило покрива само ситуације када су додатни радови или услуге постали неопходни с обзиром на околности које наручилац није предвидео и које није узео у обзир из било којих разлога, приликом организовања поступка иницијалне доделе концесије, с обзиром на чињеницу да су непредвидиве околности регулисане другим правилима Директиве.

4.2.3. *Непредвиђене околности*

С обзиром да су концесије, по правилу дугорочни аранжмани, потребан је одређени степен флексибилности како би се концесија прилагодила околностима без спровођења новог поступка доделе. Стога је у праву ЕУ предвиђено да су измене уговора о концесији могуће и када је до потребе за изменом дошло због околности које пажљиви јавни наручилац није могао предвидети. Уз додатне услове који су овде комплексно и кумулативно постављени, што је оправдано, с обзиром на потенцијалну широку листу ових околности и њихов непредвидив утицај на извршење концесије. Они обухватају и услов да дате измене не смеју довести до промене природе уговора, нити до повећања вредности концесије за више од 50% од почетне вредности концесије.⁴⁹ Ако је учињено неколико узастопних измена, такво ограничење се примењује на вредност сваке измене, уз опште ограничење да такве узастопне измене не смеју да за циљ имају заобилажење примене Директиве, као што су замена радова које је потребно извршити или услуга које је потребно омогућити или битном променом врсте концесије, јер се у таквим случајевима може претпоставити могући утицај на резултате.⁵⁰

Ефективан правни режим измена уговора о концесији због непредвиђених околности захтева и њихово прецизније и што потпуније разјашњење. То није лако постићи јер сам појам није систематски дефинисан. Међутим, неке интенције у том погледу су дате у пар. 109 преамбуле дате Директиве. У том оквиру се може тврдити да су ове околности „спољне ситуације“, независне од воље уговорних страна. Главна карактеристика ових околности је њихова непредвидивост, у смислу да наручилац који је пажљиво поступао, није могао да их предвиди, упркос озбиљној припреми за првобитну доделу⁵¹ узимајући у обзир сва доступна средства, природу и обележја одређеног пројекта, као и потребу осигурања одговарајућег односа између средстава потрошених на припрему доделе и њоме предвиђене вредности.⁵²

⁴⁹ Чл. 43. ст. 1. тач. 3. Директиве 2014/23/ЕУ.

⁵⁰ Пар. 76. Преамбуле Директиве 2014/23/ЕУ.

⁵¹ S. Gherghina, (2016b), 40.

⁵² Чл. 43. ст. 1. тач. 3. Директиве 2014/23/ЕУ.

Из наведеног правног оквира о изменама концесија због непредвиђених околности могуће је извући више закључка.

Прво, овако утврђен основ за измене уговора о концесији је широко постављен и не искључује предметно било коју врсту измена уговора о концесији,⁵³ уз испуњење додатних услова.

Друго, коришћени стандард „пажљивог наручиоца” је структуриран у прилично флексибилном облику.⁵⁴ Иако су критеријуми који дефинишу овај стандард генерално одговарајући, наведени стандард због своје општости неће бити лако спроводив у пракси,⁵⁵ и неће подићи степен извесности у датој материји.⁵⁶ У том контексту није безначајна ни чињеница да је тешко очекивати од наручиоца да буду вољни да признају сопствену непажљивост.⁵⁷

Треће, Директива се не реферише на негативне ефекте наведених околности. Међутим, њихово присуство се претпоставља макар код једне уговорне стране, јер је то битна логичка карика у практичној примени датог основа за измену уговора о концесији.

4.2.4. *Измена концесионара*

У складу са принципима континенталног правног круга, постојање и специфичности поступка доделе уговора о концесији је довољно јак аргумент да га квалификујемо као уговор *intuitu personae*.⁵⁸ У таквим околностима измена концесионара не би начелно била правно могућа. И у праву ЕУ, применом концепта значајних измена на дату ситуацију, таква измена би такође била фактички еквивалентна потписивању новог уговора и стога би захтевала нови поступак доделе концесија.

Међутим, у одређеним ситуацијама та измена би ипак била оправдана. И право ЕУ, директно преузимајући ставове праксе Суда правде ЕУ у предмету *Pressetext*, утврђује то као изузетну могућност која се односи на тачно утврђене ситуације: постојање недвосмислене уговорне клаузуле о ревизији, наслеђивању првобитног концесионара након реструктурирања предузећа или када наручилац преузме обавезе главног концесионара према својим подуговорачима, ако је таква могућност предвиђена у националном законодавству.⁵⁹

Први случај могуће промене концесионара који се односи на постојање недвосмислене уговорне клаузуле о ревизији се заснива на већ анализираним

⁵³ S. Gherghina, (2016b), 40.

⁵⁴ R. D. Olivera, 42.

⁵⁵ S. Gherghina, (2016b), 43.

⁵⁶ R. D. Olivera, 42.

⁵⁷ R. D. Olivera, 37.

⁵⁸ S. Gherghina, (2016b), 42.

⁵⁹ Чл. 43. ст 1. тач. 4. Директиве 2014/23/ЕУ.

правилама и овде не постоји потреба за додатном елаборацијом. Међутим она постоји код преостала два случаја.

Други случај се односи на опште или делимично наслеђивање првобитног концесионара након реструктурирања предузећа, укључујући преузимање, спајање, куповину или инсолвентност.⁶⁰

Како је корпоративно реструктурирање нормалан начин привредних субјеката за постизање својих комерцијалних циљева, он је широко прихваћен као прихватљив основ за измене уговора о концесији,⁶¹ али уз одговарајуће услове. Тако се додатно захтева да други субјект реструктурирања испуњава првобитно утврђене критеријуме за квалитативни избор, да то подразумева друге значајне измене уговора, као и да нема за циљ заобилажење примене ове Директиве. Индикативно је да наведени услови за измене уговора о концесији не укључују додатне мере предострожности, као што је општи захтев да измене не смеју променити укупну природу концесије, што говори да тако конципиране измене концесионара не могу имати такав ефекат.⁶²

Наведени додатни захтеви за измене уговора о концесији због реструктурирања имају за циљ да прецизније разграниче могуће ситуације у пракси и њихове последице, применом начела једнаког поступања и транспарентности. То практично значи да ти услови требају да онемогуће да понуђач који је проузроковао раскид због недостатака у извршавању уговора, по овом основу, буде замењен другим привредним субјектом без поновног поступка доделе концесија. С друге стране, она би требала да омогући успешном понуђачу, који извршава концесију, посебно ако је концесија додељена групи привредних субјеката, да предузему одређене структурне промене током извршавања концесије, попут искључиво интерних реорганизација, преузимања, спајања и куповине или инсолвентности. Такве структурне промене не би требале аутоматски подразумевати потребу за спровођењем нових поступака доделе за концесије које тај понуђач извршава.⁶³

Други случај се односи на ситуацију када јавни наручилац преузме обавезе главног концесионара према својим подуговорачима. У пракси, он има оправдање кад се због заштите јавног интереса омогућава да наручилац преузме ту обавезу да би се наставило са реализацијом концесије. Овакве потребе могу настати и код дугорочних уговора о концесији, када финансијери имају велики интерес за обезбеђење континуитета извршења уговора о концесији, па се онда тросмерним споразумом обезбеђују услови за измену

⁶⁰ ЕСЈ, 19 June 2008, *Pressetext*, (C-454/06), par. 51 и 52. Другачија третман има продаја акција, осим ако то нема за циљ заобилажење правила Директиве.

⁶¹ R. D. Olivera, 43.

⁶² S. Gherghina, (2016b), 44.

⁶³ Пар. 77. Преамбуле Директиве 2014/23/EУ.

концесионара.⁶⁴ Међутим, она омогућава замену концесионара само под врло специфичним условом, а то је да је таква могућност буде предвиђена у националном законодавству, препуштајући да се по овом питању испоље националне особености.⁶⁵

4.2.5. Измене које нису значајне

У праву ЕУ као посебна категорија измена уговора о концесији су предвиђене измене које нису значајне. Тако је утврђено да је уговор о концесији могуће мењати без новог поступка доделе концесије и у случају кад измене не испуњавају услове да буду третиране као значајне, у складу са правилима дате Директиве.⁶⁶ Овако формулисана генерална одредба указује на негативну одређеност услова за њену примену по основу примене концепта значајних измена. Овде је довољно рећи да он генерално подразумева да измене које се материјално разликују од првобитног уговора *de facto* значе доделу новог уговора о концесији.⁶⁷ Укупна слика овог основа за измене датог уговора ће бити комплетна након разматрања значајних измена уговора о концесији, у делу рада који следи.

4.2.6. Незнајне измене вредности уговора

У праву ЕУ, уговор о концесији је могуће изменити без потребе за новим поступком доделе концесије и то кад се ради о незнатним изменама вредности уговора о концесији. То подразумева да је вредност измене мања од општег прага вредности концесије на које се примењује Директива и мања од 10% вредности првобитне концесије.⁶⁸

У случају кумулативног испуњења ових прагова, важи начелни став да су оне увек могуће без потребе спровођења новог поступка доделе концесије⁶⁹ при чему не постоји потреба за било каквом провером у вези примене концепта значајних измена уговора о концесији.

Међутим, и у тој ситуацији, такве измене не смеју мењати укупну природу концесије.⁷⁰ Исто тако, то не значи да се на њих не примењују строги услови везани за концепт „значајне измене“ уговора о концесији. Примерично, ни под којим условима није дозвољено да се промени економска равнотежа

⁶⁴ S. Gherghina, (2016b), 44.

⁶⁵ S. Gherghina, (2016b), 43.

⁶⁶ Чл. 43 ст.1. тач. 5. Директиве 2014/23/ЕУ.

⁶⁷ R. Vornicu, 164.

⁶⁸ Чл 43. ст 2. Директиве 2014/23/EU.

⁶⁹ Пар 76. Прембуле Директивр 2014/23/ЕУ.

⁷⁰ Чл. 43. ст. 2. Директиве 2014/23/ЕУ.

у уговору без обзира на незантане вредности измена уговора. Дати ставови добијају потврду и у судској пракси.⁷¹

Овакав приступ има пуно оправдање у разлозима рационалности и избегавања непотребног трошења новца и времена. Исто тако јасно утврђени прагови „de minimis” требају да обезбеде правну сигурност у овој области. Међутим, оно пружа значајну флексибилност у погледу измена уговора о концесији, па се може користити и за измену концесионара без додатних услова који су предвиђени у специфичним правилима која регулишу то питање. Све то указује на могућност нових загонетки противречности које траже судско или законодавно разрешење.⁷²

4.3. Услови за значајне измене

У праву ЕУ, специфичан сегмент правне регулације је посвећен третману измена уговора о концесији које се могу квалификовати као „значајне“. У том смислу су утврђени прецизни услови да би се измена сматрала као таква, у ком случају се захтева нова додела уговора. Концепт „значајне измене“ уговора о концесији има кључни значај у праву ЕУ јер је постао референтна тачка и за дефинисање измена које нису значајне, а тиме и за утврђивање другачијег правног третмана, о чему смо већ писали.

Дати концепт је настао и развијан је у пракси Суда правде ЕУ, посебно предмета C-454/06 Priesetext Nachrichtenagentur, али и других предмета.⁷³ У њој је прецизирано да се свака значајна измена уговора која се односи на стварни предмет уговора може сматрати еквивалентним за закључивање новог уговора.⁷⁴ Покретање новог поступка концесије потребно је у случају материјалних измена првобитне концесије, поготово у случају измена опсега и садржаја узајамних права и обавеза страна, укључујући расподелу права интелектуалне својине. Такве измене указују на намеру страна да поновно преговарају о кључним условима те концесије. То посебно може бити случај ако би измењени услови утицали на резултате поступка доделе концесије, да су били део првобитног поступка.⁷⁵

Из праксе Суда правде ЕУ, концепт „значајне измене“ уговора о концесији је директно инкорпорисан у Директиве, само са додатним разјашњењима. У складу са њеним правилима, измена концесије се сматра значајном ако је алтернативно испуњен један или више следећих услова:

⁷¹ Case C-91/08 (n 4), 1.

⁷² Semple, Abby and M. Andrecka, 186.

⁷³ Case C-388/12 Comune di Ancona.

⁷⁴ Case C-337/98, Commission/France, points 44 ff.

⁷⁵ Пар. 76. Преамбуле Директиве 2014/23/EУ.

(а) изменом се уносе услови који би, да су били део првобитног поступка доделе концесије, допустили прихватање и других захтева осим оних који су првобитно одабрани или прихватање понуда различитих од понуде која је изворно прихваћена или би привукли додатне учеснике у поступак доделе концесије;

(б) изменом се мења привредна равнотежа концесије у прилог концесионара на начин који није био предвиђен у првобитној концесији;

(в) изменом се значајно проширује опсег концесије и

(г) ако нови концесионар замени онога којему је првобитно јавни наручилац доделио концесију, осим у случају који се односе на споменути ситуацију, када концесионар замењује онога коме је јавни наручилац првобитно доделио концесију.⁷⁶

Напред наведени услови су скоро дословно пренети уз судске праксе,⁷⁷ што се методолошки може оспорити. Не само из датог разлога, овај концепт садржи низ недефинисаних појмова и одредница, које ће прецизнија разјашњења морати добити путем националне регулативе у земљама чланицама ЕУ, а преваходно у пракси Суда правде ЕУ. То се у првом реду односи на појмове „привредна равнотежа“, „значајно“ и „опсег“, иако у судској пракси већ постоје парцијална тумачења. Тако се сматра да значајно проширење опсега концесије постоји ако измене обухватају и услуге које нису предвиђене у првобитној концесији.⁷⁸

Озбиљни проблеми у примени датих услова се посебно могу повезати са изменама уговора који имају последице по првобитни поступак доделе концесије. Наравно, нико не може довести у питање уврштавање тог критеријума у концепт „значајне измене“ уговора о концесији. Наиме, када се изменом уговора о концесији његово извршење остварује другачије од услова наведених у додели концесије, крше се и принципи конкуренције и нарушавају права других понуђача, односно осталих учесника у додели концесије. Измене уговора о концесији током њиховог трајања не би смеле да доведу до заобилажења правила јавних набавки,⁷⁹ и стога је у овом контексту неприхватљиво да оне буду дозвољене.⁸⁰ Међутим, оправданост таквог правног приступа не решава проблем његове практичне ефективности. У том праву су корисне интенције праксе Суда правде ЕУ који је утврдио да у овом контексту, значајне или материјалне измене уговора о концесији, јесу оне које

⁷⁶ Чл. 43. ст. 4. Директиве 2014/23/ЕУ.

⁷⁷ Упор: ЕЦЈ, 19 June 2008, *presstext*, (C-454/06), par. 35. ЕЦЈ, 19 June 2008, *presstext*, (C-454/06), par. 37.

⁷⁸ ЕЦЈ, 19 June 2008, *presstext*, (C-454/06), par. 36.

⁷⁹ R. d’Haussonville, 1554.

⁸⁰ Gabriella M. Racca, Roberto Cavallo Perin and Gian Luigi Albano, “Competition in the execution phase of public procurement”, *Public Contract Law Journal*, 2011, 89-108.

понуђачи нису могли разумно очекивати у време првобитне доделе уговора и који су могли довести до учешћа различитих понуђача и могуће, до другачијег избора.⁸¹

У датом оквиру, посебан проблем је везан и за ефективно доказивање утицаја измена уговора на поступак доделе концесије, позицију осталих понуђача и посебно како доказати да би дате измене привукле и друге учеснике да учествују у додели концесије, ван круга понуђача.⁸²

5. ЗАКЉУЧАК

Правно регулисање измена уговора о концесији није лак задатак за регулатора. Поготово што се овај уговор не може посматрати једино кроз призму интерних правних односа између учесника концесије, без импликација по трећа лице и друге интересе. У таквом контексту оптимално регулисање измена уговора о концесији захтева слојевиту правну архитектуру, међусобно кохерентну, довољно јасну и предвидљиву, а опет релативно флексибилну. У том погледу, Директива 2014/23/EУ, методолошки, по обиму регулације и садржински у највећој мери успева да изађе у сусрет датим захтевима. Међутим, због своје општости, већи део дате регулације захтеваће прецизирање путем националне регулативе у земљама чланицама ЕУ, а превасходно у пракси Суда правде ЕУ. То се у првом реду односи на значајне измене уговора о концесији.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Arrowsmith, Sue *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 2014
- Bogdanowicz, Piotr “Cross-border Interest and Concession Contracts: a Critical Approach”, *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 10, 2015
- “Regulation of PPP and concessions in European Union law—different but equal?”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU*. Edward Elgar Publishing, 2020
- Bovis, Christopher H. “Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector Management in the EU”, *European Public Private Partnership Law Review* 6.4, 2011

⁸¹ G. M. Racca, R. C. Perin and G. L. Albano, 81; Case C-454/06, *pressetext Nachrichtagentur GmbH v. Republik Österreich*, 2008 E.C.R. I-04401, 34–35; Case C-160/08, *EU Comm’n v. Fed. Republic of Ger.*, 2010 E.C.R. I-03713, 99; Case C-91/08, *Wall AG v. Stadt Frankfurt am Main*, 2010 E.C.R. I-02815, 38, 43. 54.

⁸² Посебан проблем је утврдити те хипотететичке понуђаче. R. D. Olivera, 45.

- Burnett, Michael "PPP during the Contract Execution Phase-A Need for Greater Certainty in Community Law", *Eur. Pub. Private Partnership L. Rev.* 3, 2008
- "The New European Directive on the Award of Concession Contracts-Promoting Value for Money in PPP Contracts", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 9, 2014
- 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
- Cătană, Emilia Lucia "The Legal Regime of Concession Contracts for the Public Utility Service of Natural Gas Distribution. Aspects Derived from Theory and from Administrative Practice", *Academic Journal of Law and Governance* 8.2, 2020
- Clarke, Charles "CJEU Holds Against the Direct Awarding of Concession Contracts That Have a Potential Cross-Border Interest", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 9, 2014
- Clifton, Judith C. – Díaz-Fuentes, Daniel "The European Union's Concessions Directive: A Critical Reading",
- De Cazalet, Bruno "The Evolution of the Concession and Public Private Partnership Legal Concepts over the Last 20 Years under Common Law Influence", *Int'l Bus. LJ*, 2014
- de Oliveira, Miguel Neiva "Techniques and Instruments for Aggregated Procurement in the New EU Directives", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 12.2, 2017
- d'Haussonville, Rainier "Towards a New Concessions Regime in the EU: About the Merits and Shortcomings of the Concessions' Directive", *US-China L. Rev.* 11, 2014
- Дивљак, Драго „БОТ модел пројектног финансирања инфраструктуре”, *Зборник радова ПФНС*, 3/2006, 2006
- Domínguez Olivera, Rafael "Modification of Public Contracts Transposition and Interpretation of the new EU Directives", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 10.1, 2015
- Ђурђевић, Душанка „Концесије у нашем и упоредном праву”, *Зборник радова љавној факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, br. 3/2003, 2003
- Farley, Martin – Pourbaix, Nicolas "The Eu Concessions directive: building (toll) bridges between competition law and public procurement?", *Journal of European Competition Law & Practice* 6.1, 2015
- Feng, Ke "Balancing public and private interests through optimization of concession agreement design for user-pay PPP projects", *Journal of Civil Engineering and Management* 24.2, 2018
- Georgiana, Matei Mădălina "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
- Gherghina, Simona "Difficult decisions: the limits of choice by contracting authorities when awarding concession contracts", *Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev.* 14, 2015
- "New Rules, Old Stories: Modification of Public Contracts: 1st Part", *Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev.* 15, 2016
- "The new as an old story: the modification of the public procurement contract (II)", *Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev.* 16, 2016

- 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
- “The continuing relevance of the general principles of EU public procurement law after the adoption of the 2014 Concessions Directive”, *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 10, 2015
- Hartlev, Kristian – Morten Wahl Liljenbol “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender.” *Public Procurement Law Review* 22.2, 2013
- Iossa, Elisabetta – Spagnolo, Giancarlo – Vellez, Mercedes “Contract design in public-private partnerships”, *Report for the World Bank*, 2007
- Nicholas, Miranda “Concession agreements: from private contract to public policy”, *Yale LJ* 117, 2007
- Racca, Gabriella M. – Perin, Roberto Cavallo – Albano, Gian Luigi “Competition in the execution phase of public procurement”, *Public Contract Law Journal*, 2011
- Sararu, Catalin-Silviu “The Fundamental Principles Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions”, *Acta Universitatis Danubius. Juridica* 6.3, 2010
- Semple – Abby – Andrecka, Marta “Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 10.3, 2015
- Sharma, Deepak K. “Balancing private and public interests in public–private partnership contracts through optimization of equity capital structure”, *Transportation research record* 2151.1, 2010, 60-66.
- 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

Drago Lj. Divljak
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

Changes to the Concession Contract in the European Union Law

Abstract: *The subject of legal analysis in the paper is a narrow, but very important and specific legal segment, namely the change of the concession contract during its validity. The consideration is based on the analysis of the relevant EU law, with the appropriate use of practice of the Court of Justice of the EU. The ultimate goal was to evaluate the situation of the current EU law, both at the conceptual plan, and in details. The emphasis was in the nature, scope and conditions for changes to the contract and their implications.*

The paper concludes that the legal regulating of the changes to the concession contract is not an easy task for the regulator. In particular having in mind that this contract cannot be seen only through the prism of internal legal relations between the concession participants, without implications for the third persons and other interests. In such a context the optimum regulating of changes to the concession contract requires a layered legal architecture, mutually coherent, sufficiently clear and predictable, and yet relatively flexible. In that respect, the Directive 2014/23EU, manages to meet the given requirements up to the highest extent in methodological sense and both in terms of regulating and in terms of content. However, due to its generality, most of the given regulation will require specifying through national regulations in the EU Member States, and primarily in the practice of the Court of Justice of the EU. This primarily refers to significant changes to the concession contract.

Keywords: *concession contract, changes, EU law, Directive 2014/23EU, Court of Justice of the EU.*

Датум пријема рада: 16.12.2021.

Датум прихватања рада: 23.01.2022.