



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a


Sudska praksa ES-a na području koncesija i JPP-a

dr. Peter Braun, mr.iur.
Zagreb, 3. prosinca 2009.



Regionalna konferencija o JPP-u i koncesijama
Zagreb, 3. i 4. prosinca 2009.

1

© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a





Dnevni red



1. Koncesije za pružanje usluga
2. Pravo iskorištavanja usluga
3. Prijenos poslovnih rizika
4. Svrstavanje ugovora među koncesije za izvođenje radova i koncesije za pružanje usluga
5. Postupak dodjele koncesije
6. Izmjena ugovora

2

© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a





Koncesije za pružanje usluga



- Čl. 1. st. 3. t. b) Direktive 2004/17/EC
- Čl. 1. st. 4. Direktive 2004/18/EC

“Koncesija za pružanje usluga” je ugovorni odnos istovjetan ugovoru o pružanju javnih usluga, s time da se **naknada** za pružene usluge sastoji ili samo od **prava na iskorištavanje tih usluga** ili od tog prava zajedno s plaćanjem.

3
© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a





Pretpostavke



- Ustupanje obavljanja javne djelatnosti u općem interesu nekom privatnom izvršitelju,
- ustupanje prava na iskorištavanje usluge i
- prijenos postojećih poslovnih rizika vezanih uz pružanje usluge na njenog izvršitelja.

ES, Presuda od 10.9.2009., C-206/08
ES, Presuda od 13.10.2005., C-458/03

4
© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a





Pravo iskorištavanja usluge



ES, Presuda od 11.6.2009. u predmetu C-300/07 - "Orthopädie Schuhtechnik"

- Fond obveznog zdravstvenog osiguranja pozvao je proizvođače na podnošenje ponuda za **proizvodnju i isporuku** obuće.
- Fond obveznog zdravstvenog osiguranja je sukladno zakonu **obveznik plaćanja naknade**.
- Nije proveden postupak nadmetanja na razini čitave EU.
- Fondovi obveznog zdravstvenog osiguranja ugovaraju pružanje usluga s različitim dobavljačima.

5 © OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a

Pravo iskorištavanja usluge

- Pružatelj snosi rizik neizvjesnosti hoće li se pacijenti opredijeliti za korištenje njegovih usluga ili ne:

```

graph TD
    A[Obvezni doprinosi] --> B[Fondovi osiguranja]
    C[Pacijenti, ljekarne, liječnici opće prakse] --> B
    B --> D[Pružanje usluga, naknada]
    B --> E[Pružatelj usluge]
    C --> E
    E --> C
    
```

6 © OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a



Pravo iskorištavanja usluge

Nije koncesija za pružanje usluge:

- **Isporuka proizvoda** obuhvaća i proizvode izrađene u skladu s potrebama potrošača.
- Koncesionar mora uživati određenu ekonomsku **slobodu određivanja uvjeta** pod kojima se ostvaruje pravo iskorištavanja njegovih usluga.
- Taj uvjet nije ispunjen jer su **cijene** bile **fiksne**.

7

© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a



Poslovni rizik

Poslovni rizik nije prebačen na dobavljača jer ovaj nije snosio:

- rizike naplate naknada i **platežne nesposobnosti** druge strane ni
- znatnije **prethodne izdatke** prije sklapanja pojedinačnog ugovora, a
- moglo se izvesti i **razumno predviđanje** u pogledu broja kupaca.

8

© OECD

Σ
 Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
 pretežno financirana sredstvima EU-a

Prijenos poslovnih rizika

ES, Presuda od 10.9.2009. u predmetu C-206/08 "WAZV"

- Neslužbeni postupak nadmetanja za davanje koncesije za obavljanje usluge vodoopskrbe i odvodnje.
- Obavijest o sklapanju ugovora o koncesiji za pružanje usluge.

```

graph TD
    WK[Privatna kućanstva] -- "Obveza priključenja i korištenja" --> WAZV[WAZV Gotha]
    WAZV -- "Pružanje usluga, pravo na naplatu naknada" --> PU[Pružatelj usluge]
    WK -- "Naknada" --> PU
      
```


9
 © OECD

Σ
 Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
 pretežno financirana sredstvima EU-a



Prijenos poslovnih rizika

- Nije bitno jesu li naknade uređene privatnim ili javnim pravom.
- Nema koncesije u slučaju **potpunog izostanka** prijenosa rizika.
- Znatan dio **postojećih rizika** mora biti prebačen na dobavljača.
- Isto vrijedi i ako je poslovni rizik **ograničen** odredbama javnog prava.

10
 © OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a


Ograničeni poslovni rizici

Argumenti:



- Ograničavanje financijskih rizika odredbama javnog prava **nije neuobičajeno.**
- Time se **povećava transparentnost.**
- Naručitelji koji nastupaju u **dobroj vjeri** moraju imati **slobodu odlučivanja** pri dodjeli koncesije.
- Naručitelj nije ni pod kakvom obvezom **stvaranja** čimbenika rizika koji su **isključeni** odredbama javnog prava.

11

© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a

Dodjela koncesija institucionaliziranim JPP-ima

ES, 15.10.2009., C-196/08 - “Acoset SpA”


- Pružanje cjelovite lepeze usluga vodoopskrbe i odvodnje putem namjenski osnovanog poduzeća (NOP).
- NOP naplaćuje vodnu naknadu od korisnika.

```



graph TD
    ATO[ATO za vodu za Ragusu] -- Ponuda --> NOP[Polujavno poduzeće (NOP)]
    PD[Privatni dioničar (49%)] -- Ponuda --> NOP
    ATO -- "Izravna dodjela 30-godišnje koncesije za cjeloviti sustav usluga vodoopskrbe i odvodnje" --> NOP
  
```

12

© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a


Dodjela koncesija institucionaliziranim JPP- ima

Provođenje dvaju postupaka dodjele radi odabira privatnog subjekta i davanja koncesije nije nužno ako:



- **kriteriji odabira** obuhvaćaju tehničku osposobljenost i značajke određenih usluga i ako
- NOP zadrži **istu poslovnu svrhu** za čitavog trajanja koncesije.

Dođe li do kakvih **bitnih izmjena i dopuna** ugovora, neophodan je novi postupak dodjele.

13
© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a

Koncesija za pružanje usluga nasuprot ugovoru o izvođenju radova


ES, 29.10.2009., C-536/07 - “Köln Messe”

Ugovor o zakupu objekta koji je trebalo izvesti u skladu sa zahtjevima koje je odredio naručitelj.



```

graph TD
    G[Grad Köln] -- Podzakup --> K[Kölnmesse GmbH]
    K -- Prodaja zemljišta --> P[Privatni investicijski fond (GKM-GbR)]
    P -- Ugovor o zakupu na 30 godina --> G
          
```

14
© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a


Koncesija za pružanje usluga nasuprot ugovoru o izvođenju radova

Naručitelj je Grad Köln:



- Grad Köln je službeno zakupoprimac i stranka u ugovoru o zakupu.
- Ugovor se ne odnosi na Kölnmesse.
- Zakupoprimac i naručitelj ne mogu se odrediti s funkcijskog stajališta.
- Prethodni ugovor o kupoprodaji između Kölnmesea i GKM-GbR-a nije bitan.

15

© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a

Koncesija za pružanje usluga nasuprot ugovoru o izvođenju radova

Svrstavanje ugovornog odnosa među ugovore o izvođenju radova:

- Njegova **glavna svrha** bila je izvođenje građevinskih radova.
- Građevinski radovi su izvedeni u skladu sa **specifikacijama** koje je utvrdio Grad Köln.
- Presudna je glavna svrha, a ne iznos plaćen na ime radova i usluga (zakup).
- Mogućnost ili obveza **otkupa** objekta nije bitna.

16

© OECD



Mjerodavna načela pri dodjeli koncesije za obavljanje usluga

ES, Presuda od 15.10.2009., C- 196/08 -“Acoset SpA”

- Temeljne odredbe **Ugovora o EZ-u**.
- Načelo **zabrane diskriminacije** po osnovi državne pripadnosti.
- Načelo **jednakog tretmana**.
- **Obveza transparentnosti** radi osiguranja oglašavanja u mjeri dovoljnoj da bi se omogućilo tržišno natjecanje i provjera nepristranosti.

17

© OECD




Obveze transparentnosti

Mišljenje od 27.10.2009., C-91/08 - “WALL”



- Postavljanje, upravljanje radom i održavanje javnih zahoda.
- Koncesionar je dobio koncesiju slijedom javnog nadmetanja.
- Koncesionar se oslonio na stručnost i ugled podizvođača naznačenog u postupku nadmetanja.
- Nakon sklapanja ugovora, podizvođač je zamijenjen uz prethodnu suglasnost javnog naručitelja, a kako je predviđeno ugovorom o koncesiji.

18

© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a





Obveze transparentnosti



- Povreda obveza transparentnosti nastaje u slučaju **bitne izmjene** ugovora.
- Koncesionar ima **pravo odabira svojih podizvođača** jer snosi rizike poslovanja.
- Promjena podizvođača uz **prethodnu suglasnost** javnog naručitelja i u skladu s **predviđenim postupkom** se u načelu ne smatra bitnom izmjenom ugovora.
- Ali...

19

© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a


Obveze transparentnosti

Iznimke:



- Kada je naručitelj dao suglasnost kako bi se **izigrala** obveza transparentnosti.
- Kada su stručnost i ugled podizvođača **presudni kriterij** za dodjelu koncesije.

20

© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a

Zaključci

- Pravo iskorištavanja usluga obuhvaća slobodu određivanja njihovih uvjeta.
- Prijenos postojećeg poslovnog rizika presudan je za koncesiju za obavljanje usluge.
- Primjenjuju se temeljna načela javne nabave.
- Promjena podizvođača može staviti u pitanje poštivanje obveza transparentnosti.

21
© OECD



Zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije,
pretežno financirana sredstvima EU-a




Podaci za kontakt

dr. Peter Braun, mr.iur.

Orrick Hölters & Elsing
Friedrichstraße 31
D-60323 Frankfurt
Njemačka

Tel.: +49-69-71588-340

pbraun@orrick.com
www.orrick.com

22
© OECD