Резиме 18 Септември, 2016 година

Јавни набавки

Концесии и ЈПП

СОДРЖИНА

- Развој на законодавството на Европската унија за концесии
- Што се концесиите?
- Различни употреби на поимот „концесија“ според националните законодавства
- Концесии кои вклучуваат комбинација од работи и услуги
- Што е ЈПП?
- Како директивите се применуваат на ЈПП?
- Концесии во секторски опфатените дејности
- Дополнителни информации

Одобрено за објавување од Карен Хил, раководител на програмата СИГМА

2 Rue André Pascal
75775 Paris Cedex 16
France

mailto:sigmaweb@oecd.org
Тел.: +33 (0) 1 45 24 82 00
Факс: +33 (0) 1 45 24 13 05

www.sigmaweb.org

Ова резиме е објавено во рамки на надлежноста на Генералниот секретар на ОЕЦД. Мислењата и аргументите коишто тука се изразени не треба да се смета дека ги одразуваат официјалните ставови на Европската унија или земјите-членки на ОЕЦД или земјите-кориснички коишто учествуваат во програмата СИГМА.

Овој документ и секоја мапа вклучена во истиот не се во спротивност со статусот или суверенитетот на која било територија, означувањето на меѓународните граници и со името на која било територија, град или област.

Развој на законодавството на Европската унија за концесии

Пред реформата на прописите за јавните набавки на Европската унија (ЕУ) во 2014 година, доделувањето на концесиите за јавни работи беше предмет на основните правила на Директивата 2004/18/ЕЗ[1].

Доделувањето на концесии за услуги со прекуграничен интерес беше предмет на Договорот за функционирањето на Европската унија[2] (ДФЕУ или Договорот), а особено на начелата за слободно движење на стоки, слобода на основање и слобода на давање услуги, како и начелата коишто произлегуваат од ДФЕУ, како што е еднаков третман, недискриминација, заемно признавање, пропорционалност и транспарентност. ЕУ сметаше дека постои ризик од правна несигурност поврзан со различните толкувања на начелата од Договорот од страна на националните законодавци и големи нееднаквости помеѓу законодавствата во различните земји-членки. Ризикот беше потврден од обемната судска практика на Судот на правдата на Европската унија (СПЕУ), кој само делумно има опфатено одредени аспекти од доделувањето на договорите за концесии. Несоодветното регулирање на концесиите, исто така, доведе до значителна економска неефикасност и негативно влијаеше врз постигнувањето најдобра вредност за јавните пари.

Директивата 2014/23/ЕУ за доделување на договори за концесија (Директива за концесии)[3] беше донесена за да се одговори на овие предизвици, со што се создаде постабилна правна рамка за јавните органи и економските оператори која обезбедува недискриминација, фер пристап до пазари и конкуренција низ ЕУ за концесиите со висока вредност.

Што се концесиите?

Концесиите се дефинирани во Директивата за концесии како концесии за работи или услуги, каде што:

- **„концесија за работи“** е „договор од финансиски интерес склучен во писмена форма преку кој еден или повеќе договорни органи или договорни субјекти го доделуваат изведувањето на работите на еден или повеќе економски оператори, чиј надоместок се состои само од правото на користење на работите кои се предмет на договорот или од тоа право заедно со плаќање“;
- „**концесија за услуги“** е „договор од финансиски интерес склучен во писмена форма преку кој еден или повеќе договорни органи или договорни субјекти го доделуваат обезбедувањето и управувањето со услугите кои не се изведување на работи на еден или повеќе економски оператори, чиј надоместок се состои само од правото на користење на услугите кои се предмет на договорот или од тоа право заедно со плаќање“.

Доделувањето на концесија мора да го вклучува преносот на оперативен **ризик** врз концесионерот во искористувањето на тие работи или услуги, при што се опфаќа ризикот

---

1 Директива 2004/18/ЕЗ за усогласување на постапките за доделување договори за јавна набавка на работи, договори за јавна набавка на стоки и договори за јавна набавка на услуги, 31 март 2004 година.

2 Договор за функционирањето на Европската унија – консолидирана верзија на Договорот за функционирањето на Европската унија, *Службен весник на Европската унија*, C 326, 26 октомври, 2012 година. Во резимето за јавните набавки на Договорот се упатува со кратенките „ДФЕУ“ или „Договорот“.

3 Директива 2014/23/ЕУ за доделување на договори за концесија, 26 февруари 2014 година.

на понудата или ризикот на побарувачката или двата. Концесионерот мора да преземе оперативен ризик во нормални услови на работа. Претпоставката за постоење на оперативен ризик значи дека на концесионерот не му се гарантира повратот на извршените инвестиции или на трошоците настанати при стопанисувањето со работите или услугите кои се предмет на концесијата. Пренесениот ризик мора да вклучува „реална изложеност на непредвидливите промени на пазарот, така што секоја потенцијална проценета загуба што ја претрпел концесионерот нема да биде само номинална или незначителна“.

Во согласност со горенаведените дефиниции, кога се одредува дали одреден договор спаѓа во рамки на дефиницијата за концесија, особено се важни два клучни фактора:

- **Надоместок[4]:** Изворот на надоместокот не треба да произлегува само од договорниот орган во форма на плаќање на одредена цена туку делумно или исклучиво од правото на користење на работите/услугите. Во практика, ова значи дека дел од надоместокот или целиот надоместок произлегува од извор или извори кои се трети лица.
- **Ризик:** Ризикот во користењето на можноста треба да го понесе концесионерот. Концесионерот по правило го прифаќа, на пример, оперативниот и/или финансискиот ризик во обезбедувањето на јавната услуга или јавната работа за возврат на можноста да генерира приход преку користењето на таа услуга или работа. Отсуството на пренос на ризикот врз економскиот оператор сугерира постоење на обичен договор за јавна набавка, којшто според тоа подлежи на целиот систем на Директивата за јавни набавки во класичниот јавен сектор[5] или на Секторската директива[6], а не концесија која е предмет на Директивата за концесии. Условот според којшто ризикот треба да биде инхерентен во користењето на можноста кај концесијата е нагласен од Европската комисија на следниов начин:

„...Клучна карактеристика на концесиите е правото на концесионерот да ја користи градбата или обезбедената услуга доделено како надоместок за подигањето на градбата или за обезбедувањето на услугата. Главната разлика во споредба со јавните набавки е ризикот кој е инхерентен за таквото користење којшто концесионерот мора да го понесе, обично преку финансирањето најмалку на некои делови од соодветните проекти[7]“.

Дефиницијата за концесија најдобро може да се разбере преку практични примери. Следниве примери се едноставни, а класификацијата на концесиите ќе зависи од деталите на предложената концесија.

Концесија за работи: Концесиите често се користат за спроведување големи инфраструктурни проекти како, на пример, изградба и стопанисување со патишта, мостови или тунели. Кога концесионерот ги добива сите свои исплати преку наплаќање патарина директно од корисниците, *надоместокот* произлегува од „користењето“ на

4 Поимот „надоместок“ може да подразбира финансиски или парични плаќања кои ги добива концесионерот, но исто така може да опфаќа и други придобивки или вредности од работата или услугата коишто не мора да бидат чисто финансиски.

5 Директива 2014/24/ЕУ за јавни набавки и за укинување на Директива 2004/18/ЕЗ, 26 февруари 2014 година.

6 Директива 2014/25/ЕУ за набавки на субјектите кои работат во секторите за водоснабдување, енергетика, транспорт и поштенски услуги и за укинување на Директива 2004/17/ЕЗ, 26 февруари 2014 година.

7 Европска комисија (2005), *Соопштение за јавно-приватните партнерства и законодавството на Заедницата за јавните набавки и концесиите,* COM (2005) 569, Берлин, став 3.1.

работата, а не од договорниот орган кој ја доделува концесијата. Концесионерот презема финансиски и оперативен ризик кога го финансира изведувањето на градбата и стопанисува со неа без гаранција дека ќе може да ја поврати својата инвестиција и да оствари добивка во текот на траењето на концесијата. Ова е пример на „концесија за работи“.

Ако договорниот орган се согласи да врши исплати на концесионерот доколку приходот од корисниците кои се трети лица не е доволен за да му овозможи на концесионерот да ја поврати својата инвестиција, се појавува можност на концесионерот да му биде пренесен недоволен ризик за работите да спаѓаат во рамки на дефиницијата на концесија за работи. Во тој случај, договорот може да биде класифициран како договор за јавна набавка на работи.

Концесија за услуги: Концесиите, исто така, се користат во проекти каде што е потребно стопанисување и одржување, но не и изградба на објекти, на пример при доделување на концесија за стопанисување со постојна железница или пристаниште, наплаќајќи надоместоци од трети лица за користењето на овие објекти, или при доделување на концесија за управување со владина кантина, наплаќајќи директно од корисниците на кантината за купената храна и пијалаци. Овие видови концесии се примери на „концесии за услуги“.

Кога, во горенаведениот пример за владина кантина, договорниот орган ја обезбедува кантината којашто ќе ја користи економскиот оператор и, исто така, се согласува да врши исплати на економскиот оператор за да ги покрие основните оперативни трошоци или да субвенционира дел од услугата, оваа поддршка може да значи дека економскиот оператор не понесува значителен ризик за овој договор да спаѓа во рамки на дефиницијата на концесија за услуги. Во тој случај, договорот може да биде класифициран како договор за јавна набавка на услуги.

Различни употреби на поимот „концесија“ според националните законодавства

Концептот на концесии за работи и концесии за услуги е концепт од правото на ЕУ и мора да се толкува во согласност со правото на ЕУ. Националните закони може да имаат различни дефиниции за концесиите. Како резултат на тоа, можно е некои договори или прилики коишто се сметаат за концесии согласно со националното законодавство да не се сметаат за концесии според Директивата за концесии. На пример, доделувањето на правото за користење природни ресурси, како што е вадењето јаглен, или регулирањето на услугите за превоз со такси преку доделување дозволи на операторот, може да се наречат „концесии“ според националното законодавство, но генерално нема да се сметаат за концесии според Директивата за концесии. Исто така, некои договори коишто не се сметаат за концесии според националното законодавство, сепак, може да бидат класифицирани како концесии согласно со правото на ЕУ.

Затоа многу е важно да се разберат и применат дефинициите на ЕУ кога се одредува дали предложениот договор е концесија во смисла на Директивата за концесии.

Концесии кои вклучуваат комбинација од работи и услуги

Кога концесијата вклучува комбинација од работи и услуги, тогаш треба да се одлучи дали концесијата ќе се класифицира како концесија за работи или концесија за услуги. Разликата помеѓу двата вида концесии е важна, бидејќи се применуваат одредени разлики во правниот режим. На пример, достапни се разни исклучоци за концесиите за услуги, додека за концесиите за работи се применуваат разни правила за подизведување.

Кај комбинираните договори за концесија коишто може да се одделат, договорните органи и субјекти може да доделуваат посебни концесии за поединечните делови од комбинираниот договор. Меѓутоа, ако различните делови коишто го сочинуваат договорот објективно не може да се одделат[8], применливите правила мора да се одредат во однос на главниот предмет на конкретниот договор. Според тоа, концесија чиј предмет се работи и услуги мора да се додели во согласност со одредбите коишто се применуваат на концесиите за работи ако елементот на работите го карактеризира главниот предмет на конкретниот договор и обратно. На пример, локален орган одлучува дека сака да додели договор за концесија на економски оператор за управување со уметнички центар за период од 20 години. Зградата на уметничкиот центар е во сопственост на локалниот орган. Надоместокот којшто го добива економскиот оператор ќе се остварува преку плаќања од страна на пошироката јавност која ги користи просториите, како на пример кафулето, како и од публиката која плаќа за да присуствува на настани во уметничкиот центар како што се изложби, филмски и театарски продукции. Како дел од концесијата, локалниот орган бара избраниот економски оператор да изврши работи за реновирање во текот на првите пет години од периодот на концесијата. Со реновирањето ќе се создадат нов ресторан и кујни, ќе се подобри пристапот до зградата за лица со посебни потреби, ќе се надгради лифтот и ќе се постават нови тоалети. Во овој случај, легитимно е да се тврди дека главниот предмет на концесијата е долгорочното стопанисување со уметничкиот центар. Работите за реновирање, коишто се дел од севкупната зделка, може да се сметаат како споредни во однос на главниот предмет. Концесијата треба да се класифицира како концесија за услуги, а не како концесија за работи.

За повеќе информации во врска со Директивата за концесии, види Резиме на СИГМА за јавните набавки 31, *Директиви од 2014 година: Концесии.*

Што е ЈПП?

Кратенката ЈПП се однесува на „јавно-приватно партнерство“. Нема една или едноставна дефиниција за ЈПП, бидејќи поимот опфаќа повеќе различни видови договори и други модели на испорака.

ЈПП може да се опише како форма на соработка помеѓу договорни органи и економски оператори од приватниот сектор, често со цел да се обезбеди финансирање, изградба, реновирање, управување и одржување на инфраструктура (работи) и/или обезбедување на услуги. Вклучените организации често се нарекуваат „партнери“, поим којшто генерално се користи не во правна смисла.

Клучна карактеристика на ЈПП е споделувањето или преносот на ризикот врз партнерот од приватниот сектор, притоа ЈПП често, но не секогаш се склучува на долгорочна основа.

Плаќањето и методите на финансирање се разликуваат кај јавно-приватните партнерства. Плаќањата може да ги врши договорниот орган или да произлегуваат од трети лица, како што се корисниците на објектите (во тој случај договорот може да се класифицира како концесија), или од комбинирани извори. Финансирањето може да произлезе од договорниот орган, лице од приватниот сектор, надворешни финансиери како што се банките или други заемодавачи или од комбинирани извори. Поради природата на ЈПП

8 Според судската практика на СПЕУ, одредувањето на неделивоста се врши на основа од случај до случај, имајќи ги предвид изразените или претпоставените намери на договорниот орган да ги смета за неделиви различните аспекти коишто го сочинуваат комбинираниот договор, поткрепено со објективни докази со коишто се оправдуваат овие намери и се утврдува потребата за склучување еден договор.

проектите, правната документација има тенденција да биде сложена и да вклучува повеќе нивоа.

Структурата на ЈПП може да биде договорна или институционална. Институционално ЈПП (ИЈПП) е вид на ЈПП којшто вклучува воспоставување на друштво за посебна намена со мешан капитал, како друштво за заедничко вложување или друга организација за заедничко вложување, во коешто ќе учествуваат и договорниот орган и лицето од приватниот сектор. Потоа, на друштвото за посебна намена му се доверува реализацијата на проектот за инфраструктура или услуги во рамки на ЈПП, со тековно и активно учество на партнерот од приватниот сектор заедно со партнерот од јавниот сектор.

Како директивите се применуваат на ЈПП?

Нема правна дефиниција за ЈПП во Директивата за јавни набавки во класичниот јавен сектор, во Секторската директива или во Директивата за концесии и овој поим не се користи во ниту една од директивите. Правната рамка на ЕУ не содржи закон за ЈПП или посебен правен систем со којшто се уредува изборот на приватните партнери за ЈПП од страна на договорните органи. Ако земјите одлучат посебно да ги уредат јавно-приватните партнерства, не постои обврска посебното законодавство да ги опфаќа постапките за доделување договори за ЈПП. Законодавството за јавните набавки, сепак, ќе се применува за постапките за доделување ЈПП.

Од аспект на прописите за јавни набавки на ЕУ, јавно-приватните партнерства се договори за јавна набавка (или секторски договори), договори за концесија (работи или услуги) или договори коишто се исклучени од опфатот на директивите. ЈПП коишто се изземени договори и за кои постои прекуграничен интерес ќе бидат предмет на основните начела на Договорот и ќе се применуваат правилата коишто произлегуваат од тие начела, особено начелата на транспарентност, еднаков третман, недискриминација, пропорционалност и заемно признавање.

ЈПП коешто се квалификува како договор за јавна набавка согласно со Директивата за јавни набавки во класичниот јавен сектор мора да се додели користејќи некоја од постапките утврдени во директивата кои се применуваат за договорите за јавни набавки. Договорниот орган треба внимателно да размисли која е најсоодветната постапка за доделување на договорите за ЈПП, коишто често се сложени и обично налагаат преговори помеѓу страните во договорот. Кога договорот за ЈПП се смета за доволно сложен, а земјата-членка ги има усвоено соодветните одредби од Директивата за јавни набавки во класичниот јавен сектор, како соодветна постапка може да се користи конкурентниот дијалог. Можно е, исто така, да бидат исполнети условите со коишто се уредува користењето на конкурентната постапка со преговарање.

Кога ЈПП е концесија ќе се применува Директивата за концесии.

Кога структурата е ИЈПП, може да се користи една постапка на ЕУ уредена со Директивата за јавни набавки во класичниот јавен сектор (за договори за јавна набавка), Секторската директива (за секторски договори) или Директивата за концесии (за концесии) за именување на партнерот од приватниот сектор во ИЈПП и за доделување на договорот на заедничкото друштво за посебна намена.

Концесии во секторски опфатените дејности

Директивата за концесии се применува за доделувањето на концесии за работи и услуги од страна на договорните субјекти, под услов работите или услугите да се наменети за вршење на една од соодветните секторски опфатени дејности.

Види Резиме на СИГМА за јавните набавки 16, *Набавки од договорните субјекти во секторски опфатените дејности,* за информации околу четирите сектори уредени со Секторската директива и за видот на опфатените договорни субјекти, вклучувајќи и дискусија за тоа што претставува јавен субјект.

Практична белешка за одредувањето на опфатот, набавувањето и управувањето со ЈПП

Јавно-приватните партнерства имаат тенденција да бидат сложени договори коишто често се долгорочни. Како со сите сложени или долгорочни договори, многу е важно да се обезбеди дека барањата се внимателно разгледани и дека опфатот е однапред одреден, со цел спецификациите и условите на договорот да бидат сеопфатни и темелни, овозможувајќи му на договорниот орган и на економскиот оператор(и) потполно да ги разберат природата и последиците од проектот за целото времетраење на договорот.

Постапката за набавката мора ригорозно да ги стави на тест предлозите на економските оператори за да се обезбеди дека тие ги исполнуваат и ќе продолжат да ги исполнуваат барањата на органот во текот на целото времетраење на договорот. За повеќе информации за соодветните постапки за набавки и доделувањето на концесиите види Резиме на СИГМА за јавните набавки 10, *Постапки за јавна набавка и кога може да се користат,* како и Резиме на СИГМА за јавните набавки 31, *Директиви од 2014 година: Концесии*.

Тековното и проактивно управување со договорот во текот на целото времетраење на договорот, исто така, е од клучно значење за успешната реализација и стопанисување со концесијата. За повеќе информации, види Резиме на СИГМА за јавните набавки 21, *Мерење на успешноста*, како и Резиме на СИГМА за јавните набавки 22, *Управување со договорот*.

Дополнителни информации

Публикации

СИГМА (2015), *Прирачник за обука за јавните набавки* – Модул Г3, издание на ОЕЦД, Париз, http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-training-manual.htm

Резимеа за јавните набавки

http://www.sigmaweb.org/publications/key-public-procurement-publications.htm

СИГМА (2014), *Директиви на ЕУ од 2014 година: Концесии*, Резиме 31, издание на ОЕЦД, Париз

СИГМА (2016), *Измени на договорот*, Резиме 22, издание на ОЕЦД, Париз

СИГМА (2016), *Мерење на успешноста*, Резиме 21, издание на ОЕЦД, Париз

СИГМА (2016), *Набавки од договорни субјекти во секторски опфатените дејности*, Резиме 16, издание на ОЕЦД, Париз

СИГМА (2016), *Постапки за јавни набавки*, Резиме 10, издание на ОЕЦД, Париз

Други извори

ОЕЦД (2012), *Препораки на Советот за начелата за јавно управување на јавно-приватните партнерства*, издание на ОЕЦД, Париз, https://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf

Европска комисија (2007), *Соопштение со образложение за примената на правото на Заедницата за јавните набавки и концесиите за ИЈППП,* Брисел, http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/index.cfm?n=10&adv=0&coteId=3&year=2007&number=6661&dateFrom=&dateTo=&serviceId=&documentType=&title=&titleLanguage=&titleSearch=EXACT&sortBy=NUMBER&sortOrder=DESC&CFID=3376650&CFTOKEN=e3d6ab2394942a90-576C2CDC-B72D-F7E5-FC703A6E00BE2B8C&version=ALL&fuseaction=list

Веб-страницата на ОЕЦД за прашања поврзани со конкуренцијата кај јавно-приватните партнерства, http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/

Веб-страницата на Економската комисија на Обединетите Нации за Европа за Меѓународниот ЈПП центар за извонредност, http://www.unece.org/icoeppp.html