

Марија МРКШИЋ, мастер
студент докторских студија на Правном факултету
Универзитета у Новом Саду

Јована ЂУРИЧИЋ, мастер
студент докторских студија на Правном факултету
Универзитета у Новом Саду

ПРИМЕНА *SOFT LAW* ИЗВОРА НА РЕГУЛИСАЊЕ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Резиме

*Јавно-приватно партнерство је релативно нови институцији у међународној пракси. Државе су се претходно одредиле да овај институцији дејствено регулишу својим националним законодавством. Међутим, посматрано на међународном нивоу, обавезујући извори права у овој области су реткости. Фокусирајући испитивање на изворе права којима је регулисано јавно-приватно партнерство у Европској унији, аутори овог рада уочили су широку примену *soft law* извора (извора меког права). У Европској унији развијени су инструменти унификације и хармонизације права, али у домену јавно-приватног партнерства није постигнуто сагласности у погледу начина регулисања. Уређење поменутих области *soft law* изворима (смерницама, саопштењима и слично) има своје предности које се, пре свега, односе на њихову практичност, прилагодљивост и лакшу променљивост. *Soft law* извори често представљају припрему за будуће законодавство где се од инструктивних добијају обавезујуће норме и воде све већој конвергенцији различитих правних традиција у контексту ширег процеса глобализације. Намера аутора овог рада је да укажу на адекватности и оправданости коришћења *soft law* извора при*

регулисању јавно-приватног партнерства у Европској унији, у којој је овај институционални значајан за развој инфраструктуре и обављања делатности од општег интереса.

Кључне речи: *јавно-приватно партнерство, soft law извори, хармонизација права, Европска унија.*

І Увод

Јавно-приватно партнерство је концепт познат у области остваривања јавног интереса и развоја инфраструктуре. Такође, говори се о њему као алтернативи приватизације јавних предузећа, јер представља начин задржавања контроле над пословањем предузећа која врше делатност од јавног интереса. Не може се поистоветити са било којом сарадњом јавног и приватног сектора. Потребно је да та сарадња има за циљ финансирање, изградњу, реконструкцију, управљање или одржавање инфраструктурних и других објеката од јавног значаја или пружање услуга од јавног значаја.

Почетне фазе настанка јавно-приватног партнерства имале су своје упориште у концепту тзв. иницијативе приватног финансирања. Сврха учешћа приватног партнера у овој врсти сарадње била је искључиво у обезбеђивању финансијских средстава за реализацију инфраструктурних пројеката, који услед буџетских ограничења дуго не би могли бити реализовани. Временом се обезбеђење инфраструктурних добара и услуга почело препуштати приватном сектору, а јавни сектор задржава функцију мониторинга и улогу гаранта изградње и коришћења инфраструктурних објеката.

Данас се концепт јавно-приватног партнерства сматра најбољим моделом улагања у јавну инфраструктуру и јавни сектор уопште, јер удруживањем државе и финансијера из приватног сектора могу се добро искористити њихове појединачне предности. Резултат настанка јавно-приватног партнерства је, дакле, остваривање обостране користи, а не вршење доминантног утицаја од стране јавноправног партнера. Јавноправни и приватноправни партнер удружују се ради сарадње, а не ради ступања у конкурентски однос.

Постоји више модалитета јавно-приватног партнерства. Најзначајнија је подела на уговорно и институционално јавно-приватно партнерство. Уговорно се заснива на уговорним везама јавног и приватног партнера, а приватни партнер је укључен у пројектовање, финансирање и управљање услугом, док институционално подразумева оснивање новог

правног лица у заједничком власништву поменуто два партнера, који сарађују ради реализације одређеног пројекта или пружања одређених услуга, при чему постоји потреба да јавни партнер задржи део контроле и надзора над пружањем тих услуга.¹ Ова подела први пут се помиње у једном од најважнијих докумената којим је регулисано јавно-приватно партнерство у Европској унији – Зеленој књизи о јавно-приватном партнерству и праву Заједнице о јавним уговорима и концесијама (енгл. *Green Paper on Public private partnerships and community law on public contracts and concessions*) из 2004. године, која припада изворима меког права.

II Појам *soft law* извора

Soft law материја представља веома динамичну, иновативну, али и контроверзну појаву у оквиру модерних тенденција развоја међународног права уопште и права Европске уније. Како у научним круговима, тако и у пракси, прихваћена је чињеница постојања *soft law*-а, међутим универзална дефиниција овог појма хетерогеног састава изостаје услед две основне тешкоће које се појављују приликом његовог одређивања, а то су проблеми који се тичу јасног разликовања *soft law*-а и *hard law*-а (меког и тврдог права), као и ширине онога што би се под *soft law*-ом подразумевало.

Меко право се може посматрати као синтеза међуутицаја појединих најадекватнијих националних решења за конкретну област из позитивноправне материје европских земаља, али и као појава настала услед приближавања евроконтиненталног и англосаксонског правног система. Као скуп несанкционисаних норми које остављају широк дискрециони простор правним субјектима за њихову примену, *soft law* пружа вишеструке могућности за употребу и показао се као адекватан инструмент међународноправног регулисања због ефикасних решења и флуидног, лако променљивог, састава.

У правној теорији постоје веома опречне дефиниције овог појма. Неки аутори сматрају да се *soft law* најбоље разуме као континуум или спектрум између у целости обавезујућих договора и пуких политичких ставова.² Такође, га дефинишу као необавезујућа правила или инструменте који иако такве природе, стварају очекивања у погледу будућег

1 Концесије представљају облик уговорног јавно-приватног партнерства у коме се јавним уговором уређује коришћење природног богатства, добра у општој употреби и обављање делатности од општег интереса.

2 Andrew Guzman, Timothy Meyer, „International soft law“, *Journal of Legal Analysis*, бр. 1/2010, стр. 173.

понашања.³ Постоји и схватање да су *soft law* нормe и поред тога што нису санкционисане, креиране с очекивањем да ће им бити дата снага права или кроз национална законодавства држава или кроз обавезујући међународни споразум. Меко право, управо, може бити окидач или основа за настајање домаћих правних правила или с друге стране, средство тумачења чврстог права у датој области.⁴

Меко право се одређује и као необезбеђени нормативни оквир чија је примена условљена искључиво вољом субјеката на које се норма односи. Поменути нормативни оквир обухватио би све оно што у погледу форме личи на право, има облик правног акта, попут декларација, препорука и слично. Номотехничка структура меког права је оно што га разликује од пуких политичких обећања, док правна необавезност и примена која зависи искључиво од добре воље онога на кога се односи јесу елементи који разликују меко право у односу на позитивно право, односно право у објективном и субјективном смислу.⁵

На сличан начин се поједини теоретичари опредељују да дефинишу *soft law* као правила деловања која немају правно обавезујућу снагу, али ипак производе правне последице у практичном смислу, притом чинећи нејасном линију између права и неправа.⁶

За потребе овог рада *soft law* можемо одредити као скуп необавезујућих правила, тј. норми без правних санкција, које не настају кроз уобичајене легислативне процедуре, а које су као квазилегални инструменти различитих појавних облика све учесталије примењивани.

III Значај *soft law* извора у савременој међународној пракси

У односу на евентуалне међународне конвенције које би се доносили у оквиру међународних организација, а усвајале на дипломатским конференцијама, *soft law* показује извесне предности. Проблем који се у погледу међународних конвенција може појавити тиче се њиховог компромисног карактера, који је последица потребе да се кроз конвенцију помире економске супротности између држава које ће је примењивати. Осим тога, постојање два велика и различита правна система, евроконтиненталног (и у оквиру њега три правна круга: романски, германски

3 A. Guzman, T. Meyer, *нав. чланак*, стр. 175.

4 Timothy Meyer, „Soft Law as Delegation“, *Scholarly works Georgia Law*, 2009, стр. 906.

5 Доминик Вулетић, „Правни аспекти Лисабонске стратегије и будући изазови – разрада с мотришта правне природе меког права (*soft law*)“, *Зборник Правној факултету у Загребу*, бр. 3/2011, стр. 1013.

6 Francis Snyder, „The Effectiveness of European Community Law“, у: Terence Daintith (ed.), *Implementing EC Law in the UK*, London, 1995, стр. 51–87.

и скандинавски) и англосаксонског система, ствара додатне тешкоће у формулисању правила. Све те различитости потребно је ускладити, а то је могуће једино компромисом који некада доводи до тога да су решења у међународним конвенцијама недовољно јасна. Та околност захтева додатно тумачење конвенцијских одредби и ствара извесне тешкоће у пракси.⁷

С обзиром на чињеницу да прописи тврдог права морају бити сачињени на начин да подстичу државе на њихово усвајање, присутна је снажна тенденција ка стварању инструмената који ће рефлектовати правничку традицију земаља чије се прихватање очекује. Изискивање таквог нивоа прихватљивости *hard law* извора ствара неумитно и тешкоће у погледу потребног времена за његову адаптацију, као што и ствара проблеме у контексту конкретне садржине резултирајуће конвенције.⁸

Творци конвенције, дакле, неретко зарад ратификације од стране што већег броја земаља неће изискивати налажење најквалитетнијег решења, већ оног које ће бити најприхватљивије већини држава. Такав приступ често за последицу има уређење дате правне области неинвентивним, уопштеним, ригидним и фиксним правилима. С друге стране, *soft law* прописи нису под истом врстом притиска да буду у највишем могућем степену демократски хармонизовани с постојећим националним законодавствима. Њихови творци се управо оријентишу најбољим, најактуелнијим решењима који могу потицати било из правних или неправних извора.

Припрема *hard law* извора по правилу представља дугорочан процес у циљу изналагања компромисних решења, а који је последично скопчан са великим административним, политичким и бирократским трошковима. Стога се као предност *soft law* прописа наводи и економичност, као и чињеница да је, када се једном донесе акт меког права, остављен широк простор за расправе међу стручном јавношћу, док рецимо конвенција може само изазвати ставове за и против. Међу недостацима конвенција истичу се и дуготрајна, сложена и неопходна ратификација, као и компликован поступак њене евентуалне измене иако специјализација делатности и сложеност свеукупних привредних околности захтева спремност на ефикасно и брзо прилагођавање.

7 Душанка Ђурђевић, „Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право из 2009. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2010, стр. 66.

8 Henry Deeb Gabriel, „Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference“, *Brooklyn Journal of International Law*, 2009, стр. 664.

У том смислу, предност меког права почива на чињеницама да је флуидније, лакше променљиво, подложно поновном преговарању и једноставнијем мењању. Флексибилност ових мера јединствена је и даје одличне дугорочне резултате, управо због могућности промене након одређеног периода услед другачијих услова, потреба, могућности, а као одговор на тренутну политичку и економску реалност. *Soft law* је последица стварања норми које би одговарале практичној примени, а уколико се након дебате створи потреба за изменом неког правила, због меког садржаја документа могуће је лакша алтернатива дискутабилног дела. То је последица чињенице да је субјектима остављен шири дискрециони простор за примену ових норми, већа је ефикасност меког права у односу на неке друге изворе права, нпр. међународни обичај коме је потребно одређено време да постане обавезан или међународни споразум због више уложеног времена и већег ангажовања субјеката који га стварају.

Након истицања квалитета *soft law* извора који нису оптерећени компромисним захтевима, наглашавања значаја веће брзине и мањих трошкова приликом њиховог стварања у односу на *hard law* прописе, и након указивања на погодности које пружају услед њихове флексибилности и лакше ревизије у случају постављања таквих захтева ради усклађивања са актуелним дешавањима, сматрамо потребним нагласити и користи које произлазе из чињенице да меки извори права не садрже санкцију за непоштовање тих норми.

Иако најдискутабилније обележје меког права, услед чега му поједини аутори чак и одричу својство права или извора права, често ће управо одсуство принуде бити одлучујући фактор за доношење одлуке о примени ових норми.⁹ У академским круговима се истиче да су поједини *soft law* документи успешни баш због тога што нису обавезујући, што се не стварају под одређујућим политичким диктатом и не представљају претњу националним правним системима. Они јесу дизајнирани тако да врше унификацију, али остављају адресатима простор да одреде до којих размера ће их користити у решавању појединог проблема.¹⁰ Последице, *soft law* у великој мери одговара процесима унификације и хармонизације, односно представља савременије облике унификације. Ови извори се доста користе управо због своје еластичности и погодности за примену, јер не захтевају никакве посебне формалности.¹¹

У пракси ће се приступити регулисању неког правног питања путем *soft law* инструмента онда када не постоји сагласност у довољној

9 A. Guzman, T. Meyer, *нав. чланак*, стр. 172.

10 H. D. Gabriel, *нав. чланак*, стр. 660.

11 Иванка Спасић, „UNIDROIT – допринос унификацији неких од најважнијих питања међународног трговинског права“, *Стирани љавни живои*, бр. 2/2009, Београд, стр. 32.

мери да се то питање уреди *hard law* изворима. У ситуацији у којој је питање од значаја још увек немогуће уредити конвенцијом, уредбом или директивом, активност органа ЕУ усмерена је на изналагање алтернативних начина. Дакле, релевантни ставови ће бити заступљени на мање инвазиван начин путем *soft law* прописа, остављајући државама чланицама и другим адресатима избор њихове имплементације на основу квалитета у њима садржаних решења.

Творци меког права у виду смерница, акцијских програма, начела или зелених књига изражавају намеру да будуће активности буду усмерене на доношење обавезујућих прописа. На тај начин донети документ даје времена адресатима да своје понашање ускладе са диспозицијом норме како би у будућности избегли санкцију, те тако *soft law* прераста у *hard law* и често представља први корак на том путу. То се нарочито дешава у осетљивим областима, попут области регулисања јавно-приватног партнерства, где доношење тврдог права не би одмах добило праву шансу, него би претпостављамо наишло на негативне реакције. Решење које треба да се донесе уз тешкоће би прошло законодавну процедуру, а још теже друштвено прихватање. Тако *soft law* представља припрему за будуће законодавство где се од инструктивних добијају обавезујуће норме.¹² О њему се говори као о пред-праву, уводу у санкционисане норме.¹³

IV Место *soft law* извора у класификацији извора права у Европској унији

Универзално прихваћено разврставање формалних извора права у Европској унији је на примарне и секундарне. Прве стварају државе чланице приликом уређивања међусобних односа и Европска унија на основу сопственог уговорног капацитета, као субјекат међународног права, закључивањем споразума са трећим државама и међународним организацијама. Ови извори се могу поделити на уговоре о оснивању са изменама и допунама и анексима и протоколима, затим споразуме које је Заједница закључила са трећим државама и међународним организацијама и које ће убудуће закључивати Европска унија и на трећем месту су општа правна начела.¹⁴

12 Душан Аврамовић, „Омекшавање права ка међународној владавини права“, *Српска јолијичка мисао*, бр. 2/2001, Београд, 2001, стр. 268.

13 Hartmut Hillgenberg, „A Fresh Look at Soft Law“, *European Journal of International Law*, 1999, стр. 502.

14 Радован Вукадиновић, *Увод у инстинијуције и право Евројске Уније*, Крагујевац, 2010, стр. 123.

С друге стране, секундарни извори права ЕУ, или секундарно законодавство, стварају органи Уније: пре свега Савет и Комисија, уз учешће Европског парламента. У секундарне или изведене изворе спадају уредбе, упутства или директиве и одлуке, као обавезујући акти, и препоруке, мишљења и други такозвани „неименовани акти“ као необавезујући акти.¹⁵

Међутим, поред ове стандардне поделе на примарне и секундарне изворе права, правац развоја нормативне активности, како у свету, тако и у ЕУ, условио је доктринарно преиспитавање донедавно постојаних теоријских поставки.

С обзиром на значај, заступљеност и квалитет решења *soft law* прописа, сматрамо оправданим нову тезу о њима као о терцијарним изворима права унутар Европске уније. Такви терцијарни извори (у које би се убрајали препоруке и мишљења као традиционално секундарни извори ЕУ) испуњавају претправну, постправну, те параправну функцију у политичком и правном саставу Европске уније.¹⁶ Аргументовано се истиче да меко право може стварати *de facto* правне учинке,¹⁷ што их разликује од правно обавезујућих норми (које стварају *de jure* правне учинке), те од оног што не улази у заједнички опсег појма право и меко право (које не ствара никакве правне учинке).¹⁸

Облици у којима се *soft law* манифестује су многобројни и крајње хетерогеног типа. Могу се појавити у виду смерница и оквира за одлучивање (енгл. *decisional guidelines and frameworks*), акцијских програма (енгл. *action programs*), начела или принципа (енгл. *principles*), препорука (енгл. *recommendations*), мишљења (енгл. *opinions*), модел закона, модел уговора, декларација (енгл. *declarations*), резолуција (енгл. *resolutions*), повеља (енгл. *charters*). Међутим, од највећег значаја за уређење области јавно приватног партнерства, института чије правно регулисање представља предмет истраживања у овом раду, су тзв. водичи (енгл. *guidelines*), комуникације или саопштења (енгл. *communications*), беле књиге (енгл. *white papers*), зелене књиге (енгл. *green papers*) и управо ови *soft law* прописи биће предмет даље анализе.

V Правни оквир јавно-приватног партнерства у Европској унији

Иако досадашња искуства сведоче о регулисању института из области страних улагања обавезујућим секундарним изворима права, пре

15 Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 135.

16 Lisa Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, стр. 31.

17 L. Senden, *нав. дело*, стр. 241.

18 Д. Вулетих, *нав. чланак*, стр. 1016.

свега директивама, јавно-приватно партнерство као релативно нови институт у савременој међународној пракси није регулисано поменути изворима права у Европској унији. Европска комисија (у даљем тексту: Комисија) је изнела став у прилог тој чињеници да јавно-приватно партнерство не представља самостални правни институт у праву Европске уније, већ модел сарадње између јавноправног и приватноправног партнера, при чему је избор приватноправног партнера слободан уз уважавање правила конкуренције. Због тога је овај институт регулисан *soft law* изворима, а пре свега: Смерницама Европске комисије за успешно јавно-приватно партнерство из 2003. године¹⁹ и Зеленом књигом Европске комисије о јавно-приватном партнерству и праву Заједнице о јавним уговорима и концесијама из 2004. године.²⁰

Зелена књига је документ чије норме не обавезују, а представља најчешће први корак у доношењу обавезујућег правног акта. Најчешће овај документ циркулише међу заинтересованим странама, које се позивају да се прикључе процесу консултација и дебата на одређену тему, а све у циљу постизања консензуса пре сачињавања званичног става и његовог имплементирања у обавезујући правни акт.²¹ Зелена књига о јавно-приватном партнерству и праву Заједнице о јавним уговорима и концесијама (у даљем тексту: Зелена књига о јавно-приватном партнерству), коју је донела Европска комисија, је документ који је требало да подстакне дискусију на европском нивоу о теми коју уређује.

У време када се поставило питање регулисања института јавно-приватног партнерства Европски парламент је позвао Комисију да испита могућност доношења директиве, којом би се увела јединствена правила за концесије и друге облике јавно-приватног партнерства. Међутим, Комисија је остала при ставу да је доношење Зелене књиге о јавно-приватном партнерству боље решење, јер ће отворити дискусију о томе на који начин може да се реализује концепт јавно-приватног партнерства без нарушавања конкуренције и без правних недоумица. Дискусија је требало да се води око двадесет и два питања која су садржана у Зеленој књизи о јавно-приватном партнерству, а која се односе на процедурални оквир избора приватноправног партнера, установљавање приватне иницијативе у јавно-приватном партнерству,

19 Guidelines for Successful Public – Private Partnerships, Brussels, 2003, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf.

20 Green Paper on Public private partnerships and community law on public contracts and concessions, 2004, доступно на адреси: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=COMfinal&an_doc=2004&nu_doc=327.

21 Green paper in Business Dictionary, доступно на адреси: <http://www.businessdictionary.com/definition/green-paper.html#ixzz2O1Bepq58>.

уговорни оквир и промене које су учињене у погледу јавно-приватног партнерства, подуговарање и значај ефективне конкуренције код институционалног јавно-приватног партнерства.²² Комисија се у Зеленој књизи о јавно– приватном партнерству осврнула и на судску праксу, те излажући правила из ове области упућивала и на релевантне одлуке Европског суда правде.

Овај документ према намери Комисије требало је да буде иницијатор дискусије и давања конкретних решења у области јавно-приватног партнерства, при чему би се након прикупљања предлога и сумирања конкретних резултата прешло на израду одређених прописа. Конкретна решења нашла би своје место или у обавезујућим прописима или интерпретативним саопштењима, а утицала би на бољу координацију националних активности или размену најбољих примера из праксе међу државама чланицама.²³ Такође, Зелена књига о јавно-приватном партнерству је донета да би се истражило да ли се Уговор о оснивању ЕЗ и секундарни извори права могу применити на институт јавно-приватног партнерства и да ли би те норме биле довољне за регулисање овог института. Комисија је позвала све заинтересоване да шаљу своје коментаре на питања постављена у Зеленој књизи. На бази примљених предлога Комисија се обавезала да ће извести закључке и где буде могуће предузети конкретне иницијативе.

Зелена књига о јавно-приватном партнерству такође илуструје ток и исход расправе која је постојала у Европској унији о примени права Европске уније које се односи на јавне набавке и концесије. Она заправо образлаже феномен јавно-приватног партнерства из перспективе права Европске уније о јавним набавкама и концесијама. Треба имати у виду да јавно-приватно партнерство настаје када јавноправни партнер кроз процедуру јавних набавки најчешће, али и на други начин селекује свог будућег приватноправног партнера, а овај документ је донет са циљем да покаже која правила Европске уније могу да се примене на избор приватноправног партнера, али и која правила могу да се примењују у каснијим фазама. У Зеленој књизи можемо пронаћи и упућивања на одређене секундарне изворе права, пре свега директиве, којима се уређују услови и начин реализације јавних набавки, као и на поједине директиве којима су појединачно регулисани јавни уговори и концесије.²⁴ Дакле, о јавно-приватном партнерству као институту у

22 Green paper on public – private partnerships, Summaries of EU legislation, доступно на адреси: http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_en.htm.

23 Green paper on public – private partnerships, Summaries of EU legislation.

24 Вид. Directive 92/50/EEC, Directive 93/37/EEC, Directive 93/38/EEC, Directive 2004/18/EC.

Европској унији не постоји уредба или директива као обавезујући секундарни извор права којим би оно било регулисано, али о одређеним питањима из области јавно – приватног партнерства, пре свега о јавним набавкама, извори тог типа постоје.

Из групе *soft law* извора којима је јавно-приватно партнерство регулисано у Европској унији издвајају се и одређена саопштења која се односе на концесије као облик јавно-приватног партнерства и јавне набавке. Интерпретативним саопштењем о концесијама и праву Заједнице у погледу јавних набавки²⁵ из 2000. године оквирно је дефинисан концепт концесија у праву Заједнице и обавезе које јавне власти морају да испуне у поступку одабира приватноправног партнера коме ће доделити концесију. Касније је уследило доношење разних других саопштења, предметно везаних за материју о којој говоримо. Најзначајнија су: Саопштење Комисије Европском парламенту, Савету, Европском економско-социјалном комитету и Комитету региона о јавно-приватном партнерству и праву Заједнице о јавним набавкама и концесијама из 2005. године, које представља заправо резултат дискусије која је иницирана Зеленом књигом о јавно-приватном партнерству.²⁶ Касније је донето и Интерпретативно саопштење Комисије о примени права Заједнице о јавним набавкама и концесијама на институционални облик јавно-приватног партнерства из 2008. године,²⁷ као и Саопштење Комисије Европском Парламенту, Савету, Европском економско-социјалном комитету и Комитету региона о ангажовању приватних и јавних инвестиција за опоравак и дугорочне структурне промене: развој јавно-приватног партнерства, из 2009. године.²⁸

Значајне као документ којим се уређује јавно-приватно партнерство у Европској унији јесу и Смернице за успешно јавно-приватно

25 Interpretive Communication on concessions and Community public procurement law, Brussels, 2000, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:EN:PDF>.

26 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on public – private partnerships and Community law on public procurement and concessions, Brussels, 2005, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0569:FIN:en:PDF>.

27 Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to institutionalised PPP (IPPP), Brussels, 2008, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:091:0004:0009:EN:PDF>.

28 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Mobilising private and public investment for recovery and long term structural change: developing Public Private Partnerships, Brussels, 2008, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0615:EN:NOT>.

партнерство које је донела Комисија 2003. године.²⁹ Поново је реч о извору права који припада групи *soft law* извора. Циљ доношења ових Смерница био је да се издвоје основни проблеми и предложе мере за будуће правно регулисање овог модела, што омогућава привредницима из ЕУ да се приближе јавном сектору на начин који не нарушава слободну конкуренцију предвиђену Уговором о функционисању Европске уније. Истовремено, поменуте Смернице представљају *sui generis* водич за јавноправне субјекте у погледу тога како да закључе и реализују уговоре у домену јавно-приватног партнерства.

У правни оквир јавно-приватног партнерства у Европској унији можемо сврстати и релевантне одредбе Уговора о функционисању Европске уније (у даљем тексту: УФЕУ), као примарног и најважнијег извора права у Европској унији. То су пре свега одредбе које садрже општа начела, попут начела о слободи оснивања и слободи пружања услуга (вид. чл. 49–62 УФЕУ), а која обухватају начело транспарентности, једнаког третмана, пропорционалности и узајамног признавања. Такође, у овој области су примењиве и одредбе УФЕУ које се односе на заштиту конкуренције (чл. 101–109 УФЕУ).

Најзначајнија новина и конкретан корак у регулисању концесија као облика јавно-приватног партнерства обавезујућим изворима права јесте то што је Европска комисија 2011. године сачинила Предлог упутства о додели уговора о концесијама (енгл. *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts*).³⁰ Концесије нису биле у прошлости свеобухватно регулисане једним правним актом. Уговор о оснивању ЕЗ није дефинисао концесије. Концесије за јавне радове биле су регулисане Директивом 93/37/ЕЕЗ о концесијама за јавне радове. Концесије за услуге дефинисане су тек Директивом 2004/18/ЕЗ, али ни она их не регулише детаљно. На њих се стога примењују правила и принципи који су садржани раније у Уговору о оснивању ЕЗ, а данас у Уговору о функционисању Европске уније.

Ако се поље посматрања правног регулисања концесија сузи на државе чланице Европске уније, наилази се на шаренило у погледу начина регулисања овог института. Наиме, у овим државама не постоје усаглашена правила која се односе на доделу концесија. Иако државе чланице имају слободу да то питање детаљно уреде, ретке су се определиле за детаљно регулисање концесија за јавне радове и концесија за услуге него питање избора концесионара решавају од случаја до случаја.

29 Guidelines for successful public – private partnership, Brussels, 2003, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf.

30 Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts, Brussels, 2011, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/COM2011_897_en.pdf.

То може бити проблем када је потребно организовати пројекте из ове области на нивоу Европске уније. Неке државе су ипак ово питање детаљно регулисале националним законодавством: Шпанија 2003. године, Италија 1994. године и Француска 1993. године.³¹

Регулисање јавно-приватног партнерства у државама чланицама Европске уније није ништа мање шарено. Хармонизација у овој области није постигнута у потпуности. Неке државе су ову област уредиле посебним законима, друге у оквиру постојећег законодавства у домену јавних набавки, треће прилагођавањем постојећих закона новим захтевима, а неке у оквиру секторских прописа или доношењем једнократних одлука.

VI Закључак

Јавно-приватно партнерство као институт развијао се релативно брзо последњих година. Смернице Европске комисије дефинишу га као партнерство између јавног и приватног сектора у сврху реализације пројекта или услуга које традиционално пружа јавни сектор. Постао је значајан чинилац у структури буџета у већини држава, мада се финансијски допринос највише очекује од приватног сектора. Оно служи да би се успешно реализовале услуге од јавног интереса, а његовим развојем држава као привредноправни субјект значајно мења улогу у привреди, при чему од кључног субјекта у обављању одређених делатности, пре свега делатности од општег интереса, она постаје организатор и неко ко уређује и контролише рад у одређеним привредноправним областима.

С обзиром на то да се пракса јавно-приватног партнерства као и свест о овом институту још увек развија, нису се створили потребни услови за једнообразно регулисање ове материје путем свеобухватне конвенције или другог извора *hard law*-а. Специјализација делатности и сложеност свеукупне привредне структуре стварају растућу потребу за појавним облицима меког права као новог чиниоца у европском праву. У раду смо аргументовали тезу да *soft law* извори показују извесне предности у односу на међународне конвенције јер су између осталог прикладни и корисни као решења када не постоје економски или политички услови за доношење извора на међународном нивоу чије непримењивање би било санкционисано. Уместо да проблематична област о којој нема уједначеног става остане неуређена, постоји могућност да путем меког права буде алтернативно регулисана, а да касније снагом својих аргумената из можемо рећи својеврсних пилот пројеката буде трансформисана у конвенционалније правне облике.

31 Податак из Зелене књиге о јавно-приватном партнерству.

С аспекта јавно-приватног партнерства примена *soft law* извора на његово регулисање показало се као добро решење, јер је на тај начин избегнуто санкционисање у случају различитог приступа овом институту од стране држава чланица. Оне су водећи се предложеним решењима, која је махом Европска комисија сажела у различита документа која припадају *soft law* изворима, уредили своје национално законодавство у погледу овог питања на начин који њиховом правном систему највише одговара. Највећа корист која из оваквог решења произлази тиче се уважавања ставова држава чланица Европске уније да делатност свог јавног сектора у погледу остваривања јавног интереса и развоја инфраструктуре регулишу на начин који њиховом државном уређењу највише погодује. Решавање овог питања на међудржавном нивоу у смислу доношења обавезујућих те санкционисаних правних правила, захтевао би усвајање јединственог става у погледу обављања делатности од општег интереса, као стандарда који се разликује по обиму од државе до државе, а с друге стране било би потребно формулисати јединствен поглед на концепт развоја инфраструктуре, што би такође наишло на препреке пре свега због разлика у привредном развоју између држава чланица и могућности да све државе подједнако спроводе обавезујућа правила за која евентуално не би имала довољно инфраструктурних и техничких услова. Зато, када би се тражила алтернатива регулисању јавно-приватног партнерства у Европској унији, уредба као опција не би била добра због своје директне примене, али о директиви као обавезујућем секундарном извору права већ би се могло размишљати.

Marija MRKŠIĆ, M.A.

PhD Candidate at the Faculty of Law University of Novi Sad

Jovana ĐURIČIĆ, M.A.

PhD Candidate at the Faculty of Law University of Novi Sad

USING SOFT LAW SOURCES FOR REGULATING PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP IN EUROPEAN UNION

Summary

Public private partnership is a relatively new institution in international practice. States have in general decided to regulate it in detail through their own national legislation. However, observed at international level, binding law sources in this area are rarity. With the research focused on law sources for public private partnership in the European Union, authors of this paper have noticed wide implementation of soft law instruments in mentioned field. In the European Union processes of harmonization and unification are highly developed, but in domain of public private partnership there is still no consensus when it comes to the way it should be regulated. Regulation of this area by using soft law sources (guidelines, communications et cetera) has its advantages especially in terms of practicality, adaptability and easier changing. Soft law sources often represent preparation for future legislative, where instructive norms transform into binding ones and lead to greater convergence of different law traditions in context of wider process of globalization. The purpose of this paper's authors is to highlight the adequacy and justifiability of using soft law sources for regulating public private partnership in the European Union, where this institution is of significance for development of infrastructure and activities of public interest.

Key words: *public private partnership, soft law sources, law harmonization, the European Union.*