

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

ЗАШТИТА ЈАВНИХ ИНТЕРЕСА И ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО¹

Сажетак: Предмет анализе у раду је остваривање заштите јавних интереса у јавно-приватном партнерству. С обзиром на правну конструкцију партнерства и његове циљеве, истраживање је бићно, са значајним правним и практичним реперкусијама. У том оквиру се посебно разматра положај јавног партнера у том односу, као и анализирају правни оквири и могућности остваривања и заштите јавних интереса, како у предуговорној фази, тако и фази конципирања уговора. У посебном фокусу ће бити истраживање алокације ризика. Анализа је превасходно усмерена ка нашем праву, али она свакако укључује и компаративно разматрање истих истраживања и њихових практичних реперкусија, у неким националним правима и праву ЕУ.

Проблема заштите јавних интереса у нашем праву је посвећена, номинално гледано, значајна тема. Она је манифестована с једне стране, истраживањем истраживања на нивоу принципа, с друге стране, креирањем мноштва посебних инструмената у различитим фазама настанка, уговарања и реализације партнерства. Ипак, фактички ново заштите зависи од примене тих правила у пракси. С друге стране, она је једним делом зависна и од истраживања јавног партнера у фази креирања уговорних клаузула. Наиме, остваривање заштите јавних интереса, због примене принципа аутономије у овој области, у одређеној мери је дајо у руке самом јавном партнеру. На тај начин она је зависна и од његовог истраживања и истраживања.

Кључне речи: приватно-јавно партнерство, заштита јавних интереса, право, уговор, ризик.

Јавно-приватно партнерство или ЈПП је специфичан инструмент који има за циљ осигурање финансирања, изградње, обнове, управљања и/или

¹ Овај чланак садржи резултате истраживања у оквиру пројекта *Правна традиција и нови правни изазови*, који финансира Правни факултет у Новом Саду.

одржавања јавне инфраструктуре² или пружање одговарајућих јавних услуга³ ангажовањем приватног сектора. Оно је алтернативни модел дотадашњем искључивом задовољавању наведених јавних потреба финансирањем из буџета. Због своје ефикасности и других предности,⁴ његов значај експанзивно расте у већем броју земаља,⁵ са успешно реализованим пројектима у широком спектру, од путева, мостова до затвора, па чак и војних објеката.⁶

Јавно-приватна партнерства су истовремено и врло сложени механизми због својих разноликих техничких, политичких, економских, и наравно правних димензија. У овако комплексном односу, посебно значајно питање је остваривање заштите јавних интереса, те ће оно бити и предмет анализе која следи. С обзиром на правну конструкцију партнерство и његове циљеве, то питање је битно, са значајним правним и практичним реперкусијама. У том оквиру се посебно разматра положај јавног партнера у том односу, као и анализирају правни оквири и могућности остваривања и заштите јавних интереса, како у предуговорној фази, тако и фази конципирања уговора. У посебном фокусу ће бити питање алокације ризика. Анализа је превасходно усмерена ка нашем праву, али она свакако укључује и компаративно посматрање истих питања и њихових практичних реперкусија, у неким националним правима и праву ЕУ.

1. ЈАВНИ ПАРТНЕР И ЊЕГОВА ПОЗИЦИЈА У ЈПП

Јавно-приватна партнерства се често виде као кооперативни уговорни аранжмани између јавних субјеката и субјеката приватног сектора, али генерално не постоји сагласност у погледу њиховог дефинисања.⁷ У утврђивању његовог појма, посебну тешкоћу представља чињеница да се оно јавља у различитим, најчешће два модела, присутна како у праву ЕУ,⁸ тако и нашем праву,⁹

² У нашем праву, (у чл 4. ст. 5.) јавна инфраструктура је објекат који се јавно користи односно који се ставља на располагање ради коришћења или добробити јавности (или групе лица или субјеката којој се може слободно приступити и која је унапред дефинисана само у апстрактном смислу) у било којем сектору јавних услуга или привреде. Чл. 4. ст.5. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама (Сл. гласник РС“, бр. 88/2011, 15/2016 и 104/2016).

³ Marques, R. C., Berg, S. V., *Public-Private Partnership Contracts: A Tale of Two Cities with Different Contractual Arrangements*, 2010., стр. 1.

⁴ Ke, Y., Wang, S., Chan, A. P., Lam, P. T., *Preferred risk allocation in China's public-private partnership (PPP) projects*. *International Journal of Project Management*, 2010, 28(5), стр. 482.

⁵ Klijn, E. H., Teisman, G., *Rinstitutional and strategic barriers to public-private partnership: An analysis of Dutch cases*. *Public money and Management*, 2003, 23(3), стр. 137.

⁶ Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., *The diffusion of risks in public private partnership contracts*, *European Accounting Association Annual Congress*, Rome, 2011, стр. 3.

⁷ Hodge, G. A., Greve, C., *Public-Private Partnerships*, стр. 33.

⁸ COM(2004)327, COM(2005)569 or C(2007)6661.

⁹ Уговорно јавно-приватно партнерство је јавно-приватно партнерство у којем се међусобни однос јавног и приватног партнера уређује уговором о јавно-приватном парт-

и то уговорно и институционално јавно-приватно партнерство.¹⁰ И они се као такви јављају у различитим варијацијама, у распону од наглашавања јавног у једном екстрему, до нагласка приватног елемента у другом, и то све у зависности од њиховог односа према елементима ризика, контроле, финансирања и власништва.¹¹ Ипак, за све њих је карактеристично да представљају облик сарадње јавног и приватног сектора, које се реализује удруживањем ресурса, капитала и стручних знања, ради задовољавања јавних потреба, при чему су ризик, трошкови и користи подељени.

У нашем праву јавни партнер је једно или више јавних тела, односно правно лице које је надлежно за реализацију пројекта јавно-приватног партнерства, које са приватним партнером закључује јавни уговор, или једно или више јавних тела које је са приватним партнером повезано чланством у заједничком привредном друштву.¹² Као јавно тело се може јавити: државни орган, организација, установа и други директни или индиректни корисник буџетских средстава у смислу закона којим се уређује буџетски систем и буџет, као и организација за обавезно социјално осигурање; јавно предузеће; правно лице које обавља и делатност од општег интереса, уколико је испуњен неки од законских услова и правно лице основано од јавног тела, а које обавља и делатност од општег интереса, под одређеним у словима.

С друге стране, приватни партнер је физичко или правно лице, домаће или страни, са домаћим или страним учешћем или без њега, или конзорцијум једног или више таквих физичких или правних лица која су одабрана у поступку јавне набавке и који са јавним партнером закључује јавни уговор, односно са јавним партнером оснива заједничко привредно друштво.¹³ Циљ приватног партнера је максимизирање ефикасности и иновација приватних предузећа.

Ови пројекти нуде различите врсте користи и јавним и приватним партнерима, при чему је њихова позиција испреплетена и међусобно зависна. Природно је и логично да је оно и инструмент за остварење посебних интереса приватних партнера везаних за стицање профита или других користи у овом односу. То у нашем праву значи могућност јавног партнера да приватном партнеру за преузете обавезе изврши преношење одређених стварних права или да му за преузете обавезе врши плаћање у новцу или да му дозволи наплату накнаде крајњим корисницима за пружене услуге. Исто тако, постоји

нерству. И институционално јавно-приватно партнерство је јавно-приватно партнерство засновано на односу између јавног и приватног партнера као оснивача, односно чланова заједничког привредног друштва, које је носилац реализације пројекта јавно-приватног партнерства. Чл. 4. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама,

¹⁰ Klijn, E. H., Teisman, G., *op.cit.* стр. 137.

¹¹ Чл. 4. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

¹² Чл. 4. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

¹³ Чл. 4. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

могућност јавног партнера да приватном партнеру дозволи да обавља комерцијалну делатност или изгради друге објекте у оквиру реализације пројекта партнерства, али само у случају да на други начин није могуће обезбедити потребан ниво исплативости реализације пројекта јавно-приватног партнерства и повраћај уложених средстава.¹⁴

Наведени концепт нашег релевантног законодавства, у први план истиче ЈПП као погодан механизам за остваривање интереса државе и локалних заједница, односно остваривања интереса јавног партнера и јавних интереса у различитим сферама.¹⁵ Приватни партнер делимично или потпуно финансира пројекат ЈПП, што омогућава јавном партнеру, да избегавајући велика, непоновљива улагања, свој уштеђени новац користи у друге сврхе. Исто тако, јавни партнер путем партнерства добија изграђену или реконструисану јавну инфраструктуру, односно објекте од јавног значаја, као и одржавање јавне инфраструктуре. Другим речима, у тако конструисаном партнерству средства приватног сектора, менаџерске вештине и оперативна ефикасност се стављају у функцију јавних интереса, опет у лукративном интересу приватног партнера. Путем партнерства се мења традиционална позиција јавног сектора и приватног сектора и у сектору јавних услуга, тако да јавни сектор постаје клијент а приватни сектор постаје пружалац услуга. Исто тако се омогућава обављање услуга од јавног значаја, где се приватни партнер обавезује на финансирање, управљање и одржавање, а све у циљу пружања услуга од јавног значаја крајњим корисницима из оквира надлежности јавног партнера, или у циљу обезбеђивања неопходних предуслова јавном партнеру за пружање услуга од јавног значаја из оквира његових надлежности, или пружање услуга од јавног значаја из оквира надлежности јавног партнера крајњим корисницима.¹⁶ При свему томе, финансијске обавезе јавног према приватном партнеру се везује за моменат када су инфраструктура и услуге испоручене и извршене на исправан и договорен начин.

2. ПРИНЦИП ЗАШТИТЕ ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА И ЊЕГОВА САДРЖИНА

Природа јавно-приватног партнерства и његова конструкција, као и његово законско одређење у нашем праву је условило да се и заштита јавних интереса подигне на ниво изричитог утврђеног начела у релевантном законодавству. Начело заштите јавног интереса обухвата обавезу јавног тела да

¹⁴ Чл. 7. ст. 5. и 7. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

¹⁵ Tieva, A., Junnonen, J. M., Proactive Contracting in Finnish PPP Projects. *International Journal of Strategic Property Management*, 2009, 13(3), стр. 219.

¹⁶ Чл. 7. ст. 3. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

при остварењу права приватних лица води рачуна да остварење тих права није у супротности са законом дефинисаним јавним интересом.¹⁷ То значи да су права приватних партнера увек ограничена јавним интересима али се осим начелног позивања на њихово дефинисање апстрактним појмом, односним законским правилима, на улози и њихово ближе прецизирање, како је то урађено у неким другим законодавствима.¹⁸

Ипак, постоје и друга законска правила која могу бити корисна у датом погледу. Наиме, садржина начела заштите јавног интереса се посредно одређује и путем корелације са другим утврђеним начелима актуелног законодавства о јавном-приватном партнерству. Три су врсте односа које покривају јавни интерес, дефинисан законом на овај начин. Прво је однос везан за поступање државних органа. Начело пропорционалности је устројено у том контексту и подразумева да свака мера предузета од стране државног органа, односно другог лица, мора бити минимално потребна и у сразмери са јавним интересом који се таквом мером настоји заштитити.

Друго је очување јавних вредности вишег ранга. Заштита животне средине је свакако једна од њих и она је и овде посебно апострофирана. Начело заштите животне средине обухвата начела дефинисана законом којим се уређује заштита животне средине као што су: начело интегралности, начело превенције и предострожности, начело очувања природних вредности, одрживог развоја, начело одговорности загађивача и др.

Треће, јавни интерес се законом дефинише и правилима везаним за садржину јавних уговора. Несумњиво постоји потреба и да се и на овај врло битан начин, буде остварена његова заштита, о чему ће бити више речи у другом делу рада.

Међутим, питање је колико су напред наведена начела међусобно компатибилна и уравнотежена, што би могло отворили врата широј заштити јавних интереса. То ће свакако зависити од њиховог тумачења у пракси, који те односе може одвести у другачијем смеру. С друге стране јасно у напред наведена начела само посредно и на општи начин утврђују границе јавног интереса, али га и даље не прецизирају, што последично значи да ће садржина овог појма бити предмет даљих разматрања. У том контексту сматрамо, да је несумњиво да јавни интерес у себи треба да садржи и објективизовано утврђен интерес јавног партнера. Међутим, сматрамо да је то шири и сложенији појам и да не може бити тако једноставно редукован. Напред наведено законско решење није противречно таквом ставу. Наиме, иако је јавно-приватно партнерство настало као резултат континуираних буџетских ограни-

¹⁷ ЧЛ. 6. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

¹⁸ У праву Републике Српске, заштита јавног интереса које подразумева потребу за минималним финансијским издвајањем јавног партнера у процесу унапређења одређених услуга. Закон о јавно-приватном партнерству у Републици Српској из 2009. године.

чења са којима се суочавају различите владе и исцрпљивање могућности за непосредну приватизацију јавне инфраструктуре,¹⁹ то не значи да у првом плану морају бити само уско схваћени јавни интереси и њихова апсолутизација. Иако имају своје различите циљеве, партнерима је заједничко да желе да партнерство успе, што значи да обе стране добијају.²⁰ То претпоставља, у целини, партнерски начин размишљања, баланс интереса где оба партнера побеђују, што се као идеја све више намеће као битан принцип ових пројеката.²¹ Јавно-приватно партнерство се види као комплементарни однос јавног и приватног сектора²² који раде у сарадњи и партнерству на јасно дефинисаним потребама и нето користима, путем одговарајуће алокације ресурса, ризика и награда. Такав модел размишљања постаје све прихваћенији у свету.²³

На основу овог концепта се другачије види садржина јавног интереса. Њега не треба уже посматрати, као могућност наметања и остварења партикуларног интереса јавног партнера, већ га редефинисати на начин да он обухвати потребу да се успешно реализује пројекат ЈПП. То претпоставља одговарајућу комуникацију, планирање, мониторинг, контролу и организацију пројеката како би се олакшала ефикасна координација током целог циклуса његовог трајања. Успех пројекта може бити остварен само ако учесници раде заједно у остварењу заједничких циљева и користе дефинисане процедуре за сарадњу и решавање спорова.²⁴

1. МЕХАНИЗМИ ЗАШТИТЕ ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА

Остварење заштите јавног интереса је могуће остварити и пратити у фазама, и то преваходно у фази припреме уговора и фази његовог закључења и реализације.

а. Предговорне активности

Припремна фаза уговора и предговорне активности су врло битне, како за сам пројекат, тако и за остварење јавних интереса у јавно-приватном партнерству. Као што смо рекли они су врло сложени уговорни аранжмани

¹⁹ Olusola Babatunde, S., Opawole, A., Emmanuel Akinsiku, O., Critical success factors in public-private partnership (PPP) on infrastructure delivery in Nigeria. *Journal of facilities management*, 2012., 10(3), стр. 213.

²⁰ Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. стр. 226.

²¹ Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. стр. 221.

²² Olusola Babatunde, S., Opawole, A., Emmanuel Akinsiku, O, op.cit. стр. 215.

²³ У Кини се тако сматра да с брзим темпом тржишно оријентисане трансформације државе деликатна равнотежа мора се тражити између капацитета приватног сектора, регулаторна функција државе и интереса јавности. Ke, Y., Wang, S., Chan, A. P., Lam, P. T., op.cit. стр. 483.

²⁴ Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. стр. 4-5.

који захтевају пажљиву и дуготрајну припрему и пажљиво поступање.²⁵ Одговарајућим приступом, могуће је спречити потенцијалне проблеме и остварити постављене циљеве.²⁶ Јавни интерес у овој фази се примарно остварује путем процедуралних правила, односно путем поступка у поступку доделе јавних уговора и избора приватног партнера.

Поступак доделе јавног уговора за ЈПП, покреће се објављивањем јавног позива.²⁷ Захтеви јавног позива, односно тендерски захтеви треба да идентификује сва питања потребна за извршење јавно-приватног партнерства, иако то у пракси најчешће није случај.²⁸ При свему томе тендерски захтеви морају бити одговарајуће и промишљено постављени да би се избегле могуће негативне последице. Високо постављени захтеви, уз сложеност пројекта и немале трошкове припреме тендера, могу створити баријере за улазак, посебно за мање фирме и фирме без признатих ранијих резултата, што свеукупно умањује конкуренцију.²⁹ Исто тако, ниско постављени захтеви умањују шансе за зараду приватних партнера услед евентуалне велике конкуренције, што од понуде може одвратити референтне понуђаче.

Нека питања захтевају посебну пажњу у оквиру тендерских захтева. Једно од њих је везано за подуговарање, односно за ангажовања подизвођача. Добро је да је то питање нашло своје место у нашем законодавству да би се подигао кредибилност пријаве у конкурсној документацији и нацрту јавног уговора. Тако је предвиђено да јавно тело може да захтева од понуђача да у својој понуди наведе део вредности уговора у процентима за који намерава да закључи уговор са подизвођачима. Подуговарање је могуће једино ако предложени подизвођач испуњава услове одређене од стране јавног тела у конкурсној документацији и услове предвиђене важећим прописима за обављање професионалне делатности у погледу економског и финансијског стања, као и техничке и/или стручне оспособљености за извршавање свог дела уговорних обавеза. У овој ситуацији као крајња мера, постоји и правило, да у случају подуговарања, приватни партнер је неограничено солидарно одговоран за извршење уговорних обавеза подизвођача.³⁰

С аспекта јавног интереса врло је битно да се као приватни партнер изабере најбољи понуђач.³¹ У пракси земаља са већом традицијом, није ретко

²⁵ Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. стр. 223.

²⁶ Претходна анализа сугерише да је могући корективан фактору овој фази може бити одговарајућа државна институција Шире: Farrugia, C., Reynolds, T., Orr, R. J., Public-private partnership agencies: A global perspective. Collaboratory for Research on Global Projects, 2008,43.

²⁷ Чл. 22. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

²⁸ Marques, R. C., Berg, S. V., op.cit. стр. 6.

²⁹ Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. стр. 23.

³⁰ Чл. 17. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

³¹ Понуђач је правно или физичко лице или конзорцијум једног или више таквих физичких или правних лица, које је доставило понуду у поступку јавне набавке за доделу

да „најбољи“ понуђач, када се процени на објективизиран, свеобухватан начин, често није победник.³² То значи да се тај проблем у нашој земљи може само мултипликовати. Да би се избегао политичко или сваки друго фаворизовање, избор приватног партнера треба извести путем потпуног истрајавања на отворености тржишта, једнаком третману понуђача и посебно, транспарентним процедурама надметања, као што је то случај са правом ЕУ.³³

У нашем праву се наведеним захтевима излази у сусрет и путем утруђивања одговарајућих начела. У овом погледу од суштинског значаја је начело слободне тржишне утакмице, које обухвата забрану ограничавања утакмице између учесника и обавезу прихватања свих учесника са одговарајућим техничким, финансијским и другим стручним квалификацијама. Исти третман има и начело једнаког и правичног третмана. Оно садржи и забрану дискриминације по било ком основу између учесника у поступку доделе јавних уговора и избора приватног партнера, као и обавезу да учесници у поступку избора приватног партнера, имају потпуне и тачне информације о поступку, стандардима и критеријумима за избор приватног партнера. Ниједан од учесника у поступку избора приватног партнера, не може имати предност над осталима у погледу времена, информација и приступа органима и лицима надлежним за поступак доделе јавног уговора. Одлуке се морају доносити на основу унапред објављених и објективних критеријума, и морају се са образложењем доставити сваком учеснику у поступку избора.

Остварење циљева у овој области доприноси и начело транспарентности, које обухвата обавезу оглашавања намере закључења јавног уговора и могућност понуђача да изврши увид у податке о спроведеном поступку доделе јавног уговора и сл.³⁴ Очување кредибилности читавог процеса и конкуренције доприноси и захтев да је јавно тело обавезно да чува поверљивост свих техничких, економских, финансијских и других података из достављене понуде. Ако није другачије предвиђено законом или судском одлуком или конкурсном документацијом, ниједна страна у преговорима не може трећем лицу открити техничке, ценовне или друге елементе у вези са разговорима, комуникацијом или преговорима на основу горе наведених одредаба без сагласности друге стране.³⁵

У контексту заштите јавних интереса, посебно је значајно начин избора приватног партнера. У нашем праву поступак избора приватног партнера је поступак јавне набавке у складу са законом којим се уређују јавне набавке.

јавног уговора, Чл. 15

³² Два случаја из португалског водног сектора користе се за илустрацију проблема који се јављају у овој области. Marques, R. C., Berg, S. V., op.cit. стр. 3.

³³ Sire: Murton, M., A Practical Guide to PPP in Europe; City and Financial Publishing, 2008.

³⁴ Чл. 6. ст.3. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

³⁵ Чл. 24. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

При томе се на питања која су специјално уређена овим законом, не примењују општа правила о јавним набавкама.³⁶ Одлука о избору најповољније понуде је акт који доноси јавно тело, након оцене пристиглих понуда за доделу јавног уговора, а у складу са конкурсном документацијом и критеријумима за избор најповољније понуде.³⁷

Правила о јавним набавкама су валидна и у погледу критеријума за избор приватног партнера, осим одредаба којима се уређује предност домаћих понуђача у односу на стране. У примени критеријума, под ценом се подразумева нето садашња вредност која се односи на укупне трошкове у уговореном периоду без пореза на додату вредност.³⁸

У овој области битно је успоставити стриктна правила понашања, али је потребно у читав поступак унети и елементе флексибилности тамо где су она неопходна. Томе би свакако допринела шира примена конкурентног дијалога, тј. поступка у којем сва заинтересована лица могу поднети пријаву, а са лицима којима призна квалификацију (кандидати) наручилац води дијалог ради проналажења решења које ће задовољити његове потребе, позивајући кандидате да поднесу понуде на основу усвојеног, односно усвојених решења.³⁹

б. Конципирање јавног уговора

Посебно битан сегмент заштите јавног интереса у јавно-приватном партнерству је везан за конципирање његове правне основе, а то су уговори о јавно-приватном партнерству. Они се у нашем праву означавају као јавни уговори, који се закључује у писаном облику између јавног и приватног партнера, којим се у циљу реализације пројекта јавно-приватног партнерства, уређују међусобна права и обавезе уговорних страна.⁴⁰ Они се оправдано карактеришу као нови сложени и веома изазовни, уговорни аранжмани,⁴¹ чије време трајања може бити дуже од двадесет или тридесет година.⁴² Он у нашем праву не може бити краћи од пет година ни дужи од 50 година, уз могућност да се након истека уговореног периода закључи нови уговор уз избор приватног партнера на начин и у поступку прописаном овим законом.⁴³

³⁶ То су питања која се односе на : начин обрачуна процењене вредности јавног уговора, заједничку понуду, подизвојаче, рокове за подношење понуда и пријава, рокове у вези са доношењем одлуке о избору најповољније понуде, рокове за закључење уговора и измене јавног уговора.

³⁷ Чл. 4. ст. 11. и 14 . Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

³⁸ Чл. 21. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

³⁹ Чл. 3. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

⁴⁰ Чл. 4. ст. 3. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

⁴¹ Hodge, G. A., Greve, C., Public–Private Partnerships, op.cit, стр. 34.

⁴² Engel, E., Fischer, R., Galetovic, A., The Basic Public Finance of Public-Private Partnerships, 2007., Journal of the European Economic Association, 2013.,стр. 1.

⁴³ Чл. 18. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

При том важи правило да се рок на који се закључује јавни уговор одређује на начин који не ограничава тржишну утакмицу више него што је то потребно да се обезбеди амортизација улагања приватног партнера и разуман повраћај уложеног капитала, истовремено узимајући у обзир ризик који је повезан са комерцијалним коришћењем предмета уговора.

За разлику од остваривања јавног интереса у предуговорној фази, где је она концептуално усмерена према неодређеном броју субјеката, фаза закључења уговора, је усмерена ка његовом остварењу и заштити у односу према приватном партнеру. Већина проблема који се уочавају у заштити јавних интереса, али самог партнерства је везана за конципирање уговора и његових клаузула, односно за утврђивање његове садржине. Стога добро припремљен уговор може имати есенцијалну улогу.⁴⁴

Поред других важних питања која укључују регулацију других права и обавеза у партнерству, адекватност и јасноћу планова и техничке спецификације, формалан процес решавања спорова и мотивацију и подстицаје уговорним странама и сл.⁴⁵ У контексту заштите јавних интереса у јавно-приватним партнерствима од суштинске важности је адекватно регулисање проблема ризика, односно њихова идентификација и алокација у овим аранжманима.

Јавно-приватна партнерства прате десетине различитих ризика,⁴⁶ укључујући политичке, грађевинске и ризике финансирања. Стога су им она инхерентна⁴⁷ и као таква њихов битан елемент⁴⁸ и кључно питање јавних уговора.⁴⁹ Јасну идентификација ризика и подела ризика између јавног и приватног партнера је важна и за успех пројеката, јер неадекватна спецификација захтева и неодговарајуће расподела одговорности међу уговорним странама га може битно угрозити.⁵⁰ Истовремено, оптимална алокација ризика и умањује потребу и за споровима и правним процесима.⁵¹

Дистрибуција ризика се врши путем сложене мреже уговорних клаузула и механизма,⁵² као што су осигурања, хартија од вредности и гаранције.⁵³

⁴⁴ Marques, R. C., Berg, S. V., op.cit. стр. 3 и 4.

⁴⁵ Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. стр. 7.

⁴⁶ Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. стр. 226.

⁴⁷ Ke, Y., Wang, S., Chan, A. P., Lam, P. T., op.cit. стр. 483.

⁴⁸ Неки аутори и дефинишу ЈПП позивањем, између осталог и на елемент ризика. Brinkerhoff, D. W., & Brinkerhoff, J. M., Public-private partnerships: Perspectives on purposes, publicness, and good governance. *Public Administration and Development*, 2011., 31(1), стр. 3.

⁴⁹ Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. стр.4.

⁵⁰ Jin, X. H., Zhang, G., Modelling optimal risk allocation in PPP projects using artificial neural networks. *International journal of project management*, (2011), 29(5),стр. 599.

⁵¹ Marques, R. C., Berg, S. V., op.cit. стр. 4. Ke, Y., Wang, S., Chan, A. P., Lam, P. T., op.cit. стр. 483,

⁵² Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. стр. 7.

⁵³ Такав је случај у финској пословној пракси: Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. стр. 225.

Међутим, његова коначна архитектура не успоставља се само уговором.⁵⁴ Наиме, и поред нормативног уређења, у пракси су могућа фактичка одступања у фази реализације уговора,⁵⁵ у којој уговорне стране покушавају да наметну своју вољу.⁵⁶

Због свог значаја и сложености, ово питање изазива посебну пажњу,⁵⁷ чему доприноси и дуг период трајања уговора.⁵⁸ Стога је битно њихово идентификовање и пренос уговорним странама, јер је у пракси регистровано да најпроблематичније ситуације настају када ризици нису индивидуализовани или није одређен њен носилац.⁵⁹ Стога је тај задатак захтеван и одговоран посао,⁶⁰ јер није лако постићи оптималну алокацију ризика који минимизирају укупне трошкове управљања јавног и приватног сектора, иако је она суштински другачија од оних у традиционалним јавним пројектима,⁶¹ не само у погледу ризика, већ и у погледу обезбеђења економске и финансијске равнотеже обе стране.⁶²

У конципирању уговорне позиције оба партнера у погледу ризика, врло је важно утврдити начелну стартну позицију оба партнера, која свакако није иста. Често се ризици идентификују са обавезама и са концептом одговорности.⁶³ Свеукупно, то ствара различити полазни статус јавног и приватног партнера у овом аранжману.

Конвенционално гледано, у погледу ризика, ЈПП представља потпуно нови модел где се битно смањује ризик јавног партнера у односу на класичне моделе изградње јавне инфраструктуре. Он не подлеже ризику у погледу изградње, управљања и одржавања инфраструктурног пројеката, нити има додатних трошкова, осим у виду накнаде приватном партнеру.⁶⁴ Иако се понекад процењује да су државе склоне, посебно у сектору услуга, да скоро све ризике пребаце на приватне partnere,⁶⁵ то свакако није опште важеће правило. Јавни партнер има ризик у погледу испуњености тендерских захтева, тумачења значаја промењених околности и у погледу услова превременог

⁵⁴ Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. стр. 223.

⁵⁵ Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. стр.3.

⁵⁶ Bajari, P., S. Houghton, Tadelis, S., „Bidding for Incomplete Contracts: an Empirical Analysis“, Working Paper, no. 12051, NBER, 2006..

⁵⁷ Engel, E., Fischer, R., Galetovic, A., op.cit. стр. 6.

⁵⁸ Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. стр. 221.

⁵⁹ Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. стр. 225.

⁶⁰ Jin, X. H., Zhang, G., op.cit. стр. 592.

⁶¹ Jin, X. H., Zhang, G., op.cit. стр. 591.

⁶² Marques, R. C., Berg, S. V., op.cit. стр. 2.

⁶³ Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. стр. 222.

⁶⁴ Engel, E., Fischer, R., Galetovic, A., op.cit. стр.3.

⁶⁵ Jin, X. H., Zhang, G., op.cit. стр. 591-592.

раскида уговора и сл. Друга је ствар, што стоји оцена да јавни сектор често није оспособљен у управљању ризицима.⁶⁶

За приватног партнера у погледу ризичности је битно да потражња за пројектом несмањено постоји, а да за своје напоре као противуслугу добија уговорену накнаду.⁶⁷ За њега је основно да му се за његово учешће у партнерству обезбеди повољно политичко, правно, економско и комерцијално окружење. С обзиром да у том погледу кључну улогу има то у великој мери елиминисање страхова приватног партнера у вези са различитим ризицима, посебно политичким ризицима као што су експропријација или национализација.⁶⁸

Централна тачка пројекта је финансирање, и стоге је он главни проблем, посебно у земљама у развоју. Али с обзиром да приватни партнери имају ограничен финансијски капацитет носивости ризика, то ствара ризик и за јавног партнера. Међутим, у пракси се показало да се ризик често дифузно пребацује путем широког спектра организовања на подизвођаче. Сходно својој улози у партнерству, приватни партнер осим финансијског, преузима самостално или у највећој мери⁶⁹ генерално гледано и три битна ризика и то ризик изградње, ризик потражње и ризик расположивости.⁷⁰ Постоје и очекивања да се већина ризика пренесу од јавног на приватног партнера.⁷¹ Међутим, већина уговора о јавно-приватном партнерству имају клаузуле које штите приватне partnере, обезбеђујући начелну економску и финансијску равнотежу.⁷²

У погледу релокације ризика, у нашем праву су утврђени одређени принципи понашања у том погледу. Полазна позиција је да се ризици расподељују према способности управљања на ризик, односно утицаја на њих.⁷³ Концепт да се ризици додељују уговорној страни која је и најспособнија да

⁶⁶ Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. стр. 6.

⁶⁷ Engel, E., Fischer, R., Galetovic, A., op.cit. стр. 3.

⁶⁸ Zhang, X., Critical success factors for public-private partnerships in infrastructure development. *Journal of construction engineering and management*, (2005).m 131(1),str. 7.

⁶⁹ То је у неким правима и изричито предвиђено, као што је македонско право. Види чл. 5. Закон о концесијама и јавно-приватном партнерству из 2012 године.

⁷⁰ Ризик изградње к се односи на активности у вези са почетним стањем имовине која је предмет уговора. Ризик расположивости се односи на случајеве где се током управљања имовином позива приватни партнер на одговорност због пружања услуга испод задатог стандарда или услуге не поштују стандарде прецизиране уговором. Ризик потражње се односи на нестабилност потражње у односу на очекивану у тренутку потписивања уговора, независно од ангажовања приватног партнера, односно то је уобичајен ризик који сноси приватна страна у тржишној економији, односно ризик остваривања прихода од јавног корисника услуга. Њихово постојање је битно и са аспекта права ЕУ у погледу вођења биланса јавног сектора.

⁷¹ Demira, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. стр. 18.

⁷² Marques, R. C., Berg, S. V., op.cit. стр. 6.

⁷³ Чл. 7. ст. 6. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

ублажи ризик или да га поднесе са најмањом ценом, скоро да је опште прихваћен не само у теорији.⁷⁴ Алтернативно постоји могућност да се предвиди и избалансирана расподела ризика међу странама у партнерству, све у циљу оптималног управљања ризиком током његовог трајања. Јасно је да апсолутна доминација јавног сектора може поткопати предвиђене користи партнерства, и обрнуто, ако приватни интереси диктирају услове заједничког односа. Стога је постизање праве равнотеже интереса у овој области пожељан изазов.⁷⁵

Реченичка конструкција у нашем законодавству указује да су ове могућности истог ранга и да су уговорне стране слободне да их алтернативно примене, у складу са међусобним договором. То је и складу и са изричито утврђеним начелом за јавне уговоре, а то је начело аутономије воље, које обухвата слободу уговорних страна да у складу са овим законом, законом којим се уређују облигациони односи и другим прописима и добрим пословним обичајима, међусобна права и обавезе уреде по својој вољи. С друге стране, могућност балансиране расподеле ризик, је више у складу са начелом равноправности уговорних страна, који подразумева да се узајамни односи субјеката у јавном уговору заснивају на њиховој једнакости и равноправности њихових воља.⁷⁶

Наш законодавац покушава да сложеном конструкцијом која следи иза навођења ових принципа инструкује уговорне стране да тај избор чине уз коришћење управљачких, техничких, финансијских и иновативних способности приватног партнера, као и унапређењем размене вештина и знања између јавног и приватног партнера, а нарочито преузимање ризика тражње или ризика расположивости објекта, услуге, инфраструктуре.⁷⁷ Инструкција би се могла схватити као покушај законодавца да утврди допуњујуће критеријуме за уговарање у овој области, али је јасно да ово пратеће елаборирање нема већи практичан значај, нити се њим умањују неодређености и нејасноће односних законских правила. Једино постоји могућност да се одредба која се односи на коришћење управљачких, техничких, финансијских и иновативних способности приватног партнера тумачи као интенција да се у потпуности искористи капацитет приватног партнера, што неминовно значи и преузимање већег дела ризика. Ипак, то никако значи да ће приватни партнер преузети све пројектне ризике или већину ризика.

У овој области, за нас је значајно питање колико се у напред датом оквиру може ојачати заштита јавних интереса, с обзиром на важење принципа аутономије воље и принципа равноправности уговорних страна, чије

⁷⁴ Слична формулација се користи и у македонском праву. Чл 5. Закона о концесијама и јавно-приватном партнерству из 2012 године.

⁷⁵ Brinkerhoff, D. W., Brinkerhoff, J. M., op.cit. стр. стр. 12.

⁷⁶ Чл. 6. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

⁷⁷ Чл. 7. ст 6. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

важење је изричито утврђено односним законодавством. Како видимо, у погледу ризика, наше законодавство фактички оставља уговорним странама да то питање самостално регулишу. За јавног партнера је стога са аспекта заштите јавних интереса, врло важно да унапред рационално процене све потенцијалне ризике током цијелог трајања пројекта и да посебну пажњу посвети процесу преговарања о садржини јавних уговора како би се осигурала одговарајућа расподела ризика између њих.

Међутим, конкретна расподела ризика одређује се засебно за сваки пројект према могућностима појединих страна да процене, управљају и одговоре на поједине ризике. Због тога оба партнера морају радити заједно, јер мора постојати сагласност обе стране.⁷⁸ Одлука о практичној расподели ризика у једном уговорном аранжману је врло комплексна.⁷⁹ Због тога, у примени начелно датих критеријума, може доћи до различитих, па и противречних резултата у контексту доделе ризика. Понекад, партнер на кога је ризик пренет, можда неће то моћи остварити на најефикаснији начин и на најнижем нивоу трошкова⁸⁰ што може увећати и усложити ризике и појачати несигурност свих учесника.⁸¹ У пракси се показало се да велика очекивања о формирању ЈПП неретко резултирали неадекватним начинима интеракције између јавног и приватног партнера,⁸² где се ризици алоцирају неадекватно, нити се осигурава ефикасно праћење.⁸³ Стега је активно деловање у погледу уговарања врло важно, са циљем да се проблеми избегну унапред уместо да се накнадно суочавамо са њима.

Неке студије показују да у пракси, иако алокација ризика није увек очигледна, ипак се уочава тенденције да ризике на макро нивоу, као што су политички, правни, социјални и економски и други ризици који су „егзогеног“ порекла сноси јавни партнер. С друге стране, грађевински, оперативни и индустријски акциони ризици додељују се приватном партнеру.⁸⁴

Истовремено се уочава да у погледу структуре расподеле не постоји уравнотеженост. Једна анализа показује да од тридесет седам могућих ризика, само један од њих (ризик експропријација и национализација) додељена је искључиво јавном сектору, док се других дванаест ризика углавном додељује јавном сектору, и то они који и повезани са владом, њеним службама

⁷⁸ То значи да у пракси неки ризици могу бити индивидуализовани, а други морају бити подељени. Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. стр. 5.

⁷⁹ У односу на економисте који то чине по основу трансакционих трошкова. Jin, X. H., Zhang, G., op.cit. стр. 592.

⁸⁰ Ke, Y., Wang, S., Chan, A. P., Lam, P. T., op.cit. стр. 484.

⁸¹ Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. стр. 4.

⁸² Hodge, G. A., Greve, C., Public–Private Partnerships, op.cit., стр. 34.

⁸³ Engel, E., Fischer, R., Galetovic, A., op.cit. стр. 1.

⁸⁴ Zhang, X., op.cit. стр. 4.

и њиховим радњама. С друге стране, четрнаест ризика су расподељени на обе стране. Приватни партнер је требао да преузме већину одговорности за преосталих десет ризика, при том ниједан ризик искључиво додељен приватном партнеру.⁸⁵

ЗАКЉУЧАК

Развијене земље су у протеклим деценијама значајно подигле учешће приватног сектора у развоју и финансирању јавне инфраструктуре и јавих услуга путем ЈПП. Поучени тим искуством и у складу са израженим потребама, јавно-приватно партнерство није само пожељан већ све више неопходан инструмент и за нашу земљу. При том је нарочито важно обезбедити адекватну заштиту јавних интереса, који се не свде на интересе јавног партнера.

Проблему заштите јавних интереса у нашем праву је посвећена, номинално гледано, значајна пажња. Она је манифестована с једне стране, подизањем тог питања на ниво принципа, с друге стране, креирањем мноштва посебних инструмената у различитим фазама настанка, уговарања и реализације партнерства. Ипак, фактички ниво заштите зависи од примене тих правила у пракси. С друге страна, она је једним делом плод поступања јавног партнера у фази креирања уговорних клаузула. Наиме, остваривање заштите јавних интереса, због примене принципа аутономије у овој области, у одређеној мери је дато у руке самом јавном партнеру. На тај начин она је зависна и од његовог приступа и припремљености.

⁸⁵ Ке, Y., Wang, S., Chan, A. P., Lam, P. T., op.cit. стр.491.

*Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.rs*

Protection of Public Interests and Public-Private Partnership

Abstract: *The subject of the analysis in this paper is exercising of protection of public interests in public-private partnership. Considering legal structure of partnership and its objectives, this is an important issue with significant legal and practical repercussions. Within that framework, the status of public partnership in that relationship is analysed separately, as well as legal frameworks and possibilities of exercising and protection of public interests in both pre-contract stage and in the stage of contract drafting. The issue of risk allocation will be in a special focus. The analysis is primarily focused on our law, but it certainly includes the comparative observing of the same issues and their practical repercussions in some national laws and the EU law.*

Nominally speaking, a significant attention in our law is paid to the issue of protection of public interests. It is manifested, on the one hand, with arising of that issue to the level of principle, and, on the other hand, through creating of numerous special instruments in different stages of establishing, contracting and implementation of partnership. However, the actual level of protection depends on implementation of these rules in practice. On the other hand, it partly depends on actions of public partner in the stage of drafting of contract clauses. Namely, due to the principle of autonomy in this field, the exercising of protection of public interests has been entrusted to a certain extent into the hands of public partner itself. Hence, the protection also depends on its approach and preparedness.

Keywords: *public-private partnership, protection of public interests, law, contract, risk.*

Датум пријема рада: 14.11.2017.