

Проф. др Предраг Н. Цветковић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

**„КЉУЧ“ ЗА ЧИТАЊЕ И ИНТЕРПРЕТАЦИЈУ
ЗАКОНА О ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ И
КОНЦЕСИЈАМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.¹ * ****

Апстракт: Јавно-приватно партнерство предмет је непосредног и посредног регулисања више различитих закона. Непосредно, институт јавно-приватног партнерства предмет је регулисања: Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама (даље и: Закон о ЈПП), и Закона о јавним набавкама. Посредно, јавно-приватно партнерство предмет је регулисања системских закона чијим се нормама уређује економски систем Републике Србије. У том смислу, најзначајнији су: Закон о комуналним делатностима; Закон о јавној својини; Закон о страним улагањима; Закон о енергетици. Закон о ЈПП и концесијама је први закон који системски, као седес материје акт уређује област јавно-правних партнерстава. Њиме се дефинишу актери ЈПП пројеката (јавни и приватни партнер) и њихове улоге; врсте ЈПП пројеката (са и без елемената концесије, уз разлике у поступку избора приватног партнера); карактеристике и елементи јавног уговора као кључног правног инструмента за уређивање односа насталих реализацијом јавно-приватних партнерстава. Јавно-приватно партнерство представља вишедимензионални друштвени феномен, што се одражава и на интерпретирање правног оквира којим је регулисано. Наведени оквир се има, у већој мери него што је то случај у другим околностима, “читати” у ширем политичком, етичком и економском кључу, уз сагледавање јавно-приватног партнерства као новог облика управљања у контексту организације функционисања система пружања јавних услуга. Оправдање описаног холистичког приступа јесте чињеница

¹ * Припремљено у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору”, (179046), који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

** Припремљено у оквиру пројекта *Одрживост идентитета Срба и националних мањина у пограничним општинама источне и југоисточне Србије* (179013), који се изводи на Универзитету у Нишу – Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој РС.

да јавно-приватно партнерство уређује заштиту јавног интереса и остваривање јавног добра: тиме се регулаторни правни оквир за функционисање ЈПП-а сагледава кроз призму потребе заштите ових интереса које свака држава сматра интересима првог реда.

Кључне речи: Закон о ЈПП и концесијама Републике Србије; јавни интерес; јавне набавке.

1. Регулаторни оквир јавно-приватног партнерства у праву Републике Србије

Јавно-приватно партнерство (Енг. *Public-Private Partnership*; даље и: ЈПП) представља оквир за заједничку акцију јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим ентитетима) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре.

Јавно-приватно партнерство предмет је непосредног и посредног регулисања више различитих закона. *Непосредно*, институт јавно-приватног партнерства предмет је регулисања: Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама (даље и: Закон о ЈПП)², и Закона о јавним набавкама.³ *Посредно*, јавно-приватно партнерство предмет је регулисања системских закона чијим се нормама уређује економски систем Републике Србије. У том смислу,

2 Сл. гласник РС”, бр. 88/2011

3 Закон о јавним набавкама не помиње јавно-приватно партнерство као институт; закључак о ЈПП као непосредном предмету регулисања изведен је из чињенице да Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама упућује изричито на примену одредби Закона о јавним набавкама, чиме је овај закон постао индиректна садржина Закона о ЈПП. Предлог новог Закона о јавним набавкама је у тренутку писања овог рада у процедури усвајања

најзначајнији су: Закон о комуналним делатностима⁴; Закон о јавној својини;⁵ Закон о страним улагањима⁶; Закон о енергетици.⁷

Норме којима се непосредно уређује ЈПП представљају правила опште примене за све типове ЈПП-а, без обзира на правни модалитет или предмет партнерства (енергетика, инфраструктура, школе, болнице или слично). Законом о ЈПП право Републике Србије по први пут уводи експлицитни системски оквир за уређивање института јавно-приватног партнерства. Уз горе наведене законе, остају релевантни и прописи системског карактера (нпр. Закон о привредним друштвима, Закон о порезу на добит, радноправно законодавство, еколошко законодавство и тд).

1.1. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама

Закон о ЈПП и концесијама донет ради реализације следећих циљева:

- јачања финансијских капацитета расположивих за изградњу инфраструктуре;

- остваривања вишег квалитета јавних услуга;

- реализације транспарентности процедуре располагања и коришћења јавних ресурса;

- усклађености правног оквира ЈПП са прописима ЕУ и “добром праксом”.

Предмет регулисања Закона о ЈПП широко је дефинисан. Закон уређује услове и начин израде, предлагања и одобравања пројеката јавно-приватног партнерства; субјекте ЈПП, права и обавезе учесника ЈПП, правни основ (јавни уговор), поступак давања концесије, заштиту права учесника у поступку доделе јавних уговора, те сва друга питања која се могу јавити

4 Закон о комуналним делатностима („Службени гласник РС“, бр. 88/11) уређује опште услове и начин обављања комуналне делатности. Значај овог Закона за примену ЈПП концепта лежи у чињеници да се њиме ближе уређују комуналне делатности које, пракса тако показује, јесу важан предмет јавно-приватних партнерстава. У складу са тим, Закон о комуналним делатностима представља „готов пакет“ правила која у обзир узимају не само јавни, већ и приватни партнери.

5 Закон јавној својини Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 72/11) релативно је нов системски закон. Значај Закона о јавној својини је што опредељује области и објекте који спадају у власнички „домен“ јавно-правних тела, као потенцијалних партнера у ЈПП конструкцији.

6 Закон о страним улагањима Србије („Сл. лист СРЈ“ бр. 3/2002 и 5/2003) уређује страна улагања у предузећа и друге облике за обављање делатности ради стицања добити (у даљем тексту: предузећа) у Републици Србији. За ЈПП концепт Закон о страним улагањима од значаја је у контексту јавно-приватних партнерства са страним правним и физичким лицима. Закон о страним улагањима јавља се као кључни извор за тумачење права и обавеза страних правних субјеката који улажу капитал на територији Републике Србије. Једнако важи и у случају страних улагања у форми ЈПП.

7 Закон о енергетици Републике Србије («Сл. гласник РС», бр. 57/2011).

у поступку установљавања и реализације ЈПП. Важно је напоменути: Закон о ЈПП и концесијама основни је правни извор уређивања јавно-приватних партнерстава. Тумачење норми које се односе на ЈПП, а лоциране су у другим прописима и актима, мора без изузетка узети у обзир правила и начела садржана у Закону о ЈПП.

Предмет јавно-приватног партнерства у смислу Закона јесте дугорочна сарадња јавног и приватног сектора ради обезбеђења финансирања, изградње, реконструкције управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја и пружања услуга од јавног значаја, које може бити уговорно или институционално.

На овом месту ваља указати на следећу карактеристику потенцијалног предмета ЈПП: предмет јавно-приватног партнерства не може бити искључиво комерцијално коришћење добра у општој употреби. Елемент остваривања јавног интереса је, дакле, конститутивни за постојање ЈПП: без тог елемента, пројекат није јавно-приватно партнерство у смислу Закона о ЈПП. За реализацију таквог пројекта (комерцијалног, без реализације јавног интереса), јавно тело (влада, локална самоуправа и слично) може користити друге правне механизме (уговор о закупу нпр.). Поменути механизми, међутим, остају изван оквира примене Закона о ЈПП.⁸

8 Пример када нема основа за примену ЈПП јесте када јавно тело располаже (продаје или даје у закуп) земљиште за изградњу објекта или постројења за индустријску производњу. Реч је о располагању које има за циљ стављање у функцију одређеног економског ресурса (земљишта), с циљем његовог оптималног коришћења у економској активности. Јавни интерес се исцрпљује, односно започиње и завршава се обавезом инвеститора (купца или закупца) да земљиште користи за обављање привредне делатности, уз поштовање системских закона (пореско, радноправно, еколошко и друго законодавство). **Уколико се, међутим, земљиштем располаже за ограничени временски период (не дужи од педесет година, према Закону о ЈПП и концесијама), с циљем изградње одређеног објекта који служи задовољавању одређеног општег интереса (на пример, спортска хала, дом за старе, болница и тд), реч је о пројекту на који се примењују одредбе Закона о ЈПП.** Зашто? Јер се кроз његову реализацију и функционисање делом остварује и јавни интерес. При томе се не спори нити искључује постојање приватног интереса оличеног у интересу приватног актера за повраћајем уложених средстава и остваривања одређене маргине профита (јер без таквог интереса не би ни било ЈПП, већ би се радило о пројекту са карактером јавних радова, финансираним из буџета). Једино се полази од претпоставке да такав приватни интерес, када се остварује паралелно са одређеним јавним интересом (као што је то случај у наведеном примеру болнице, спортске хале или друге социјалне инфраструктуре) мора функционисати уз уважавање потребе остваривања таквог јавног интереса који је конститутивни елемент ЈПП, једнако као што је то и приватни интерес. Описани значај јавног интереса још је очигледнији у случају изградње путне и комуналне инфраструктуре-аутопутеви, водопривреда и тд. Уз горе наведено, важно је указати на следеће: одрицање државе од монопола у одређеној области (здравствена заштита, спортска инфраструктура, заштита старих) и омогућавање уплива приватног капитала нису циљеви сами по себи: такво одрицање државе има за циљ подизање квалитета и повећање обима услуга и делатности од општег интереса. Ова

Актери процеса јавно-приватног партнерства јесу на првом месту јавни и приватни партнер.

Јавни партнер (даље и: „јавно тело“) у смислу Закона јесте:

- државни орган;
- јавно предузеће;
- правно лице које испуњава један од алтернативно постављених критеријума:
 - више од половине чланова органа управљања даје јавно тело;
 - више од 50% гласова у управљачким органима имају представници јавног тела;
 - више од 50% финансирања иде на терет јавног тела.

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.

Групе привредних субјеката могу подносити понуде или наступати као учесници у поступку доделе ЈПП. Јавна тела не морају тражити од ових група лица да имају одређену правну форму (конзорцијум, пул) како би учествовала у поступку; такав услов је, међутим, могућ и дозвољен и јавна тела га могу поставити учесницима у процедури добијања пројекта ЈПП. **Описана факултативност и дискреција јавног тела у погледу форме, међутим, престаје у моменту када понуда неформално организоване група лица буде оцењена као најповољнија: од тог тренутка таква неформална група мора да иступа у одређеној правној форми.** Наведено решење доприноси правној и економској сигурности.

Један од модалитета спречавања сукоба интереса различитих нивоа јавноправних актера (локалних, покрајинских, републичких) јесте установљавање Комисије за јавно-приватно партнерство као стручног тела Владе Републике Србије. Комисију чини девет чланова, представника релевантних министарстава и тела. Представник министарства надлежног за послове економије и регионалног развоја уједно је и председник Комисије, а представник министарства надлежног за послове финансија је његов заменик. Комисија је профилисана као стручно (не политичко) тело. Након усвајања Закона о ЈПП и концесијама, усвојен је подзаконски акт (“Одлука о образовању Комисије за јавно-приватна партнерства), којом је предвиђено да је “за спровођење сваког пројекта јавно-приватног партнерства неопходно прибавити позитивно мишљење Комисије.” (став 5. Одлуке). Тиме је јасно опредељен „обавезујући“

претпоставка мора бити укључена у темеље правног оквира ЈПП, а приватни партнер има се понашати у складу са њом: критеријум нивоа остваривања описаног циља, меродаван је и за просуђивање о оправданости конкретног ЈПП пројекта.

карактер наведеног мишљења: изостанак позитивног или давање негативног мишљења Комисије значи да пројекат ЈПП без елемената концесије није одобрен.

1.2. Врсте јавно-приватног партнерства према Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама

Закон о ЈПП и концесијама разликује уговорно и институционално ЈПП (у овом другом случају говори се о “корпоратизацији” јавно-приватног партнерства).

1.2.1. Основни облик уговорног ЈПП јесте концесија. Предмет концесије је комерцијално коришћење природног богатства, односно добра у општој употреби или обављања делатности од општег интереса. Концесију даје јавно тело, уз обавезу приватног партнера да плаћа концесиону накнаду.

Предмет концесије Закон о ЈПП дефинише “отвореном листом”; наведена листа даје само примере предмета ЈПП са елементима концесије, не искључујући могућност да концесија има за предмет другу врсту услуга или делатности, које нису присутне на листи дефинисаној у Закону о ЈПП. Да би одређена делатност била предмет ЈПП са елементима концесије, довољно је да се ради о активности комерцијалног коришћења природног богатства, односно добра у општој употреби која су у јавној својини, или обављању делатности од општег интереса.⁹

Основна карактеристика концесије је постојање широко дефинисане обавезе приватног партнера. Наиме, приватни партнер преузима ризик финансирања (најчешће узимањем кредитног капитала), пројектовања, градње, искоришћавања и наплаћивања услуге од крајњих корисника. Ризик јавног партнера ограничен је на избор приватног партнера. Приватни партнер, са друге стране, сноси све друге ризике реализације ЈПП са елементима концесије. Описана расподела ризика на први поглед повољна је за јавног партнера, с обзиром да су готово сви оперативни ризици на страни приватног актера. Међутим, ваља упозорити да остаје сталан и реалан ризик да ће концесионар, у одсуству изричитих ограничења приликом обрачуна трошкова и тарифа за услугу или делатност, бити вођен сопственом пословном и трговачком етиком, што у крајњем може произвести политичке консеквенце за јавно тело (превисоке тарифе, непостојање каскадног система тарифа-диференцираних

⁹ Концесија се може дати за: 1) за истраживање и експлоатацију минералних сировина и других геолошких ресурса; 2) за поједине делатности унутар заштићених подручја природе, као и за коришћење других заштићених природних богатстава; 3) у области енергетике; 4) за луке; 5) за јавне путеве; 6) за јавни превоз; 7) за аеродроме; 8) у области спорта и образовања; 9) на културним добрима; 10) за комуналне делатности; 11) у области железница; 12) за комерцијално коришћење жичара; 13) у области здравства; 14) у области туризма; 15) и другим областима. Видети: чл. 11. Закона о ЈПП и концесијама.

тарифа с обзиром на социјалну стратификацију). Када до реализације ризика дође, политички терет је по правилу неповратно пренет на јавно тело: наиме, приватни партнери готово без изузетка нису сензитивни за политичке тешкоће јавног тела као концедента.

Узимајући у обзир горе наведено, од кључног је значаја да се у фази преговора о концесији и утврђивања услова и очекиваних резултата ЈПП, јавно тело као концедент на одговарајући начин заштити од овакве реализације политичког ризика. **На овом месту, пак, ваља указати на постојање две ограничавајуће околности у погледу ефикасног дејства наведеног заштитног механизма јавног тела од описаног ризика “политичке” одговорности (одговорности за превисоку цену услуга) приватног партнера-концесионара.**

Прва ограничавајућа околност огледа се у чињеници да приватни партнер неће увек прихватити могућност да у сопствене пословне пројекције укључи и потребу заштите политичких интереса јавног тела; такву одговорност приватни партнер може сматрати претешком и стога одустати од преговора о концесији. У крајњем, описана околност има за резултат изостанак реализације ЈПП пројекта.

Друга ограничавајућа околност лежи у политичком механизму демократских друштава: наиме, јавна тела користе велике пројекте (што ЈПП пројекти већином и јесу) за остваривање краткорочних политичких интереса, без узмања у обзир њихових дугорочних импликација. Суштински, циљ политичких структура које стоје иза јавног тела може бити везан за хоризонт од четири године, колико по правилу траје изборни период. Стога су те структуре спремне на компромисе који за резултат имају мањи ниво заштите интереса јавног тела као концедента, уз изостанак такве спремности за сагледавање дугорочних последица ЈПП у форми концесије (последица које могу да буду штетне за заједницу коју јавно тело представља-општина, град, покрајина, Република). Имајући горе наведено у виду, важно је да јавни партнер буде одговоран у сагледавању услова и резултата ЈПП у форми концесије, уз максимални ниво деполитизације и укључивање струке у читав процес.

Закон о ЈПП препознаје горе наведени ризик и институционализује експертско знање кроз увођење појма “саветника”. Саветник у смислу Закона јесте једно или више правних, односно физичких лица која поседују знања неопходна за припрему, уговарање и реализацију пројекта јавно-приватног партнерства. Поступак ангажовања саветника спроводи се у складу са правилима о спровођењу јавних набавки. Ваља нагласити да успешно „саветовање“ претпоставља већ формирану јасну визију, на страни јавног партнера, у погледу услова и очекивања ЈПП. Стога јавни партнер формира **пројектни тим** са циљем праћења реализације пројекта и са дужностима конкурсне комисије.

Закон о ЈПП разликује два типа јавно-приватног партнерства у форми концесије: концесију за јавне радове и концесију за услуге.

Концесија за јавне радове је по својој природи уговор о јавној набавци радова, с разликом што надокнада за радове (ономе ко радове врши, концесионару) нема монетарну форму (не плаћа се непосредно од стране наручиоца радова): наиме, код концесије за јавне радове надокнада концесионару има форму права на комерцијално коришћење објекта изграђеног јавним радовима. Пример концесије за јавну набавку радова је изградња аутопута или моста, уз надокнаду извођачу-концесионару дефинисану кроз његово право да сакупља путарину или мостарину током одређеног периода.

Концесија за услуге има природу уговора о јавној набавци услуга. Као и код концесије за јавну набавку радова, надокнада се састоји у праву пружаоца услуга-концесионара да наплати услугу од крајњих корисника. Пример ЈПП пројекта у форми концесије за услуге јесте изградња инфраструктуре градског трамвајског превоза, где концесионар наплаћује услуге од крајњих корисника и тиме остварује надокнаду за услуге; исто важи и за случај изградње социјалне или здравствене установе (школе, болнице, геронтолошки центри, чак и затвори).

1.2.2. Институционално ЈПП заснива се на односу јавног и приватног партнера правно установљеном кроз чланство у заједничком привредном друштву. Закон о ЈПП користи назив “друштво за посебне намене” (ен: “Special Purpose Vehicle”; даље и: ДПН).

Друштво за посебне намене као облик институционалног ЈПП (при чему је важно напоменути да ДПН може да се јави и код ЈПП са елементима концесије) формира се према Закону о привредним друштвима Републике Србије. У пракси, ДПН настаје на два начина:

- оснивањем нове компаније;
- стицањем својинског учешћа приватног партнера у постојећем јавном предузећу које је обављало делатност или пружало услуге од јавног интереса; за разлику од настанка ДПН оснивањем нове компаније (када у правном промету настаје ново правно лице), у случају учешћа приватног партнера у постојећем јавном предузећу долази само до промене власничке структуре.

Без обзира на начин настанка ДПН, оснивачка и управљачка права уређују се слободно између чланова ДПН у складу са законом којим се уређује положај привредних друштава. Поступак избора приватног партнера за било који од модалитета спроводи се према правилима поступка за доделу јавног уговора (исто важи и за надзор и регистрацију јавних уговора о институционалном ЈПП).¹⁰

¹⁰ Више о процедури доделе јавног уговора видети у члановима 20-45 Закона о ЈПП и концесијама.

1.3. Јавни уговор као правни инструмент реализације ЈПП

Јавни уговор је осовински појам правног регулисања како уговорног, тако и институционалног ЈПП-а. Закон предвиђа да се овај уговор закључује у писаној форми (без такве форме овај је уговор ништав и не производи правно дејство).

Уговорне стране код јавног уговора јесу јавно тело и приватни партнер. Предмет уговора су права и обавезе уговарача у вези и поводом реализације пројекта јавно-приватног партнерства. Сам уговор садржи 28 обавезних елемената (видети чл. 46 Закона о ЈПП). Између осталог, јавни уговор садржи све одредбе, услове и друге клаузуле које јавни партнер сматра корисним за испуњавање задатка приватног партнера и за однос приватног партнера са другим учесницима који играју значајну улогу у реализацији пројекта јавно-приватног партнерства. Према дикцији Закона о ЈПП и концесијама, јавни уговор мора садржати обавезне елементе, попут:

- карактера и обима радова и/или услуга
- расподеле ризика
- стандарда квалитета и/или услуга
- форме, карактеристике, својинских односа унутар ДПН;
- правног режима надокнаде за услуге и делатности од јавног интереса (начин обрачунавања, динамика етц);
- механизма заштите права јавног партнера (могућност уласка у однос са финансијерима приватног партнера, укључујући и пренос права на јавни уговор на треће лице);
- обезбеђење континуираног вршења радова или услуга
- сагласности владе у случају да јавни уговор ангажује одговорност Републике Србије или њеног буџета.

Јавни уговор закључује се на рок који не може бити краћи од пет, нити дужи од 50 година. Критеријум трајања уговора јесте време потребно за амортизацију улагања приватног партнера, те структура и обим ризика повезаних са комерцијалним коришћењем предмета уговора. Рок трајања уговора започиње даном потписивања, чиме се ризик почетка експлоатације и реализације ЈПП пројекта лоцира у целини на приватног партнера.¹¹

¹¹ Питање адекватне и избалансиране поделе ризика кључно је за успех конкретног ЈПП пројекта. Сам ризик дефинише се као „несигурност у односу на трошкове, губитак или штету“. Несигурност је „одвраћајући“ фактор за ЈПП пројекат (осим уколико се не ради о шпекулативном пројекту који није заснован на економским, већ на другим факторима попут постојања тајне/приватне информације која опредељује успех или неуспех пројекта, те друштвено непожељним стањима-корупција, монополи). Алокација ризика подразумева да ризици буду: идентификовани и анализирани; квантификованог утицаја; алоцирани/распоредени и елиминисани/смањени. Видети више у: Jeffrey, Delmon, „Private Sector

Услов правног дејства јавног уговора јесте постојање сагласности јавноправног тела, утврђеног одредбама Закона о ЈПП (чл. 26 и 29). Сагласност има карактер претходне сагласности, која се даје пре доношења одлуке о избору приватног партнера и закључења јавног уговора. Тела од којих се горе наведена сагласност тражи су:

Влада Републике Србије, уколико је јавни партнер, односно давалац концесије Република Србија, или уколико су јавна тела и предмет концесије у надлежности Републике Србије;

Влада аутономне покрајине, уколико је јавни партнер односно давалац концесије аутономна покрајина (када су јавна тела и предмет концесије у надлежности те аутономне покрајине);

скупштина јединице локалне самоуправе, уколико је јавни партнер, односно давалац концесије јединица локалне самоуправе (када су јавна тела и предмет концесије у надлежности те јединице локалне самоуправе).

Наведена сагласност мора да буде дата у року не дужем од 30 дана од дана достављања захтева за добијање сагласности. Важно је нагласити да према изричитој дикцији Закона, давање сагласности Владе на коначни нацрт јавног уговора у коме Република Србија није уговорна страна, не подразумева одговорност Републике Србије за спорове који настану из тог уговора између јавног и приватног партнера. Ако није другачије уговорено у писаном облику, јавно тело које је јавни партнер у јавном уговору увек је одговорно за реализацију пројекта ЈПП и за његове евентуалне последице (видети чл. 47. ст. 5. и 6. Закона о ЈПП). Дакле, могућност да Република Србија одговара за обавезе из ЈПП пројекта који реализује јавно тело које није републички орган или јавно предузеће републичког карактера (нпр, уколико пројекат реализује локална самоуправа) није апсолутно искључена: таква се одговорност може уговорити. Међутим, у одсуству изричитог обавезивања централне власти, локална самоуправа сноси искључиву одговорност према приватном партнеру из односа занованог на јавно-приватном партнерству. Из горе наведеног може се закључити да Закон о ЈПП поштрава одговорност јавних тела, а тиме и локалних самоуправа за обавезе према приватном партнеру, преузете реализацијом ЈПП пројекта: тиме се терет и ризици значајно лоцирају на јавном телу које је страна јавног уговора.¹²

Investment in Infrastructure“, Project Finance, PPP Projects and Risk, Second edition, Wolters Kluwer, 2009, стр. 155

¹² Закон о ЈПП оставља могућност да приватни партнер задржи право и на подуговарање, при чему остаје неограничено солидарно одговоран за извршење обавеза које су пренете подуговарачу. Могућност подуговарања приватног партнера постоји чак и уколико није задржано јавним уговором, под условом добијања сагласности која је по форми и суштини идентична горе описаној претходној сагласности на јавни уговор.

2. „Кључ“ за интерпретацију правног оквира за јавно-приватно партнерство

Јавно-приватно партнерство као друштвени феномен посматра се у различитим дискурсима.¹³ Ова карактеристика ЈПП-а, дефинисана као „вишедимензионалност“ има критичан значај за његово сагледавање кроз визуру регулаторног оквира. Наведени оквир се има, у већој мери него што је то случај у другим околностима, „читати“ у ширем политичком, етичком и економском кључу, уз сагледавање кроз визуру јавно-приватног партнерства као новог облика управљања у контексту организације функционисања система пружања јавних услуга. Оправдање описаног ширег, холистичког приступа јесте чињеница да јавно-приватно партнерство уређује заштиту јавног интереса и остваривање јавног добра: тиме се регулаторни правни оквир за функционисање ЈПП-а сагледава кроз призму потребе заштите ових интереса које свако друштво сматра интересима првог реда. Наведени „прворазредни“ значај захтева и одговарајући регулаторни приступ који ће горе наведену чињеницу уважити. Структурирање и тумачење правног оквира јавно-приватног партнерства узима у обзир одређене карактеристике карактеристике ЈПП-а као друштвеног и економског феномена. О овим карактеристикама биће речи у излагању које следи.

2. Карактеристике ЈПП концепта

2.1. Јавно-приватно партнерство израсло је на тензији и контроверзи базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Други је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Ова разлика кључна је тешкоћа у конструисању правног и економског оквира јавно-приватног партнерства. Њено превазилажење могуће је кроз поступак постепеног и детаљног усклађивања горе наведених интереса. При томе је основни циљ и јавноправних и приватноправних актера да „морални хазард“ који преузимају буде смањен (ако не и елиминисан) на најмању могућу меру. „Морални хазард“ на страни јавноправних субјеката огледа се у поверењу да ће актер из приватноправног сектора тежити остваривању јавног, а не искључиво приватноправног интереса. Приватноправни субјект, пак, делује у уверењу да ће бити третиран равноправно у партнерству усмереном ка остваривању јавног интереса (при чему ће његов приватни интерес бити уважаван у мери у којој служи остваривању, таквог, јавноправног интереса). Степен испуњења наведеног циља јесте и мера за

¹³ Видети: Aneta, Kartol-Enja, Sokol, Public „Private Partnership and Game Theordž“, чланак доступан на: http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/58911/2/Kargol_Sokol_2007_19ksz_93_101.pdf

квалификавање правног и економског оквира ЈПП-а као одговарајућег или нефункционалног.¹⁴

2.2. Јавно-приватно партнерство директна је последица економске потребе државе да, уместо прибављања кредитног капитала намењеног изградњи и развоју инфраструктуре и развоју одрживог система обављања делатности од јавног интереса, успоставе партнерски однос са приватним капиталом. Правна рефлексивна оваквог приступа је да бледе границе између јавноправног и приватноправног сектора. При томе, од кључног је значаја да јавни и приватни интерес, мада партнерски постављени, и даље остају у сталној конкуренцији која се реализује у правним оквирима ЈПП-а. **У граничним ситуацијама, међутим (када није могуће остварити истовремено оба интереса) јавноправни се интерес има сматрати интересом првог реда.** Услове и начин остваривања примата јавног интереса над приватним требало би брижљиво уредити, уз њихово рестриктивно тумачење; такво тумачење оправдано је чињеницом да се ради о изузетку од начелне равноправности јавног и приватног интереса у ППП конструкцији.¹⁵

2.3. Јавно-приватно партнерство оправдало је своје постојање када оба сектора (јавни и приватни) остваре циљ учешћа у ЈПП (енг. „win-win“ конструкција). Ови циљеви нису идентични. Циљ јавноправних субјеката је остваривање социјалног благостања и квалитета живота кроз побољшање нивоа и квалитета услуга од јавног интереса и изградње инфраструктуре. Циљ приватноправних учесника је економска корист од сопствене активности.

За конструкцију ППП значајно је разумети да корист јавноправних актера није мерљива као што је то случај са добитком од економске делатности. На политичком „тржишту“ (што јесте место где се остварује „циљ“

¹⁴ На овом месту вредно је напоменути да се јавно-приватно партнерство користи као појмовни инструмент у анализама хијерархије и модалитета прожимања различитих нивоа регулације међународних односа, укључујући и економске. Видети више у: *Ernst-Ulrich Petersmann, International Economic Law, 'Public Reason' and Multilevel Governance of Interdependent Public Goods, Journal of International Economic Law, Oxford University Press, 2011, doi:10.1093/jiel/jgr005*, стр. 1-54, на страни 48 *passim*; Tanja A. Börzel, Thomas Risse, Public-Private Partnerships: Effective and Legitimate Tools of International Governance, доступно на адреси: http://userpage.fu-berlin.de/~atasp/texte/021015_ppp_risse_boerzel.pdf.

¹⁵ Описана супермација јавног интереса над приватним назива се „хијерархијска константа“. Хијерархијска константа се огледа у следећем: критеријум за јавну, политички профилисану одговорност, јесте обезбеђење нивоа остваривања и заштите јавног интереса базираног на најбољој пракси (е. „best practice“). Одговорни јавноправни ентитети имају обавезу да установе стандарде за вршење јавних служби и заштите јавног интереса, без обзира на то да ли се овај интерес штити од стране приватног или јавног сектора. Дакле, хијерархијска константа увек прожима остваривање јавног интереса, без обзира да ли се он реализује кроз деловање јавног или приватног актера.

јавноправног актера) не делује егзактно дефинисан закон понуде и потражње. **Стога се остваривање циљева јавног сектора базира на активностима и радњама за које постоји претпоставка да ће обезбедити реалан напредак у обиму и квалитету остваривања јавног интереса.** Ове активности усмерене су ка:

- установљавању одговарајућег правног оквира;
- обезбеђењу од „самовоље“ приватног партнера;
- минимализовању ризика обављања делатности од општег интереса;
- остваривању социјалних циљева;
- транспарентности процеса настанка и реализације ППП концепта, уз контролне механизме државе и „трећег“ (невладиног) сектора.

2.4. Примењено као инструмент ефикасног деловања и иновативни модел управљања системима за пружање услуга у јавном сектору, јавно-приватно партнерство обезбеђује виши ниво остваривања тзв. јавног добра: приватни сектор доприноси смањењу трошкова остваривања јавног интереса путем примене знања и умења, те финансијске подршке и тржишне логике. Тиме се јавном сектору омогућава смањење пореског оптерећења (с обзиром да се финансијска конструкција обезбеђује средствима приватног сектора) и коришћење фискалног прихода за друге сврхе. Уплив приватног сектора у остваривање јавног интереса стимулише и стицање нових знања и креирање нових управљачких и експертских структура сачињених од актера који раније нису учествовали у јавним пословима. Јавно-приватно партнерство утиче и на тржиште јавне снаге: део корпуса јавних службеника прелази из јавног у приватни сектор. Тиме се ствара нова „технократска“ класа у најбољем смислу речи, која има искуства из „оба света“ и постаје кадровски потенцијал за спровођење идеје ефикасног управљања процесима који за циљ имају остваривање јавног интереса приватним капиталом.

Разумевање ЈПП концепта, у циљу адекватног регулаторног приступа, захтева сагледавање јавно-приватног партнерства кроз призму теорија управљања. Две од тих теорија имају примат у академским круговима који се баве теоријом ППП модела.¹⁶ Прва је теорија „социјалног конструктивизма“, према којој је „сусрет“ јавног и приватног сектора унутар ЈПП концепта заснован на заједничким идејама које деле (а не на финансијским и материјалним разлозима). Ниво релевантности ове теорије, чини се, виши је када је реч о јавноправном партнеру, код кога постоји свест (неретко базирана

¹⁶ Видети: Marco Schäferhoff, Sabine Campe, and Christopher Kaan, “Transnational Public-Private Partnerships in International Relations: Making Sense of Concepts, Research Frameworks, and Results” *International Studies Review* (2009) 11, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2486.2009.00869.x/pdf>, стр. 451–474.

на анализи политичке коњуктеуре) о потреби заштите одређеног јавног интереса, реализованог кроз обављање делатности којима се тај интерес остварује.

Друга школа мишљења којом се објашњава потреба сарадње у оквиру јавно-приватног партнерства је функционалистичка теорија. Наведена теорија полази од претпоставке да је ЈПП настао као резултат рационалне акције укључених субјеката, који имају за циљ да реше комплексне проблеме обезбеђивања јавног интереса: наиме, држава није у у могућности да ефикасно одговори на изазове које обезбеђење таквог интереса поставља. Стога се ЈПП користи као инструмент рационалних актера, чија се „рационалност” (када је реч о држави) огледа у препознавању ЈПП концепта као начина коришћења ресурса који им, у одсуству таквог инструмента не би били доступни (ресурса знања, капитала и технологија приватног сектора).

2.5. Суштинска карактеристика јавно-приватног партнерства је сарадња, а не конкуренција. Заједнички интерес и подела ризика релевантни су инструменти „дисциплине“ у извршавању узајамних обавеза. Уместо да јавни и приватни сектор раде на (ре)дефинисању граница које их раздвајају, они својом заједничком активношћу у оквиру ЈПП концепта доводе до резултата да та граница „бледи“. Овај процес карактерише међусобно усвајање методологије и начина мишљења јавног и приватног сектора. **Јавноправни субјекти требало би да усвоје предузетнички начин мишљења и понашања, а приватноправни сектор да уважава критеријуме јавне одговорности и обавезу чувања јавног интереса.** У таквој ситуацији изостаје борба за превласт једног или другог сектора. Уместо тога, тежи се стварању флексибилних управљачких структура и оцени успешности ЈПП кроз мерљив (економски, политички или социјални) резултат.

2.6. ЈПП има за резултат стварање новог економског и социјалног квалитета. *Социјални квалитет* одражава се у форми синергетске вредности. Ова вредност резултат је чињенице да су знања, надлежности и искуства јавноправних и приватноправних актера комплементарни. Приватноправне субјекте карактерише ефикасност и брзина одлучивања, финансијска компетентност и тржишна обавештеност. Са друге стране, предности јавно-правних актера ЈПП чине расположивост инструмената јавне администрације, политичка подршка спровођењу правних процедура неопходних за формулисање и усвајање релевантних одлука. Дакле, ЈПП установљава нови капацитет за остваривање јавних циљева на начин и обиму који превазилази оне који би се реализовали да ове циљеве остварује искључиво јавни сектор. Посматрано кроз економске параметре, корист од ЈПП огледа се кроз:

побољшање односа између цене и квалитета. Тако, у случају јавно-приватног партнерства у управљању земљиштем, резултат ЈПП је да

земљиште буде растерећено својинскоправних отворених питања, као и да буде инфраструктурно опремљено. Тиме се истовремено развија тржиште некретнина, уз расположивост квалитетног јавног земљишта приватним инвеститорима (чија делатност има позитивне ефекте и на структуру јавних прихода);

виши ниво транспарентности трошкова обављања делатности од јавног интереса (елиминише се појава да се виши ниво трошкова које генерише јавно предузеће утапа у тешко прегледне буџетске расходе, без одговорности за њихово проузроковање);

повећање **екстерне вредности пројекта**, манифестованој кроз користи од сарадње, те поделу добити и ризика учесника јавно-приватног партнерства. Наиме, јавноправни субјекти кроз реализацију ЈПП пројекта стичу увид у потребе и потенцијале приватног сектора; приватноправни сектор, пак, учествујући у јавноправним процедурама и поступцима, јача разумевање за одговорност и обавезе организација које врше јавне функције, са крајњим циљем ревизије сопствених пословних приступа у будућим пројектима, усмерених ка ефикаснијој сарадњи са јавноправним субјектима. Овоме би требало додати деполитизацију обављања делатности од јавног интереса.

2.7. Политичка сензитивност је одлика јавно-приватног партнерства која у значајној мери детерминише и његове правне карактеристике Наиме, располагање јавним ресурсом у корист приватноправног субјекта под контролом је политичке јавности. Наведена карактеристика посебно је изражена у државама у којима прелаз из државно контролисане у стабилну тржишну привреду није до краја окончан (државе у транзицији). **Стога јавно-приватно партнерство претпоставља стратешку политичку одлуку поузданог легитимитета: иза ове одлуке мора постојати друштвени консензус.** Овај консензус може бити општи (огледа се у усвајању системског законодавства, попут закона о ЈПП и концесијама Републике Србије) и посебни. Посебни консензус односи се на реализацију конкретног ЈПП пројекта и подразумева сагласност политичких фактора и одговарајућих социјалних група са спровођењем одређеног пројекта. Потреба описаног консензуса пластично се може приказати на примеру ЈПП пројекта који спроводи локална самоуправа. Као политички ентитет, локална самоуправа мора да оствари такав политички консензус увођењем већег броја субјеката у ЈПП структуру, укључујући органе и тела на нивоу Републике, локалну пословну заједницу и друге локалне самоуправе. Наиме, „**златно правило**“ ЈПП је да што је шири круг субјеката који имају непосредну користи од реализације пројекта јавно-приватног партнерства, то је политички притисак и ризик тог притиска мањи. На пример, уколико се ради о ЈПП изградње и обнове водоводне мреже, било би од користи да се у

анализу услова (а још и више тешкоћа) у реализацији таквог пројекта укључе грађани на чији положај и интересе пројекат утиче.¹⁷

Такође, уколико пројекат ЈПП ангажује потенцијално интересе локалне пословне заједнице, **било би корисно наћи начина да се (у оквирима могућег, и без угрожавања одрживости пројекта, а свакако уз сарадњу са приватним партнером), припадници наведене заједнице активно укључе у реализацију пројекта у питању.**

У ситуацији када се ЈПП остварује кроз реализацију институционалног јавно-приватног партнерства и креирања „друштва за посебне намене“ као оквира реализације ЈПП пројекта може се потенцијално отворити проблем са лицима запосленим у јавном предузећу које се „функционално приватизује“ и чије деловање се наставља кроз јавно-приватно партнерство.¹⁸ **Комуникација са синдикатима запослених у јавном сектору, њихово сагледавање у фази која претходи реализацији јавно-приватног партнерства – већ у фази преговора о ЈПП- може да елиминира потенцијалне тешкоће у каснијој фази реализације пројекта.**

Због чега је описани консензус неопходан? Одговор на ово питање лежи у чињеници да **јавно-приватно партнерство разара у корену концепт заснован на монопољу државе над обављањем делатности од јавног интереса.** Описани процес стога мора бити препознат као резултат јасне и неповратне одлуке да се јавни сектор отвори приватном капиталу, на начин који не угрожава остваривање и заштиту јавног интереса.

2.8. Јавно-приватно партнерство инструмент је промоције нове етике друштвених односа.¹⁹ Наиме, приватни сектор постепено остварује квалитативни скок и сопствени, по дефиницији профитно оријентисани приватни интерес сагледава кроз призму доприноса јавног добра. Тиме се суштнски мења и медјусобни однос јавног и приватног сектора: однос хијерархијске и командне регулативе (при чему је приватни сектор третиран као субјект другог реда, што је неретко разлог за реакцију приватног сектора манифестовану као неразумевање јавног интереса) мења се односом поверења и кооперације. **Јавно-приватно партнерство је и облик ревитализације управљачке етике државе и јавноправних тела:** држава постаје ближа тржишту, било као регулатор, било

¹⁷ Уз институционални (политички) оквир таквог укључивања, још је значајније да описано укључивање буде реализовано кроз ванинституционалну, неформалну комуникацију, путем директних разговора са грађанима, отварања интернет страница са могућношћу постављања питања и одговора, контакта са медијима те брзим, јасним и недвосмисленим одговорима на њихова питања у погледу одређених пројеката.

¹⁸ Више о друштву за посебне намене (ДПН) видети супра у тач. 1. 2. 2. овог рада.

¹⁹ Видети: Martha Minow, “Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion”, *članak dostupan na:* <http://www.jstor.org/stable/pdfplus/1342726.pdf>.

као предузетник. Службеници јавне власти морају да уђу у „предузетничко одело“ и решавају питања на начин како се она решавају на тржишту, а не у оквиру затвореног система управљања. Описана промена требало би да субјективни и а priori став о „предаторском“ карактеру приватног капитала у односу на јавни сектор замени претпоставком о легитимном интересу приватног сектора да учествује у обављању јавних послова, на корист свих учесника и целог друштва.

2.9. „Читање” и интерпретација оквира јавно-приватног партнерства у Републици Србији мора узети у обзир историјску, географску, економску, политичку и социјалну структуру у којој се ЈПП као модел односа јавног и приватног сектора реализује. У том смислу, правни оквир ЈПП у Републици Србији има карактеристике имаментне државама у транзицији. Детерминанте овог оквира су опште и посебне.

Опште карактеристике наведеног регулаторног оквира (карактеристике релевантне за државе засноване на владавини права и тржишно уређеним економијама) јесу:

-неспорна потреба јавног сектора за приватним капиталом, знањима, умењима и на принципима економске ефикасности заснованим деловањем приватног сектора;

-виши ниво утицаја конкретних околности држава (проста или сложена држава; традиција отворености јавног сектора за уплив приватног капитала²⁰);

20 Суштина наведеног критеријума је различит став који интервенционистичка и регулаторна држава имају према улози приватног капитала у јавном сектору. Наиме, у савременом свету напуштен је концепт интервенционистичке државе (доминантан до седамдесетих година прошлог века) заснован на технократској визији управљања јавним сектором. Уместо тога, прихваћен је концепт регулаторне државе која обезбеђује јавног интереса делом оставља тржишту. Улога државе ограничена је на дефинисање правила игре и структуре подршке приватним актерима да у свом деловању остварују социјално „пожељне“ резултате. Описани „уступак” резултат је приватизације јавног сектора која је условила дерегулацију и измену интервенционистичке парадигме: уместо ње прихваћен је концепт корективног деловања тржишта. Регулаторна држава обезбеђује уплив приватног сектора у управљање јавним пословима путем интеракције са јавним сектором у фази дефинисања политике у одређеној области, те њене имплементације. Тиме се унапред дефинисани циљеви регулисања имплементирају у процес дефинисања саме норме којом се то регулисање остварује (е. „inclusion of norm targets in the norm settings process“). У крајем ово води већем степену поштовања норми којима се штити јавни интерес: приватни партнер ће пре поштовати правило у чијем је креирању учествовао него *више верса*. Ипак, чини се да ЈПП у граничним ситуацијама (када је неопходно одредити се за јавни или приватни интерес) остаје у сенци хијерације: тада се држава враћа на образац хијерархијског поступања, задржавајући константно право (кроз тзв. „хијерархијску константу“; видети напомену supra 14) да примени интервенционистичку парадигму у случају угрожавања јавног интереса због неодговарајућег поступања приватног сектора.

-непостојање у садржинском и формалном смислу дефинитивно структурираног регионалног или мултилатералног правног оквира за јавно-приватна партнерства; правни оквир регионалних интеграција попут ЕУ недостатан је, док правни оквир мултилатералног карактера који би се могао генерисати у оквиру Светске трговинске организације за сада има форму плурилатералног споразума, уз напомену да се ради о споразуму који као *sedes materiae* има јавне набавке.²¹

Посебне карактеристике постојећег и будућег правног оквира јавно-приватних партнерстава држава у транзицији опредељене су њиховим наведеним „прелазним” (“транзиционим”) статусом. Реч је о следећим карактеристикама:

- потреба за приватним капиталом у области обављања делатности од јавног интереса већа је у поређењу са другим, “нетранзиционим” државама, имајући у виду стање инфраструктуре и система за пружање услуга од јавног интереса;

- недостатак одговарајућег институционалног оквира који је истовремено и механизам развијања одговарајуће „етике“ односа јавног и приватног сектора; описана етика требало би, као што је већ речено, да *a priori* став о „предаторском“ карактеру приватног капитала у односу на јавни сектор замени претпоставком о легитимном интересу приватног сектора да учествује у обављању јавних послова, уз резерву поштовања „хијерархијске константе“²² те начела транспарентности и јавне одговорности;

- а регулаторни оквир јавно-приватног партнерства у ЕУ одликује специфичност у смислу вишег нивоа утицаја конкретних околности држава чланица на садржину овог оквира. Последица описане ситуације јесте да државе у транзицији, пре свега оне које нису окончале поступак приступања Унији, немају до краја садржински и структурално дефинисан регулаторни модел за сопствена законодавства, као што је то случај у другим областима уређеним правом Европске уније.²³

21 Реч је о Општем споразуму о јавним набавкама (е. „General Agreement on Procurement“). Видети више у: Предраг Н. Цветковић, „Увод у право Светске трговинске организације“, Ниш, 434 стране, на страни 48-51.

22 О појму „хијерархијске константе“ видети више супра у напомени 14.

23 Више о правном оквиру јавно-приватног партнерства у ЕУ видети у: Предраг Цветковић, Тамара Миленковић-Керковић, „Правни режим јавно-приватног партнерства у праву ЕУ“ / Предраг Цветковић, Тамара Миленковић У: Правни живот : тематски број. Право и одговорност. - Београд : Удружење правника Србије, 2011. - Бр. 12, том 4 (2011), стр. 365-380.

Prof. Predrag Cvetković, LL.D,
Faculty of Law, University of Niš,

**„KEY” for reading and interpretation on Public Private
Partnership and Concessions Law of Republic of Serbia**

Summary

Public-private partnership is the object of the direct and indirect regulation of several different legal documents. The Law on Public-private partnership and concessions of Republic of Serbia (hereinafter: PPP law) and Law on Public procurement of Republic of Serbia regulate the PPP as the exclusive or one of the main elements of their regulatory scope. Indirectly, for the PPP implementation demands the application of the relevant norms of Republic of Serbia legal system; namely, the implementation of norms contained in the Law on Communal services, Public Property Law, Law on Foreign Investments and Energy Law. PPP law is the first one with sedes materiae relevance for the public-private partnership as the object of regulation. It defines: the actors of PPPs (public and private partners) and their roles; modalities of PPP projects (i.e. PPP with and without elements of concession and consequently the differences in the procedure of private partner selection); key features of public agreement as the key legal tool for implementation of PPP concept. Public-private partnership is manifold phenomenon. This characteristic has to be reflected in the process of interpretation of legal framework regulating PPP projects. The abovementioned framework has to be “read” (in the greater extent in comparison with the interpretation of other legal rules) in wider political, ethical and economic discourse. This “reading” should also comprise the view of PPP as a new form of public governance. The justification of holistic approach toward the interpretation of PPP concept lies in the fact that legal framework of public-private partnership governs the protection of the public interest and process of achieving the public good: the regulatory framework for the operation of PPP should be viewed through the glasses of need to protect those interests (the interests of first order in contemporary state).

Key words: *Republic of Serbia Law on Public-Private Partnership and Concessions; public interest; public procurement.*

