

РИЗИЦИ ЈАВНО ЈАВНО-ПРИВАТНИХ ПАРТНЕРСТАВА: ПОЛАЗНА РАЗМАТРАЊА* **

***Апстракт:** Питање адекватне и избалансиране поделе ризика кључно је за успех конкретног ЈПП пројекта. Приликом алокације ризика, начелно је правило да успех јавно-приватног партнерстава претпоставља да се ризик лоцира на актеру који има како интерес да отклони или смањи вероватноћу наступања ризика, односно елиминише његове последице, тако и ресурсе (технолошке, економске, експертске, политичке) да у најкраћем року и уз најмање могуће трошкове одговори на наступање или опасност наступања конкретног ризика. Алокација ризика мора поћи од претпоставке да ЈПП пројекат мора да задовољи интересе различитих учесника: јавног партнера који кроз позитивне резултате ЈПП пројекта остварује сопствени политички интерес, заснован на успеху обезбеђења услуга и делатности од јавног интереса на одговарајућем нивоу и у одговарајућем обиму, те приватног партнера који тежи повраћају уложеног и одређену маргину профита. Укључивање ширег круга учесника у ЈПП пројекту и виши ниво диверзификације права, обавеза и одговорности имају двоструко позитивно дејство на алокацију ризика. Механизам расподеле ризика у ЈПП пројекту детерминисан је улогама у којима се јављају јавни партнер (јавни партнер; „искључиви“ купац) и приватни партнер (модалитет „спонзора“, „финансијера“, грађевинског контрактора, управљача).*

***Кључне речи:** јавно-приватно партнерство; инфраструктура; делатности од општег интереса; јавна управа.*

* 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.

1. Опште напомене о ризицима

Јавно-приватно партнерство (е. *Public-Private Partnership*; н. *Öffentlich-Private Partnerschaft-ÖPP*; даље и: ЈПП) представља оквир за заједничку акцију јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманацијама) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре. Питање адекватне и избалансиране поделе ризика кључно је за успех конкретног ЈПП пројекта.² 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 етц.).

Алокација ризика подразумева да ризици буду:

- идентификовани и анализирани;
- квантификованог утицаја;
- алоцирани/распоређени и елиминисани/смањени,

2 Тензију и контроверзу јавно-приватног партнерства генерише супротност базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Потоњи је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Ова разлика која се, *prima facie*, чини фундаменталном, кључна је тешкоћа у конструисању правног 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 на најмању могућу меру (ако не и елиминисан). „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 квалификовање правног оквира ЈПП-а као одговарајућег или нефункционалног. Јавно-приватно партнерство предмет 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; Сл. гласник РС”, бр. 88/2011), 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 („Службени гласник РС“, бр. 88/11); Закон о јавној својини („Службени гласник РС“, бр. 72/11) и Закон о страним улагањима („Сл. лист СРЈ“ бр. 3/2002 и 5/2003). Више о појму и карактеристикама ЈПП концепта видети у: Предраг Н. Цветковић, Тамара Миленковић-Керковић. Јавно-приватно партнерство : полазна разматрања, Право и привреда. - Београд : Удружење правника у привреди Србије, 2011. - Бр. 4-6 (2011), стр. 758-770.

Горе наведене активности имају за циљ да нити један ризик индивидуално нити сви они заједно не угрозе развој, градњу и управљање пројектом на начин који спречава да ЈПП пројекат генерише:

- добит за отплату кредита;
- надокнаду трошкова управљања, и
- исплату дивиденди постојећим, односно привлачење (извесном перспективом будућих дивиденди) потенцијалних инвеститора.

Приликом алокације ризика, начелно је правило да успех ЈПП пројекта претпоставља да се ризик лоцира на актеру који има:

- интерес да отклони или смањи вероватноћу наступања ризика, односно елиминише његове последице;
- ресурсе (технолошке, економске, експертске, политичке) да у најкраћем року и уз најмање могуће трошкове одговори на наступање или опасност наступања конкретног ризика.

Пракса показује да, мимо академских и теоретских разматрања, алокација ризика зависи од преговарачке снаге и економске позиције. Поступање које би, међутим, значило да економски или политички јача страна лоцира ризик из ЈПП пројекта на актеру који не испуњава горе наведене критеријуме распоређивања терета ризика, значило би његову неефикасну алокацију, што би у крајњем штетило читавом пројекту.³

Алокација ризика мора поћи од претпоставке да ЈПП пројекат мора да задовољи интересе различитих учесника и то:

- јавног партнера који кроз позитивне резултате ЈПП пројекта остварује сопствени политички интерес, заснован на успеху обезбеђења услуга и делатности од јавног интереса на одговарајућем нивоу и у одговарајућем обиму;
- приватног партнера који остварује повраћај уложеног и одређену маргину профита.

Приватни партнер има више модалитета деловања:

- модалитет „спонзора“ (развија пројекат, умрежава различите интересе, проналази финансијере, изузетно и финансира пројекат)
- модалитет „власника“ (е. „shareholder“) пројекта (при чему може доћи до преклапања функције спонзора и власника)
- модалитет „управљача“-, „оператера“ (субјекта који управља и одржава постројење или објекат који је предмет ЈПП; управљач је обично субјект различит од спонзора и власника);
- модалитет „грађевинског контрактора“ (е. „construction contractor“); учесник пројекта који има обавезу пројектовања, градње и предаје објекта;

³ Видети више у: Jeffrey, Delmon, „Private Sector Investment in Infrastructure“, Project Finance, PPP Projects and Risk, Second edition, Wolters Kluwer, 2009, стр. 155

- модалитет „кредитора“-, „финансијера“ (е. „lender“); реч је о телу које пружа финансијску подршку пројекту, најчешће у форми обезбеђења новчаних средстава.

Реализација ЈПП пројекта одвија се преко пројектне компаније (компаније које непосредно реализује ЈПП пројекат: то може бити друштво за посебне намене-ДПН, или јавно предузеће које је докапитализовано приватним капиталом)⁴.

Значајну улогу у реализацији ЈПП пројекта може имати „искључиви купац“ (е. „off take purchaser“); искључиви купац је јавно предузеће или јавно тело које се обавезује да купи утврђену количину или читав обим производа и услуга који потичу из ЈПП пројекта (пример су уговори о куповини струје где национална компанија купује струју произведену из постројења за производњу електричне енергије; куповина воде добијене из постројења за пречишћавање воде).⁵

Важно је нагласити: укључивање ширег круга учесника у ЈПП пројекту и остваривање вишег нивоа диверзификације права, обавеза и одговорности имају двоструко позитивно дејство на алокацију ризика из следећих разлога:

могуће је да се одговорност за одређене ризике лоцира на субјекту који је у има највише интереса и у најповољнијој је позицији да одређени ризик амортизује или га у потпуности елиминише;

посматрајући кроз визуру интереса јавног партнера, већи број субјеката даје више маневарског простора за јавног партнера да ризик расподели на начин којим од себе отклања последице наступања одређених ризика.

Са друге стране, горе наведене предности се, у присуству несналажења, површности, одсуства експертизе и превеликог утицаја субјективних (читај: политичких) интереса, могу претворити у озбиљан проблем у коме ЈПП постаје поље за одмеравање фактичке економске, политичке и социјалне снаге актера.

4 Назив „Друштво за посебне намене“ користи се и у тексту Закона о јавно-приватним партнерствима. „Друштво за посебне намене“ (ен: “Special Purpose Vehicle”; даље и: ДПН) 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.

5 У наставку ће ови називи бити коришћени стриктно; стога се читалац упућује да ове називе тумачи у складу са значењима која су овим називима дата у тексту који прати ову напомену.

У свему горе наведеном, важно је наћи баланс између флексибилности и правне сигурности.

2. Алокација ризика: улога финансијера

Циљ финансијера ЈПП пројекта је да ризици у што мањој мери буду лоцирани на пројектној компанији. Његов се интерес превасходно манифестује кроз захтев за повраћај датих средстава уз унапред утврђену стопу добити, која је дефинисана приликом структурирања финансијског аранжмана. Добит финансијера не зависи од добити ЈПП пројекта, нити квалитета услуга или делатности које се кроз ЈПП пројекат остварују. Наиме, таква корист (корист од добити која превазилази постојеће пројекције) не иде на корист финансијера, већ власника. Финансијер ће, стога, инситуирати да сви ризици који нису јасно алоцирани на одређеног субјекта (тзв. резидуални ризици) буду „отклоњени“ од пројектне компаније. Резидуални ризици се по правилу јављају код свих дугорочних и компликованих (по структури, актерима и обиму) инвестиционих подухвата, па и код ЈПП пројеката. Наиме, код ових пројеката није могуће у тренутку њиховог правно-формалног дефинисања одредити коначну и потпуну расподелу права, обавеза, одговорности и, у складу са тим, ризика. Ови нераспоређени ризици називају се резидуалним ризицима (преосталим ризицима), који се не могу лоцирати у моменту правног формализовања ЈПП пројекта. Стога се уговори о ЈПП називају некомплетним уговорима.⁶

ТАБЕЛА IX ПОДЕЛА РИЗИКА

	Политички ризици	Раст трошкова изградње	Еколошки ризици	Тржишни ризици	Ризици развоја ЈПП пројекта	Ризици управљања	Ризици учинка	Ризик окончања пројекта
Пројектна компанија	X	X	X	X	X	X	X	
Јавни партнер	X		X		X			

⁶ Видети више у: **Oliver Hart**, „*Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-private Partnership*“, *The Economic Journal*, 113 (March), C69-C76. Royal Economic Society 2003. Published by Blackwell Publishing.

	Политички ризици	Раст трошкова изградње	Еколошки ризици	Тржишни ризици	Ризици развоја ЈПП пројекта	Ризици управљања	Ризици учинка	Ризик окончања пројекта
Грађевински контрактор		X	X	X	X	X		X
Управљач (оператер)		X	X	X	X	X	X	
Искључиви купац				X			X	X
Снабдевач сировинама и другим инпутима			X	X		X	X	X

Табела IX даје предлог матрице ризика на основу критеријума поделе ризика према критеријуму интереса појединих субјеката да одређени интерес не наступи, односно критеријуму заснованом у одговору на питање: ко је у најповољнијој позицији одређени ризик елиминише или смањи. Описана матрица ризика требало би да се рефлектује и у одредбама споразума на коме се заснива ЈПП. Идеална ситуација била би када би сви учесници пројекта сносили све ризике. Ово је, међутим, само теоријска конструкција. Учесници пројекта вођени су сопственим интересима, базираним на субјективним проценама и разлозима. Највише што се може учинити је да такви субјективни интереси буду идентификовани у погледу вероватноће наступања и могућих последица, те да се на одговарајући начин распореде споразумом на коме се заснива ЈПП.

У креирању споразума о ЈПП⁷ баланс у алокацији ризика одржава се одговарајућом једнообразношћу формулација. На пример, у споразуму финансијера и пројектне компаније дефиниција више силе (или политичких ризика, на пример), требало би да буде јединствена са дефиницијом ових појмова у другим споразумима (рецимо, споразуму јавног тела и приватног партнера у функцији грађевинског контактора или управљача-оператера). Исто важи и за клаузулу о меродавном праву или решавању спорова.

⁷ Чест је случај да се ради о више различитих споразума који се међусобно прожимају и узајамно позивају на одређене одредбе; стога се назив „споразум о ЈПП“ користи као генерични назив за све споразума који чине ЈПП конструкцију.

Алокација појединих типова ризика

ЈПП пројекат трпи различите ризике. Многи од ових ризика не појављују се у чистом виду, већ између њих постоји повезаност и преклапање. Ризици се начелно деле на:

- ризик развоја пројекта;
- ризик комплетирања пројекта;
- ризик раста трошкова изградње и управљања пројектом;
- ризик неодговарајућег учинка пројекта;
- ризик управљања;
- политички ризици
- ризик поремећаја уговорне равнотеже

3.1. Ризик развоја ЈПП пројекта (е. „development risk“)

Развој ЈПП пројекта укључује следеће активности: припрему и прибављање документације неопходне за добијање финансијске подршке (укључујући и припрему тендера и понуде); преговоре о различитим пројектним аспектима пројекта и документима неопходним за његову реализацију; обезбеђење финансирања путем кредита или путем продаје власничког удела у ЈПП пројекту.

Ризици који се јављају у фази развоја пројекта могу да буду различити. У раној фази развоја пројекта, јавни партнер по правилу спроводи поступак јавних набавки. У припреми овог поступка дефинишу се параметри пројекта и тражи се партнер (спонзор, „власник“, финансијер) који ће подржати спровођење ЈПП. Поступак може бити различит (отворени или рестриктивни, према Закону о јавним набавкама на који упућује Закон о ЈПП). Већ у овој раној фази могући су неформални контакти са заинтересованим приватним партнерима. Такође, када је реч о великим пројектима (а ЈПП су углавном такви), приметно је да дипломатска представништва пажљиво прате информације о намерама локалних самоуправа да приступе реализацији ЈПП пројекта и испитују могућности да приватни партнери (као спонзори, финансијери, оператери, грађевински контрактори) из држава које представљају, учествују у остваривању таквих пројеката.

3.2. Ризик комплетирања/завршетка/окончања пројекта (е. „Completion risk“)

Ризик комплетирања пројекта јесте ризик да изградња објекта или постројења које би требало да реализује ЈПП пројекат не буде окончана. Овај ризик потенцијално је значајан јер је природа ЈПП пројекта да, уколико остане

незавршен, постаје готово безвредан⁸. Стога и јавно тело, једнако као и приватни партнер (у првом реду финансијер), имају очигледан интерес да се радови окончају у складу са пројектним спецификацијама. Када у пројекту учествује грађевински контрактор који није ни финансијер нити спонзор, овај ризик се уговором може пренети на њега. Тиме се јавни партнерослобађа ризика да објекат неће бити саграђен у одређеном року са одређеним техничким карактеристикама.

3.2.1. Ризик изградње као део ризика завршетка пројекта јесте ризик да објекат или постројење преко којих се реализује ЈПП пројекат неће бити изграђени у складу са споразумом о ЈПП. Захтеви које би овај објекат требало да испуни укључују услове који се односе на:

- безбедност објекта;
- функционалност објекта;⁹
- захтеве „искључивог“ купца (на пример, захтев јавног предузећа за производњу и трансфер електричне енергије којим се куповина струје условљава одређеним степеном квалитета градње и технологије приватних електрана);
- животни век и одржавање објекта или постројења, а које је захтевао јавни партнер

У ризике грађења убрајају се:

- ризик неадекватности пројекта на коме се заснива градња објекта или постројења;
- ризик неадекватности технологије која се користи за градњу, укључујући неодговарајућу опрему или коришћене материјале (на пример, коришћење азбеста за градњу или материјала који нису ватростални);
- неотпорност објекта или постројења на екстремне временске или друге услове (на пример, хладноћа, топлота, неподобност објекта за рад испод површине-у случају рударских јама и копова);
- еколошке ризике који се могу реализовати током грађења (не и еколошке ризике које ангажује окончано постројење преко којег се реализује ЈПП пројекат; видети табелу са матрицом ризика);
- немогућност ангажовања потребне и одговарајуће квалификоване радне снаге и материјала за градњу, укључујући ризик изостанка виза за радну снагу односно изостанак увозних дозвола за материјал који се има користити при грађењу;

⁸ ЈПП из области водоснабдевања је пример такве „инвестиционо специфичног“ пројекта (е. „ассет специфич инвестмент“). Видети више у напмени 16 supra.

⁹ На овом месту указује се на потребу разликовања ризика изградње од ризика учинка; видети горе табелу са матрицом поделе ризика и излагање о ризику учинка infra u

- непостојање или недостатност инфраструктуре или услуга неопходних за завршетак грађења (приступне саобраћајнице, доступност воде, струје, транспортних средстава за превоз радне снаге и материјала);
- ризик измене трошкова радне снаге и материјала;
- ризик више силе.

Ризик грађења као део ризика окончања пројекта биће лоциран на грађевинског контрактора, као субјекта који реализује изградњу објекта. Успешан трансфер ризика са јавног тела на грађевинског контрактора подразумева да су све обавезе потоњег јасно дефинисане (по обиму, структури, садржини и динамици) у његовом уговору са приватним партнером.

Поменути уговор контрактора и приватног партнера требало би да буде конзистентан са спецификацијама права и обавеза садржаним у другим уговорима који прате ЈПП пројекат, пре свега у уговору између јавног тела и приватног партнера; ово ће бити случај уколико **приватни партнер не гради самостално ЈПП објекат**. Тада приватни партнер закључује уговор са јавним партнером у коме преузима обавезу грађења; ту обавезу даље конкретизује кроз уговор са грађевинским контрактором као самосталним субјектом. У случају да је **приватни партнер истовремено и грађевински контрактор**, права и обавезе уговорних страна дефинишу се јединственим споразумом.

У сваком случају, уколико изостане потребан ниво јасноће у дефинисању права, обавеза и одговорности грађевинског контрактора као самосталног субјекта, или приватног партнера у делу у коме иступа у функцији грађевинског контрактора (уколико приватни партнер гради ЈПП објекат, што ће бити случај када су се својства приватног партнера и грађевинског контрактора стекла у истом субјекту), створиће се одређени резидуални ризици који остају нераспоређени.

3.2.2. Ризик примопредаје објекта или постројења, као елемент ризика окончања пројекта, јесте могућност да изграђени објекат:

- не прође тестирања опреме и функционалности;
- није подобан да се прикључи на екстерну инфраструктурну мрежу (водовод, струја)
- не функционише због инкопатибилности коришћене технологије и опреме.

Одговорност за примопредају је, као и у случају ризика грађења генерално, на грађевинском контрактору. Његову одговорност по правилу верификује управљач (оператер) или независни инжињер који би требало да буде присутан током примопредаје и тестирања постројења.

Искључиви купац такође има интереса да присуствује тестирању, с обзиром на његов интерес да објекат или постројење дају резултате које он узима као готове параметре у свом пословању (у овом делу ризик примопредаје се делом преклапа са ризиком учинка, што се може избећи детаљним дефинисањем

садржине теста постројења и јасним и изричитим лоцирањем одговорности за примопредају, са једне, и учинак, са друге стране)¹⁰. Садржина, динамика и процедура тестова требало би да буду претходно дефинисани у пројектној документацији, како би ризик примопредаје у потпуности и без остатка био на грађевинском контрактору.

На овом месту ваља указати на важну последицу лоцирања ризика примопредаје на грађевинског контрактора. Суочен са преузимањем и теретом овог ризика, грађевински контрактор није спреман да користи нову или иновативну технологију у реализацији ЈПП пројекта. Наведена резервисаност грађевинског контрактора заснована је:

- на непоузданости података о учинцима и функционалности нових или иновативних технологија;
- неспремности финансијера/кредитора да финансијски подрже пројекте које прате ризици коришћења нове или нетестиране технологије.¹¹

Описана „конзервативност“, настала као последица лоцирања ризика примопредаје на грађевинског контрактора, превазилази се одговарајућим гаранцијама које снабдевачи опреме дају уз нову технологију. Наведене гаранције снабдевачи дају с циљем промовисања таквих технологија. Јавни партнер може условити да се у његовој реализацији користи најсавременија технологија. На први поглед реч је о смисленом захтеву. Ипак, узимајући у обзир горе наведено, препорука је да се приликом укључивања овог захтева од стране јавног тела сагледају околности конкретног ЈПП пројекта, како би се избегло да описани захтев има „одвраћајуће дејство“ на приватне partnere.

3.2.3. Ризик прекорачења рока изградње објекта или постројења као елемент ризика окончања пројекта потенцијално наноси штету пројектној компанији (јер не може да крене са радом услед чега не може да враћа кредите и генерише приход), **јавном партнеру** (јер је под политичким притиском успеха пројекта, нпр. због близине избора) и **искључивом купцу** (јер изостаје планирани производ или услуга из ЈПП пројекта). Једнако као и ризици грађења и примопредаје, и ризик прекорачења рока грађења је на грађевинском контрактору. Прекорачење рока активира пенале који се плаћају најчешће пројектној компанији, и који одражавају њене губитке због надокнаде коју плаћа искључивим купцима (јер не добијају производ који очекују), снабдевачима сировинама (које пројектна компанија не купује јер пројекат није у функцији, па снабдевач сировинама трпи штету), те обавезе сервисирања кредита из сопствених извора (а не из генерисаног прихода).

¹⁰ Више о ризику учинка видети *infra*

¹¹ Видети излагање *infra* о ризику технолошког учинка као делу ризика учинка.

3.3. Ризик раста трошкова изградње и управљања пројектом (е. “Cost Increase Risk”)

Ризик да ће прогнозирана сума трошкова градње и управљања пројектом бити, из неког разлога, премашена јесте ризик који мора да буде алоциран. **За финансијера-кредитора, отклањање овог ризика од пројектне компаније (и пребацавање у поље одговорности неког од осталих актера ЈПП пројекта) кључно је:** наиме, циљ финансијера је да одржи непромењеним однос суме коју је дао као подршку пројекту и очекиваног прихода од ЈПП пројекта (е. „project cover ratio“).

Финансијер ће одобрити кредит и финансирање само уколико је пројекат финансијски одржив. Параметри на којима је засновано одобрење финансирања могу се променити на штету одрживости пројекта (реализује се ризик повећања трошкова). Ова промена може наступити у два периода:

- између момента када је утврђена цена грађења и тренутка када је финансијска конструкција затворена (финансијер је као релевантну узимао претходну цену грађења за процену одрживости пројекта; наведена цена грађења променила се у периоду од утврђивања па до дефинисања услова финансирања);
- између момента закључења финансијске конструкције и касније, током изградње пројекта (повећање трошкова градње) или његовог функционисања (повећање трошкова управљања).

У оба случаја финансијер тежи да ризик промене цене лоцира на јавног партнера (даље од пројектне компаније), док јавни партнер тежи да ризик промене цене пренесе на пројектну компанију или грађевинског контрактора. У крајњем, локална самоуправа као јавни партнер требало би да у преговорима са приватним партнером (спонзором, грађевинским контрактором, власником) покуша да овај ризик, барем делимично, отклони из корпуса сопствене одговорности

3.3.1. Ризик повећања пореза условљен је чињеницом да је спровођење пореске политике у надлежности државе. У случају да се ради о ЈПП пројекту код кога је јавни партнер држава као суверен (централна власт, нпр. органи, тела и институције републичког нивоа), постоји оправдање да приватни партнер овај ризик лоцира било на јавно тело које је одобрило ЈПП пројекат, било на искључивог купца (уколико је искључиви купац јавно предузеће у државној својини, попут предузећа за производњу и дистрибуцију електричне енергије).

Ситуација је, пак, различита када је реч о локалној самоуправи као јавном партнеру. Тада се отвара питање да ли је оправдано да она сноси терет наступања овог ризика: чињеница да иступа као јавни партнер не може да заобиђе околност да она није та која прописује и наплаћује фискалне надокнаде (то по правилу јесте надлежност републичких органа). Међутим, и поред чињенице да јавни партнер јесте правно и политички одвојен од фискалног

суверена, пракса је да он сноси овај ризик (чак и када је јавни партнер локална самоуправа). Сматра се да је и такав јавни партнер у бољој позицији да управља овим ризиком, уз додатно оправдање да се он (локална самоуправа) финансира из пореских средстава која се наплаћују, између осталог, и од ЈПП пројекта.

Алокација ризика повећања фискалних намета на јавног партнера свој разлог налази и у чињеници да се тиме подстиче централна власт државе у којој се реализује ЈПП пројекат да не повећава постојеће или намеће додатне фискалне захтеве у односу на такав пројекат. Без обзира на горе речено, локална самоуправа као јавни партнер има легитимно право на покушај да овај ризик лоцира на пројектну компанију: мера успеха у овом покушају зависи од околности конкретнoг случаја, а пре свега од преговарачке снаге укључених актера.

3.3.2. Ризик раста цена „улазних трошкова“ (сировина, трошкова горива и тд; е. „input price increase“) озбиљно може да угрози одрживост пројекта (да повећа трошкове управљања, а смањи приходе од ЈПП пројекта које остварује пројектна компанија, па тиме и повраћај средстава финансијерима, односно дивиденди власницима). Овај ризик нарочито је изражен када се ЈПП пројекат реализује у окружењу које нема развијено и флексибилно тржиште сировинама и других улазних добра неопходних за функционисање пројекта (е. „inputs“). Како би отклонили овај ризик од пројектне компаније, финансијери условљавају подршку закључивањем уговора о снабдевању сировинама (е. „input supply agreement“; на пример, снабдевање енергентима; снабдевање одређеном количином отпада у случају постројења за прераду отпада). Цена сировине (или других материјала) по правилу је фиксирана, уз:

индексацију-везаност за раст цена изабраних производа, и
могућност измене цене уколико се пређе одређени праг раста (нпр. 5%; до тог износа важи фиксирана цена, а након тога се цена коригује).

Ризик повећања „улазних трошкова“ по правилу је на пројектној компанији (или управљачу, уколико је управљање ЈПП пројектом поверено посебном субјекту). Ипак, ваља напоменути да механизам садржан у уговору о снабдевању сировинама није универзално применљив: на пример, када се ради о енергентима, овај је споразум подобан када се ради о снабдевању угљем (код кога су флукуације цена минималне), али не и за снабдевање нафтом (чија цена варира у оба смера). При томе, ваља напоменути да се уговори о снабдевању сировинама по правилу закључују са државним компанијама које имају монопол на испоруку: у случају престанка тог монопола, сасвим је могуће да тржиште отвори простор за прибављање сировина по цени нижој од оне која се плаћа искључивом снабдевачу који је истовремено државна компанија. У таквом развоју, уговор о снабдевању сировинама спречава пројектну компанију (или управљача) да економски рационално закључује уговоре о снабдевању

сировинама по цени нижој него што је она коју плаћа државном монополском предузећу као искључивом снабдевачу.

3.3.3. Ризик раста трошкова градње у ужем смислу постоји, без изузетка, код свих дугорочних пројеката, у које спадају и пројекти из области јавно-приватних партнерстава. Пројекти са наведеном карактеристиком по правилу трпе ризик да трошкови радне снаге и материјала буду измењени на начин који ремети установљену финансијску равнотежу, некада и до мере која угрожава саму изградњу пројекта. Пројектна компанија и финансијери теже да ризик за повећање трошкова остане на грађевинском контрактору (уколико постоји могућност измене цене, она је по правилу екстремно лимитирана по условима и износу). У одређеним случајевима, део ризика може бити лоциран и на друге субјекте: тако, уколико се објекат гради узимајући у обзир, између осталог, захтеве искључивог купца (на пример, купца електричне енергије који захтева да објекат уважава техничке спецификације неопходне за реализацију испоруке произведене струје), део ризика раста трошкова градње сноси такав купац (ради се о трошковима насталим због радова који се предузимају по захтеву искључивог купца).

3.3.4. Ризик раста трошкова управљања (е. „Operation Cost Increase“) настаје у ситуацији када ЈПП пројектом управља посебан правни субјекат (управљач), коме пројектна компанија обезбеђује надокнаду за његов рад. Пројектна компанија тежи да плаћање управљачу веже за резултате његовог рада. У исто време, управљач тежи да сопствене ризике смањи тиме што ће искључити своју одговорност за лошије резултате вођења ЈПП пројекта, а који су засновани на грешкама у грађењу, тржишним променама или другим ризицима на које није могао утицати (резидуални или нелоцирани ризици остају, дакле, препостављено на пројектној компанији).

Управљач је често спреман да свој ризик контролише тиме што уговара фиксно плаћање (без утицаја његовог управљања на учинак пројекта), уз дефинисање трошкова управљања (мимо његове зараде), а које надокнађује пројектна компанија.

У случају да је за повећање трошкова управљања одговоран неки од осталих актера ЈПП пројекта (нпр. искључиви купац који није обезбедио одговарајућу инфраструктуру за испоруку производа; грађевински контрактор који је одговоран за поправку недостатака који су се јавили у току гаранције за изграђени објекат), такав актер сносиће повећање наведених трошкова. Резидуални трошкови управљања (трошкови који нису лоцирани на конкретном учеснику ЈПП пројекта, управљача, искључивог купца, грађевинског контрактора), остају на пројектној компанији.

3.3.5. Ризик пада цене производа или услуге ЈПП пројекта (е. „Decrease of the Offtake price“) основ има у чињеници да приход ЈПП пројекта зависи од обима испоруке производа или услуга на тржишту и цене за те производе и услуге.

Као и у свакој економској делатности, и код ЈПП пројеката постоји тржишни ризик пада цене производа или услуге који потичу из ЈПП пројекта, с последицом пада прихода. Финансијер пројекта тежи да овај тржишни ризик буде предвидљив, разуман и управљив у моменту закључивања финансијске конструкције. У крајњем, финансијер ће инсистирати да ризик пада цена производа и услуга из ЈПП пројекта (једнако као и други ризици) буде пренет са пројектне компаније на друге субјекте. Један од устаљених начина амортизације описаног ризика је уговор о искључивој куповини (е. „offtake purchase agreement“). Реч је о споразуму којим се искључиви купац обавезује да купи део или све производе и услуге који потичу од пројекта (код продаје електричне енергије из електричних централа; продаја воде добијена пречишћавањем). Овим уговором пројектна компанија обезбеђује сигуран приход од ЈПП пројекта. Уговори о искључивој куповини нису погодни за сваки тип ЈПП пројекта. На пример, уколико је искључиви купац истовремено и јавни партнер (на пример, локална самоуправа плаћа за воду која је добијена из постројења за прераду и пречишћавање отпадних вода), куповина по фиксној цени може узроковати политичке притиске. Ови ће притисци бити тим снажнији уколико се ради о производима код којих:

- постоји „вибрантно“ тржиште (тржиште на коме се производи ЈПП пројекта могу прибавити по цени нижој него што је то утврђено уговором о искључивој куповини), или
- је цена таквих производа из ЈПП пројекта превисока узимајући у обзир економску ситуацију лица којима је тај производ намењен (при чему се ради о социјално неопходном производу).

У описаним ситуацијама, дакле, ризик раста цена производа или услуге ЈПП лоциран је на јавном партнеру, што даље активира политичке пресије на читав пројекат.

3.4. Ризик неодговарајућег учинка ЈПП пројекта (е. „performance risk“)

Успех пројекта јавно-приватног партнерства примарно зависи од његовог учинка. Од квалитета тог учинка зависи да ли ће бити довољно прихода за отплату кредита финансијеру, исплату дивиденди власницима и плаћање надокнаде грађевинском контрактору и управљачу. Услови учинка садржани су у споразуму јавног партнера са осталим актерима пројекта.

Ниво ризика због неодговарајућег учинка ЈПП предузећа зависи од предмета и циља конкретног ЈПП пројекта. Тако, уколико је предмет ЈПП пројекта изградња аутопута, ризик учинка везан је за ограничене захтеве отпорности на временске непогоде, одговарајуће осветљење, задовољавајући ниво дренаже и тд. У случају када је реч о пројекту са вишим нивоом претходних захтева (на пример, складиштење и прерада отпада), ризик учинка зависи од сложенијих услова, попут коришћене технологије, еколошких захтева, тржишних ризика и тд).

Ризик учинка у првом реду сноси пројектна компанија (односно управљач, уколико је реч о посебном правном субјекту, различитом од пројектне компаније).

Уколико су у изградњи пројекта уважени услови „искључивог купца“ (ваља поново указати на пример јавног предузећа за производњу и трансфер електричне енергије, које куповину струје од приватних партнера условљава захтевом одређеног квалитета градње и технологије приватних електрана), учинак пројекта зависи и од тако дефинисаних услова: самим тим, уколико је учинак пројекта мањи због испуњења наведених услова искључивог купца, он такође сноси ризик за неодговарајући учинак ЈПП пројекта.

Део ризика може сносити и **грађевински контрактор**, уколико је неодговарајући учинак последица пропуста у грађењу (ризик се на грађевинског контрактора у овом случају лоцира путем његове обавезе да гарантује за квалитет грађења).

3.4.1. Ризик технолошког учинка као елемент ризика учинка у ширем смислу, заснован је на околности да су ЈПП пројекти по правилу технолошки захтевни. Стога се у реализацији ЈПП пројекта јавља ризик да технологија која се користи не остварује очекивани (и од стране ЈПП актера, пре свега финансијера, калкулисани) учинак. Део описаног ризика (у делу у коме учинак технологије зависи од грађевинских перформанси), сноси и грађевински контрактор.¹²

Ризик технолошког учинка у крајњем и у највећем делу остаје на пројектној компанији, односно на финансијеру (чији је кључни интерес да пројектна компанија генерише профит за повраћај финансијских средстава датих за пројекат). **Изузетно, финансијер (уз резерву да не подржава или ограничено подржава нове или иновативне технологије у реализацији ЈПП пројектата), начелно ће бити спреман да делом сноси ризик технолошког учинка уколико је коришћена технологија:**

¹² Управо због утицаја захтева технолошког учинка као елемента ризика учинка пројекта, нове и иновативне технологије ретко се користе у ЈПП пројектима. Видети више у: Richard Tinsley, *Advanced Project Financing: Structuring Risks*, 1st Edition, Euromoney Training, 2000, стр. 294, на стр. 5.

- у пракси доказана;
- **са потенцијалом да остане конкурентна у области којој припада ЈПП пројекат (да се не ради о технологији која је на горњој граници технолошког века);** наиме, финансијер неће сносити део ризика технолошког учинка уколико постоји могућност да коришћена технологија током (по правилу дугорочног) рока експлоатације ЈПП пројекта постане превазиђена. У описаној ситуацији, производ ЈПП пројекта у моменту „истека технолошког века“ постаје неконкурентан на тржишту, јер га ценом потискују јефтинији производи идентичних карактеристика (на пример, уколико је у области прераде електронског отпада дошло до развоја технологије на начин који смањује цену по јединици производа, ЈПП пројекат прераде електронског отпада постаје нерентабилан)¹³. Тада финансијер остаје под ризиком да у преосталом року експлоатације ЈПП пројекта (року након истека технолошког века коришћене технологије) пројектна компанија не остварује добит или чак генерише губитак. У таквом случају, финансијер остаје без повраћаја датих средстава. Стога је неопходно да коришћена технологија буде конкурентна, а захтевано време трајања ове конкурентности финансијер везује се за рок отплате кредита: технологија би требало да буде конкурентна барем до истека овог рока.
- **подржана гаранцијом произвођача (или испоручиоца) за квалитет технологије, укључујући одговорност за скривене мане и одговорност за надокнаду у случају неодговарајућег учинка.**

Из горе наведеног јасно је да финансијер, у процесу „условљавања“ подршке ЈПП пројекту, мора наћи баланс између захтева сигурности (да се ради о доказаној технологији) и захтева технолошке оправданости („технолошки век“ коришћене опреме не сме истећи пре него што се отплате средства која је финансијер преко пројектне компаније уложио у ЈПП пројекат).

Пројектна компанија има и могућност да ризик технолошког учинка отклони осигурањем за случај прекида пословања због грешака у технологији.

3.4.2. Ризик управљања и одржавања пројекта као елемент ризика учинка делом ће бити лоциран на управљача (уколико управљање није преузела пројектна компанија као таква)¹⁴.

¹³ Електрични и електронски отпад (тзв. ЕЕ отпад) је отпад електричне и електронске опреме, укључујући склопове и саставне делове, који настаје у привреди (индустрији, обрту и слично), затим електронски отпад из домаћинства, односно отпад електричне и електронске опрема настао у домаћинствима или у производним и/или услужним делатностима.

¹⁴ Више о ризику управљања видети *infra* у тач.

Управљач ће сносити ризик учинка у делу у коме тај ризик:

- није лоциран на грађевинског контрактора (не зависи од квалитета грађена);
- не зависи од коришћене технологије (тај ризик, као што је већ речено, начелно сноси пројектна компанија);
- не зависи од квалитета коришћених сировина и других улазних параметара (овај ризик је на снабдевачу сировинама или другим неопходним добрима);
- није у вези са начином реализације уговора о искључивој куповини производа или услуга ЈПП пројекта (део ризика учинка који је везан за искључиву куповину сноси искључиви купац).

Управљач ће, уколико нема власничке интересе у пројектној компанији, тежити да своју укупну одговорност ограничи, најчешће на износ добити коју остварује након надокнаде трошкова управљања.

3.4.3. Ризик снабдевања сировинама и другим улазним добрима као елемент ризика учинка јесте могућност да улазне сировине и добра немају одговарајући квалитет, односно изостану потребне количине тих добара, са последицом неефикасног функционисања пројектне компаније. Овај се ризик амортизује уговарањем тестирања квалитета улазних сировина, чиме се делом лоцира и на актере који нису снабдевачи сировинама и другим добрима (нпр. уколико у тестирању учествује представник пројектне компаније или управљача, део ризика преноси се и на ове субјекте-у случају изостанка примедбе, сугестије у погледу квалитета и тд).

3.4.4. Ризик неодговарајуће инфраструктуре искључивог купца као део ризика учинка произилази из околности да реализација ЈПП пројекта често укључује коришћење мрежних постројења (гасоводи, нафтоводи, водоводна мрежа, електроенергетска мрежа).

Вероватноћа и потенцијалне последице описаног ризика зависе и од квалитета коришћене инфраструктурне мреже. У овом контексту, део наведеног ризика може да сноси и **грађевински контрактор**, у делу изградње инфраструктуре од ЈПП постројења до места прикључења на мрежу искључивог купца. Такође, **искључиви купац** сносиће ризик преноса производа или добара добијених ЈПП пројектом од места прикључења на мрежу за искључиво снабдевање, даље према следећим корисницима или купцима у ланцу дистрибуције.

Описана подела ризика од интереса је посебно за ЈПП пројекте производње електричне енергије: пројектна компанија и грађевински контрактор отклањају могућност да носе ризик за недостатке у инфраструктурној мрежи или

постројењима за складиштење енергије, за које увек одговара искључиви купац.¹⁵ Пример околности чије наступање значи реализацију ризика недостатка инфраструктуре јесте неодговарајућа фреквенција далековода, која утиче на учинак ЈПП постројења за производњу електричне енергије (осим уколико тај недостатак нема своје порекло у управљању самим постројењем; тада ризик сноси пројектна компанија или управљач као посебан субјекат ЈПП пројекта).

3.5. Ризик управљања (е. „Operation risk“)

Ризик управљања пројектом јесте могућност да реализација ЈПП пројекта не буде у складу са очекивањима јавног и приватног партнера. Овај ризик преплиће се са ризиком учинка. Ризик управљања постоји уколико је изостанак очекиваних резултата ЈПП пројекта резултат следећих околности¹⁶:

- недостатака у коришћеној технологији након истека гарантног рока произвођача или испоручиоца технологије;
- недостатака у пројектовању или грађењу, након истека гарантног рока грађевинског контрактора;
- измене услова за управљање ЈПП пројектом, насталих као резултат промена у правној регулативи која се односи на регулисање управљања пројектом (нпр. прописивање оштријих услова за заштиту животне средине, што захтева уподобљавање начина и метода управљања);
- изостанка расположивости потребних људских ресурса (радне снаге), виших трошкова радне снаге и материјала, изостанка или отежаног добијања дозвола за рад или дозвола за увоз материјала и тд.
- раста трошкова одржавања постројења;
- раста трошкова и мање расположивости краткорочног финансијског капитала за покривање текућих потреба пословања;
- недостатака у, за реализацију ЈПП пројекта неопходној, инфраструктури (приступ путевима, електричним мрежама, водоводу, могућност транспорта радне снаге и материјала до места реализације ЈПП пројекта).

¹⁵ Складишта ел. енергије (е. “grid”) служе за складиштење електричне енергије. Потреба за складиштењем оправдана је чињеницом да потреба за ел. енергијом варира, те се стога вишкови произведене енергије чувају како би се користили за период каа потрошња буде већа од производње. Тиме се производња електричне енергије држи на равномерном нивоу, без потребе смањивања или повећања производње у складу са променама у тражњи.

¹⁶ Неке од описаних околности такође представљају елеменат других ризика ЈПП (ризик учинка, ризик окончања, политички ризици). Ова чињеница не одузима самосталан значај ризику управљања, с обзиром да је преклапање различитих типова ризика последица међузависности права и обавеза актера укључених у ЈПП пројекат.

Ризик управљања начелно је на управљачу или на пројектној компанији (уколико ЈПП пројектом управља сама пројектна компанија).

У случају да је управљач посебан актер ЈПП пројекта (одвојен од пројектне компаније), он начелно сноси све ризике за трошкове и штете настале због управљања пројектом, осим штете која се може приписати неком другом учеснику пројекта попут:

- искључивог купца који није обезбедио одговарајуће услове за преузимање добра или услуге;
- снабдевача сировинама и улазним добрима (енергија, вода) због неодговарајућег квалитета и обима снабдевања;
- грађевинског контрактора, који сноси ризик управљања у периоду пре примопредаје пројекта пројектној компанији.

За потпуно сагледавање домашаја ризика управљања важно је указати на следећу чињеницу: управљач је одговоран како за управљање, тако и за одржавање ЈПП постројења, све до момента када се ЈПП пројекат преноси у поље одговорности јавног партнера (након истека рока управљања ЈПП пројектом). Управљач ће, како се ближи рок за предају ЈПП пројекта јавном партнеру, своју активност одржавања ограничити на текуће одржавање, без инвестиција у одржавање које значи осигурање технолошке адекватности и престижа ЈПП пројекта. Недостатак мотива управљача јасан је: након трансфера пројекта јавном партнеру, нестаје његов интерес за правилно функционисање пројекта. Описани ризик превазилази се подстицајем управљачу да и даље проактивно ради на одржавању пројекта, тиме што му се даје перспектива (посебним уговором или клаузулом постојећег уговора о управљању) да ће наставити да одржава (не и управља) ЈПП пројектом и након његовог преласка у поље одговорности јавног партнера.¹⁷

¹⁷ Пример превазилажења изостанка интереса приватног партнера за одржавање нивоа вредности ЈПП пројекта (инвестирање у одржавање и унапређење ЈПП објеката и постројења) јесте ЈПП партнерство у области водоснабдевања. **Чињеница је да изграђени објекти и постројења водоснабдевања немају алтернативну употребну вредност (реч је о тзв. „asset specific investment“), те је тржишна вредност инвестиције везана за њену функцију у водоснабдевању. Без таквог права, вредност инвестиције је ниска, а за инвеститора готово занемарљива.** Ова чињеница, сагледана у светлу околности да се објекат након истека рока трајања ЈПП пројекта враћа јавном партнеру, условљава следеће: **приватни партнер ће тежити да својом активношћу и приходом пре свега покрије своје трошкове (врати кредит и оствари профит), али не и да повећава вредност инвестиције као такве.** Такав интерес он нема, с обзиром да корист од повећања вредности инвестиције у крајњем прелази (након истека рока трајања ЈПП) у својину јавног партнера. Наведена ситуација може угрозити остварење сигурности и квалитета водоснабдевања: наиме, може се десити да након истека рока коришћења постројења за водоснабдевање настану трошкови одржавања, замене или оправке који су високи јер у претходном периоду приватни партнер није у довољној мери улагао у ове

Посебан аспект обавеза које има управљач јесте пракса да преузме обавезу едукације персонала јавног партнера у циљу њиховог оспособљавања да самостално управљају ЈПП пројектом. Наведена обавеза управљача праћена је јасним планом оспособљавања, уз подстицај управљачу (позитиван, у форми компензације; негативан, у форми пенала-казне) да наведену едукацију спроведе на одговарајући начин. Обавеза едукације требало би да буде јасно садржана у уговору управљача са јавним партнером. Њено испуњење значајно је јер након истека рока управљања ЈПП пројектом, јавни партнер по правилу сам преузима управљање објектом или постројењима.

3.6. Политички ризици

Политички ризик је могућност измене „правне ситуације“ ЈПП пројекта при чему узрок такве измене лежи у околностима некомерцијалне природе. Израз “правна ситуација ЈПП пројекта” означава скуп права и обавеза учесника пројекта, заснованих на споразуму о ЈПП-у, правној регулативи државе домаћина и међународним мултилатералним, регионалним и билатералним споразумима¹⁸. Политички ризик је, дакле, могућност да правна ситуација ЈПП

активности (јер не би имао корист од тих улагања, с обзиром да објекат прелази у својину јавног партнера). Ова се околност може превазићи уговорним одредбама, и то: а) гаранцијама приватног партнера за функционисање након одређеног рока или ангажовањем приватног партнера да одржава објекат и након одређеног периода времена; б) субвенционисањем дела трошкова, с тим што субвенција, да би била подстрек приватном партнеру да улаже у одржавање и унапређење пројекта, треба да се учини зависном од квалитета водоснабдевања (квалитет воде, кубикажа и слично); у супротном, субвенција гарантована без икаквих услова довешће до ситуације да приватни партнер обавља делатност без икаквог подстицаја да одржи тражени и потребни квалитет водоснабдевања (што у крајњем представља терет и извор политичке одговорности за јавног партнера, а доводи до резултата директно супротног основном разлогу привлачења приватног партнера у сектор водоснабдевања: виши ниво квалитета и ефикасности сводоснабдевања); ц) елиминисањем клаузула попут „take or pay“ у уговорима са приватним партнером (ради се о клаузули којом се јавни партнер обавезује да плати за воду или гарантује субвенцију без обзира да ли је она испоручена или није), чиме се релативизује обавеза приватног сектора.

18 За ЈПП пројекте у Републици Србији за „правну ситуацију“ ЈПП пројекта биће релевантне одредбе Споразума о стабилизацији и придруживању, односно ЦЕФТА споразума (Споразум о слободној трговини у Централној Европи; видети више у: Александар Ћирић, Међународно трговинско право-општи део, Ниш, 2010, 572 стране) билатералних споразума о заштити и третману страних инвестиција, те потенцијално норме из система права Светске трговинске организације (преговори о чланству се приводе крају). Правила наведених споразума извор су материјалних и процесних права и обавеза јавних партнера, укључујући и локалне самоуправе;

пројекта, буде измењена без сагласности, односно противно вољи приватног партнера, са последицом лишавања његових права уз истовремено смањивање вредности ЈПП пројекта.¹⁹

Постоје четири врсте политичких ризика: ризик експропријације, ризик трансфера вредности, ризик рата и грађанских немира и ризик кршења уговора. Наведени ризици се у пракси не испољавају увек у чистом виду. У конкретним ситуацијама, могуће је да одређено понашање државе буде квалификовано као реализација више различитих типова политичког ризика.

Пројектна компанија није у позицији да управља политичким ризицима. Стога је један од начина њихове амортизације уклањање терета политичких ризика са пројектне компаније и њихово лоцирање на јавног партнера. Такав приступ оправдан је: јавни партнер је у стању (значајно више него што су то други актери ЈПП-а) да утиче на органе државе у којој се реализује ЈПП пројекат, како би се избегла реализација политичког ризика. Уколико је приватни партнер правни субјект из државе која није Република Србија, постоји могућност превазилажења политичких ризика коришћењем дипломатских канала и путем контаката представника државе порекла приватног партнера са представницима Републике Србије.

Приватни партнер ће, дакле, оправдано инсистирати да ризик за добијање различитих дозвола и одобрења остане на јавном партнеру. Овакво решење није увек у интересу јавног партнера, а посебно је у несагласности са ингеренцијама локалне самоуправе (која и није тело које прописује услове добијања дозвола и одобрења, већ су то тела и органи на нивоу Републике). Такав случај је очигледан у појединим областима функционисања јавног сектора (нпр. сектор енергетике),²⁰ код којих постоји висок ниво регулаторне ова чињеница, ваља поновити, добија на тежини у светлу околности да су локалне самоуправе одговорне за обавезе преузете према приватном партнеру, а 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. (видети чл. 47. ст. 5. и 6. Закона о ЈПП).

¹⁹ Више о појму политичких ризика видети у: *Paul E. Comeaux, N. Stephan Kinsella, "Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance"*, [хттп://www.кинселлалaw.цом/wn-контент/уploadс/публикациис/полриск.пдф](http://www.кинселлалaw.цом/wn-контент/уploadс/публикациис/полриск.пдф); **Предраг Н. Цветковић, Међународно право страних инвестиција** „Београд : Задужбина Андрејевић, 2007. – 138 стр. ; 23 см, ИСБН 978-86-7244-625-8.

²⁰ Енергетика као предмет ЈПП има двоструко "лице": прво, чињеница је да енергетска политика и правни оквир који ту политику отелотворује у свакој држави, па и у Републици Србији, јесу засновани на претпоставци фундаменталног значаја енергетике за друштво у целини. Стога правни оквир енергетске делатности јесте исцрпан, а овлашћења у великој мери централизована, уз висок ниво административне контроле. друго, описани значај енергетског сектора захтева његово темељно

и имплементационе централизације. Стога је упитно у којој мери локална самоуправа може да утиче на брзину и садржину потребних дозвола и одобрења. Мера овог утицаја често је резултат фактичког стања, политичких односа, краткорочних интереса и слично. У таквим околностима, нема пуно правне сигурности. Стога локална самоуправа као јавни партнер има интерес да своје обавезе у смислу елиминисања или смањења политичких ризика смањи и изричито уреди: резидуални политички ризици (они који нису лоцирани изричито на јавном партнеру), требало би да остану код приватног партнера.

Уколико ризик ипак остане на јавном партнеру (локалној самоуправи), политички ризик се може смањити или уклонити тиме што ће се:

- у највећој могућој мери у реализацију пројекта укључити и друга јавна тела, пре свега са нивоа Републике, али и локалне самоуправе са сличним интересом: уколико таква тела и институције имају корист од пројекта, тим пре је мања вероватноћа да ће својим понашањем допринети реализацији неког од политичких ризика;
- укључити домаћи предузетници и пословна заједница, било као равноправни учесници у ЈПП пројекту, било као подуговарачи;
- уколико је реч о међународном ЈПП пројекту, у његову реализацију укључити шири круг међународних организација и држава.

Могућност наступања политичких ризика смањује се и одговарајућом комуникацијом са јавношћу. Јавни партнер може трпети снажне политичке и притиске јавности због чињенице да је јавни ресурс (који је обично предмет ЈПП пројекта), предат приватном партнеру. Перцепција јавности је да се сваки пропуст приватног партнера (односно пројектне компаније) има приписати јавном партнеру. Стога је неопходно да се обезбеди транспарентност рада ЈПП пројекта, могућност задржавања персонала који је до преласка и трансформисања јавног предузећа у пројектну компанију радио у таквом јавном предузећу, те осмислити механизме подршке локалној заједници. Локална самоуправа као јавни партнер мора бити активна у описаном смислу, без остављања иницијативе приватном партнеру да креира и спроводи активности усмерене ка изградњи позитивне слике ЈПП пројекта у јавности: јавни партнер брже и ефикасније може да идентификује потребне активности, с обзиром на претходно знање

одржавање, реконструкцију и развој. Све ово захтева значајна финансијска средства, која се више не могу тражити искључиво у буџетским изворима. Финансирање енергетског сектора захтева отварање за приватне инвеститоре, при чему ЈПП представља незаобилазни модел учешћа приватног капитала у овој области. Горе наведено од значаја је за просуђивање о форми и садржини регулаторног оквира ЈПП за пројекте из области енергетике. Видети више у: Предраг Н. Цветковић.

о политичким, социјалним, економским и другим околностима у којима ЈПП пројекат функционише.²¹

Као метод смањења вероватноће наступања политичког ризика користи се и издавање гаранција приватном партнеру, којим му се обезбеђује надокнада штете у случају реализације неког од политичких ризика. Како вероватноћа наступања ових ризика није подложна обрачуна применом математичких формула (што је уобичајено у делатности осигурања), приватни партнер може добити осигурање од међународних организација, попут Мултилатералне агенције за гарантовање страних инвестиција (МИГА).²² Наведене гаранције су преваходно у интересу пројектне компаније (односно приватног партнера). Могуће је да финансијер ЈПП пројекта услови финансирање добијањем овакве гаранције. Са друге стране, локална самоуправа која реализује пројекат са ЈПП карактером, праћен гаранцијом МИГА, добија престиж у конкуренцији за привлачење инвестиција у јавни сектор: наиме, МИГА гаранције издају се само уз претходно испуњене услове везане за државу у којој се реализује инвестиција (у конкретном случају ЈПП пројекат), потом за инвеститора и саму инвестицију. Пројекат са МИГА гаранцијом указује да на повољност пословног окружења у коме се ЈПП реализује, чиме се отвара простор и за друге пројекте.

3.7. Ризик поремећаја уговорне равнотеже

ЈПП пројекти установљавају дуготрајан однос. Стога је вероватно да се околности на којима је такав однос заснован мењају током трајања уговора. Како ове измене утичу на интересе јавног и приватног партнера, потребно је наћи начина да се одржи њихов уговорни баланс. Разлог за очување таквог баланса је потреба да се ЈПП пројекат, који ангажује значајна материјална средства и најшире ресурсе, одржи на снази: то је могуће само уколико учесници пројекта имају трајан и јасан интерес за његовим даљим функционисањем. Посматрано кроз визуру правног регулисања, два су механизма усаглашавања ових интереса: стабилизациона клаузула и клаузула поновног преговарања.

Стабилизациона клаузула је одредба споразума о ЈПП, којом се јавни партнер обавезује да накнадне промене легислативе, важеће у тренутку закључења уговора (или алтернативно „затварања“ финансијске конструкције“), неће бити примењиване на уговор о ЈПП. Заштитна функција ове клаузуле у односу на права приватног партнера је да неутралише могућности модификовања уговорних одредби на његову штету. Наведене акције државе сасвим су вероватне,

21 Добри примери у Србији су активности компанија на развоју универзитетског образовања, еколошкој заштити, изградњи објеката друштвеног стандарда (школе, обданишта, културни објекти, објекти здравствене заштите).

22 МИГА је издала гаранције за двадесет пројеката на територији Републике Србије. Видети више на: <http://www.miga.org/projects/advsearchresults.cfm?srch=s&hctry=240c&hcountrycode=YF>

с обзиром на дугорочност као једну од кључних карактеристика ЈПП пројеката. Током одређеног временског периода може доћи до измене услова под којима је ЈПП реализован (социјалних, економских, политичких и других). Јавни органи и тела су тада у искушењу да ограниче права јавног партнера. Стабилизациона клаузула у тим ситуацијама гради “контрабаланс” легислативној моћи јавних органа и тела. **Међутим, када се ради о ЈПП пројекту код кога је јавни партнер локална самоуправа, дејство обавезивања стабилизационом клаузулом је готово занемарљиво: локална самоуправа не може се одрећи нечега што није њена надлежност (законодавне надлежности), нити може обавезати друге органе и тела (републичке институције) на начин да се ови одрекну сопствених надлежности. Стога је стабилизациона клаузула од ограничененог значаја за пројекте ЈПП у којима учествују локалне самоуправе.**

Клаузула поновног преговарања (ревизиона клаузула) је клаузула (одредба) уговора јавног и приватног партнера којом се утврђују поступак и услови његовог ревидирања. Политичке, економске и друге премисе на којима је заснован уговорни однос променљиве су величине, при чему се могу појавити и околности чије наступање није било могуће предвидети, а чија је последица суштинска измена карактера уговора и баланса права и обавеза уговорача. За просуђивање о утицају клаузуле поновног преговарања на елиминисање ризика поремећаја уговорне равнотеже, од значаја су следећа питања:

- околност која се сматра “покретачем” преговора (“окидач” преговора);
- предмет преговарања;
- последице неуспеха преговора.

„Окидач“ преговора може бити одређен: критеријумом наступања тачно одређене околности (периодично усаглашавање истеком одређеног рока; моменат повраћаја кредита финансијеру и почетак генерисања профита); или путем општег стандарда попут „суштинске измене околности“ односно одржања „правичног ефекта“ уговора о ЈПП.

Предмет преговарања може бити читав уговор или само део уговора (на пример, начин утврђивања надокнаде коју приватни партнер наплаћује од крајњих корисника);

По правилу, преговарачка клаузула не конституише обавезу страна да обавезно постигну споразум након преговора. У преговоре, међутим, свака страна треба да уђе са “добром вером”, и учествује у њима одређено време, улажући разуман напор за постизањем прихватљивог компромиса и уважавајући интересе другог преговарача. Клаузула поновног преговарања преноси уговорну стабилност из “раног периода” трајања уговора у каснију фазу, смањивањем напетости актера тиме што установљава јасну перспективу каснијих преговора. Овакво дејство клаузуле поновног преговарања биће остварено само уколико су услови и предмет преговарања прецизно одређени. У том смислу, она је значајан инструмент за локалне самоуправе као јавне партнере у ЈПП пројектима.²³

²³ Видети више у: *John Y. Gotanda, “Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts Revisited”*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003,

Prof. Predrag Cvetkovic, LL.D,
University of Nis
Faculty of Law

Typology and Control od the Risks by the public private partnership

Summary

The issue of adequate and balanced risk sharing is crucial to the success of a particular PPP project. The successful PPP project should allocate the risks in accordance with the following general rule: the risk is allocated to the actor that has not only an interest to eliminate or reduce the probability of occurrence of concrete risk and eliminate its effects, but also has available resources (technological, economical, expert knowledge, political support) to respond in the shortest possible time to the occurrence of the particular risk. The allocation of risk must contribute to the fulfillment of interest of various actors of PPP structure: namely, public partner needs positive results as the impetus for own political interests, based on the success in delivering the public services; on the other hand, private partner seeks recovery of investment and realization of appropriate margin of profit. The involvement of broader circle of participants in PPP project and higher level of rights, obligations and responsibilities diversification has positive effect on the risks allocation. The risk allocation in PPP projects is also determined by the roles taken by public partner ("grantor"; "exclusive buyer") as well the role of private partner ("sponsors", "creditor", building contractor", "manager").

Key worlds: public-private partnerships; risks; infrastructure.

