

Др Александар Ђирић,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Нишу

Др Предраг Цветковић,**
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК
doi:10.5937/zrgfni1674145C

UDK: 330.322.16

Рад примљен: 30.09.2016.
Рад прихваћен: 25.10.2016.

EX ANTE И EX POST КОНТРОЛА ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА У СПОРАЗУМИМА О ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ***

Апстракт: Предмет рада је анализа одредби споразума о јавно-приватном партнерству (даље и: „ЈПП“) у контексту контроле остваривања јавног интереса у припреми и имплементацији ЈПП пројеката. Методологија остваривања контроле јавног интереса у ЈПП пројектима кроз споразуме о јавно-приватном партнерству има два аспекта. Први аспект је обезбеђење верификабилних параметара правних, економских и технолошких услова и поступка избора најповољније понуде за реализацију јавно-приватног партнерства (ex ante методолошки аспект): ови услови представљају темељ будућег споразума о ЈПП-у. Ex ante методологија би требало да обезбеди инструменте за контролу јавног интереса кроз унапред утврђене механизме верификације испуњења споразума од стране приватног партнера. Други аспект јесте да се самим споразумом обезбеди адекватна имплементација елемената који обезбеђују флексибилност реализације уговора, те ефективни надзор те реализације (ex post методолошки аспект). У крајњем, кључ методолошког приступа споразума о јавно-приватном партнерству у контексту контроле остваривања јавног лежи у спречавању да јавни партнер подлегне искушењу једноставних решења. Уместо тога, потребно је да јасно дефинише очекивања која као титулар јавног интереса има од ЈПП пројекта, те лимите сопствене одговорности.

Кључне речи: јавно-приватно партнерство и концесије, споразум о ЈПП-у, методологија „вредности за новац“, „hold-up“ проблем.

* aciric@prafak.ni.ac.rs

** pepi@prafak.ni.ac.rs

*** Рад је резултат истраживања у оквиру Пројекта «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», бр. 179046, који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Увод

Уговори о јавно-приватном партнерству су уговори *sui generis*: наведена карактеризација означава њихову повезаност како са јавноправним, тако и са приватноправним канонима и правилима: наиме, кроз јавно-приватно партнерство преламају се радње, чињенице и аспекти који могу имати јавноправну (ефикасна реализација јавног интереса) или приватноправну конотацију (извршење уговора на економски оправдан начин). Оба наведена приступа имају своју рефлексију у уговорима о јавно-приватном партнерству. Наведена карактеристика уговора о ЈПП-у непосредна је потврда оправданости холистичког (целовитог) приступа као интелектуалне платформе за анализу јавно-приватног партнерства. Једино такав (а не партикуларни, полицентрични приступ) може да обухвати комплекс сложених социјалних, техничких, економских и правних питања која ангажује пројекат ЈПП-а. Описаном приступу кореспондира *sui generis* структура уговора, који је правни оквир реализације јавноприватног партнерства.

Sui generis правни дизајн уговора о ЈПП-у има за циљ да обезбеди остваривање јавног интереса кроз реализацију пројекта јавно-приватног партнерства. Однос јавног и приватног интереса у сваком конкретном случају је јединствен и по правилу у значајној мери (због карактера пројекта) непредвидив у исходу. Могућност да ЈПП као правна конструкција *sui generis* „узме најбоље од оба света“ (заштиту јавног интереса и солидарност из јавног сектора, односно предузетничку логику из приватног) не остварује се увек и безусловно. Вероватноћа реализације описане могућности зависи од тога да ли правила јавноправног и приватноправног карактера међусобно конвергирају на начин који омогућава да уговор о јавно-приватном партнерству као оквир конкретног ЈПП-а функционише ефективно (са жељеним резултатом креирања додате вредности) и легитимно (са прихватањем њихове обавезности). При томе, од кључног је значаја да јавни и приватни интерес, мада партнерски постављени, и даље остају у латентној 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 ове супермације требало би брижљиво уредити кроз контролу реализације јавног интереса у ЈПП пројектима.

Наведена контрола има два аспекта.

Први аспект је да потреба обезбеђења јавног интереса буде параметар за правну и економску припрему услова и поступка за избор најповољније

понуде за реализацију јавно-приватног партнерства (*ex ante* методолошки аспект): ови услови представљају темељ будућег уговора о ЈПП-у. Испољавају се кроз дефинисање критеријума у поступку избора најповољније понуде приватног партнера. Други аспект (који је завистан од првог, односно успеха у обезбеђењу контроле *ex ante*) јесте да се у самом уговору обезбеде елементи за адекватну контролу јавног интереса током имплементације уговора о ЈПП-у (*ex post* методолошки аспект).¹

1 Закон о јавно-приватном партнерству Републике Србије (Сл. гласник РС», бр. 88/2011 и 15/2016) предвиђа два временска оквира спровођења надзора над реализацијом пројекта јавно-приватног партнерства: фази која претходи закључењу јавног уговора (*ex ante* надзор; даље и: претходни надзор) и фази реализације пројекта (*ex post* надзор; даље: надзор реализације). Претходни надзор утврђен је нормама Закона о ЈПП-у и концесијама. У ове норме спадају норме генералне примене (попут начела садржаних у члану 6 Закона: начела ефикасности; начела транспарентности; начела једнаког и правичног третмана; начела слободне тржишне утакмице; начела пропорционалности; начело аутономије воље; начело равноправности субјекта). Ова начела и правила генералне примене релевантна су и за фазу надзора реализације закљученог јавног уговора. Суштински, ова начела представљају правне стандарде који се користе да се у конкретним околностима утврди да ли јавно-приватно партнерство (било у фази припреме-претходни надзор, било у фази имплементације-надзор реализације) служи остваривању јавног интереса. Поред генерално применљивих принципа Закона о ЈПП-у, претходни надзор остварује се кроз правила о поступку и начин доделе јавног уговора. Претходни надзор се остварује пре свега стриктним поштовањем (имајући у виду когентну природу правила Закона) норми којима се уређују: критеријуми избора приватног партнера (видети чл. 20 Закона); правила којима је уређен поступак објављивања јавног позива, укључујући и поштовање рокова за пријем понуда и њихову садржину (чл. 22–25 Закона). Претходни надзор над пројектом ЈПП-а без елемената концесије спроводе органи којима јавно тело подноси предлог ЈПП пројекта ради давања сагласности (Влади Републике Србије, Влади Аутономне покрајине или Скупштини јединице локалне самоуправе, у зависности од тога ко се јавља у улози јавног партнера; видети чл. 26 Закона). Садржина предлога самим Законом исцрпно је опредељена. Такав приступ има за циљ да се телима која имају задатак да процене да ли је оправдано давање сагласности на предлог ЈПП пројекта обезбеди довољно параметара за одлуку која ће бити у складу са остваривањем јавног интереса (видети чл. 27 Закона). Додатни ниво надзора врши и Комисија за ЈПП и концесије која даје оцену са карактером обавезног мишљења о томе да ли се конкретни предлог пројекта може реализовати у форми ЈПП-а (видети чл. 27 Закона). Претходни надзор над ЈПП пројектом са елементима концесије спроводи стручни тим кога именује јавно тело које има намеру да спроведе концесију у форми ЈПП-а. Видети и Уредбу о надзору над реализацијом јавних уговора о јавно-приватном партнерству (Службени гласник“ Републике Србије, бр. 47/2013).

2. *Ex ante* аспект контроле јавног интереса

Суштина *ex ante* контроле јавног интереса у уговорима о ЈПП-у јесте да у току саме припреме уговора јавни партнер мора да делује имајући у виду перспективу његове имплементације. Методологија *ex ante* захтева да јавни партнер адекватно:

- спецификује предмет престације приватног партнера;
- обезбеди критеријуме и механизме за верификацију испуњења престације приватног партнера, укључујући и критеријуме за одређивање добијене „вредности за новац“²;
- дефинише приоритет пројекта, у случају тензије између конкурентних циљева који се пројектом остварују (најчешће се ради о економској ефикасности, са једне, и заштити доступности јавних услуга социјално угроженим слојевима, са друге стране);
- обезбеди транспарентност;

2 Јавно-приватно партнерство један је од три начина реализације пројеката инфраструктуре и обављања делатности од јавног интереса. Преостала два су: реализација ових пројеката коришћењем сопствених финансијских, персоналних и других ресурса (тзв. „*in house*“ метод) или финансирање кроз кредитни капитал. Исплативост јавно-приватног партнерства у односу на друга два горе наведена метода развоја јавног интереса процењује се кроз методологију компарације вредности која се добија применом све три методе за конкретни пројекат („*Value for Money*“ анализа). Комисија за јавно-приватна партнерства и концесије Републике Србије, основана према Закону о јавно-приватним партнерствима и концесијама, усвојила је документ назван „Методологија за анализу добијене вредности у односу на уложена средства (*Value-for-Money*) у јавно-приватном партнерству и концесијама“. Наведени документ језгровито дефинише појам методологије „вредности за новац“ (параграф 3, страна 1): „Утврђивање добијене вредности у односу на уложена средства (утврђивање «вредности за новац»; *e. value for money, VfM*) је примена аналитичког поступка у оквиру кога се настоји квантитативним путем утврдити да ли је за пореске обвезнике од веће користи да се примени традиционални модел инвестирања у коме се јавно тело појављује у улози инвеститора, преузимајући све или претежан део ризика јавне инвестиције, или им се више исплати да набаве услугу од понуђача из приватног сектора, преносећи (алоцирајући) већину ризика на њега, када се ради о јавно-приватном партнерству (ЈПП). Дакле, у основи идеје максимизације добијене вредности за јавни новац (средства) је пренос одређених ризика јавне инвестиције на приватног партнера. У том смислу, Европска комисија дефинише јавно-приватно партнерство као партнерство између јавног и приватног сектора које има за циљ пружање услуге коју традиционално обезбеђује јавни сектор. Јавни сектор се јавља у улози наручиоца који има за циљ да обезбеди пружање јавне услуге кориснику, док се приватни сектор јавља у улози извршиоца и има за циљ да пружи јавним уговором дефинисане услуге“. Методологија је доступна на сајту комисије <http://www.ppp.gov.rs>.

- превенира ситуацију у којој не може да одустане од уговора који приватни партнер крши из разлога опортунитета.³

Суштински, *ex ante* методологија би требало да обезбеди инструменте за верификацију испуњења уговора од стране приватног партнера. Уколико таква верификација није могућа или је нерационална (финансијски или на други начин), постоји сумња да је јавно-приватно партнерство неадекватан модалитет за реализацију пројекта чији је циљ унапређење јавног интереса, те да би јавни партнер у конкретном случају требало да користи друге опције (коришћење сопствених ресурса или кредитног капитала).

На пример, уколико се ради о концесији за изградњу и експлоатацију постројења за прераду отпада, немогућност да се утврди количина отпада која се може потенцијално прерадити у постројењу представља разлог да се преиспита одлука о уласку у пројекат. Наиме, у одсуству јасне верификабилне информације јавни партнер нема параметар за дефинисање других елемената пројекта јавно-приватног партнерства

3 Проблем опортунитета у реализацији пројекта јавно-приватног партнерства потиче из начелног става да актере ЈПП-а карактерише „ограничена рационалност“ (*e. bounded rationality*): граница њихове рационалности дефинисана је њиховим интересима. Интересима дефинисана рационалност актера ЈПП-а установљава потенцијал за њихов опортунитет. Рационалност јавног партнера заснована је на остваривању политичких циљева. Ова рационалност у државама у транзицији често не прелази границу трајања изборног периода: тиме се директно сукобљава са перспективом разматрања права, обавеза и одговорности актера јавно-приватног партнерства, која се временски простиру на више година, чак и деценија. Са друге стране, рационалност приватног партнера ограничена је на тржишни модалитет деловања, у коме начелно нема места за јавни интерес чије је остваривање конститутивни елемент јавно-приватног партнерства. Опортунитет страна јавно-приватног партнерства је настојање једне од страна (јавне или приватне) да из себичних разлога захтева од друге стране понашање које је супротно принципима на којима ЈПП функционише, *in concreto* имплементираним у уговору о ЈПП-у. Илустрација опортуног понашања приватног актера је следећа: уговором са јавним партнером приватни партнер се обавезао да реализује пројекат о изградњи и експлоатацији постројења за прераду отпада. Пројекат се реализује кроз две фазе: фазу изградње и фазу експлоатације. Уговор који би требало да траје десет година приватни партнер има намеру да раскине у петој години трајања уговора (што је рок у коме се окончава фаза изградње постројења и започиње његова експлоатација). Дакле, након што је завршио фазу изградње и наплатио цену за изграђени објект, приватни партнер се одлучује за раскид. Раскидом губи право на надокнаду за експлоатацију постројења, уз обавезу плаћања штете за раскид. Разлог раскида је што приватни партнер има могућност да свој персонал и логистичке капацитете трансферише у циљу обављања другог, лукративнијег пројекта чија је маргина профита таква да му омогућава да, и након плаћања надокнаде штете због раскида уговора, оствари одговарајућу добит.

(концесионе надокнаду; висине надокнаде коју потенцијални концесионар наплаћује по тони и слично). Тиме је у немогућности да на одговарајући начин утврди критеријуме за оцењивање понуде. У крајњем, улазак у јавно-приватно партнерство без описане информације био би спекулативан и ризичан, било да је процена виша, било да је нижа у односу на расположиву количину отпада (количину која није верификабилна), имајући у виду следеће:

- процена која би била превисока у односу на стварно расположиву количину отпада (количину која је у реалности мања) створила би основ одговорности јавног партнера због чињенице да је приватни партнер засновао своју понуду на подацима јавног партнера за које се испоставило да су нетачни или непотпуни;
- процена количине отпада која би била нижа у односу на стварно расположиву условила би да постројење не врши своју примарну функцију: управљање отпадом на одређеној територији. Наиме, приватни партнер би изградио постројење чији капацитети не би били довољни за стварно расположиве количине отпада.

У описаном примеру, могуће решење је да се ризик утврђивања количина отпада пребаца на приватног партнера.⁴ Са друге стране, такво алоцирање ризика противречи једном од принципа расподеле ризика у ЈПП пројектима: ризике сноси страна која је у позицији да њима управља на најефикаснији начин. Јасно је да информације о карактеристикама предмета ЈПП-а спадају у поље „знања“ јавног партнера који је у складу са тим у позицији да ефикасно управља ризиком неадекватне процене количине отпада која би требало да буде предмет прераде.

Успех у дефинисању параметара верификације условљен је и структуром уговора. Описана условљеност илуструје се практичним примером пројекта јавно-приватног партнерства за одржавање метроа у Лондону. Јавно-приватно партнерство је било ограничено на одржавање инфраструктуре, док је управљање остало у пољу одговорности јавног партнера. Пројектом

4 У једном од уговора о концесији за изградњу и експлоатацију постројења за управљање отпадом коришћена је следећа формулација: „*Концедент има обавезу да омогући потенцијалном понудиоцу да, уколико сматра за потребно, о свом трошку и својим средствима испита структуру и обим отпада, уз обавезу јавног партнера да уложи најбоље напоре у омогућавању таквог испитивања потенцијалним понудиоцима*“. Описана алокација ризика за стварне количине и структуру отпада на приватног партнера у овом случају амортизована је клаузулом „најбољих напора“ (е. „*best effort clause*“) јавног партнера (без јасно дефинисане обавезе јавног партнера као „обавезе резултата“ (е. „*obligation of result*“) да подржи приватног партнера у испитивању количине и структуре отпада.

је предвиђено да три приватна партнера одржавају метро, при чему је свако од њих надлежан за одређено подручје. Одвајање сегмента одржавања (у надлежности приватног сектора) и експлоатације (фаза која је остала у надлежности јавног сектора) лишило је јавни сектор могућности да се користе једноставни критеријуми учинка приватног партнера, попут тачности и поузданости услуга превоза (што би било могуће да је приватни партнер добио могућност и управљања и одржавања). Како је јавни партнер одговоран за вршење услуге превоза, било је нужно дефинисати мере за верификацију испуњења обавезе приватног партнера (обавезе одржавања) засноване на процени утицаја одржавања на ефикасност превоза метроом (ефикасност саме експлоатације, коју врши јавни партнер). Описане мере биле су сложене у структури и комплексне за калкулацију (Burnett, 2013: 223). Из описаног примера јасно је да би критеријуми верификације требало да буду везани за учинак (резултат; е. „*output based criteria*“), уз минималне спецификације улазних вредности. Тиме се, између осталог, подстиче иновативност приватних партнера у поступку избора најповољнијег понудиоца.

Уговорне одредбе такође могу да буду формулисане на начин који подстиче реализацију јавно-приватног партнерства у правцу остваривања тачно одређеног циља. Пример оваквих одредби је дефинисање цене (тарифе) коју приватни партнер наплаћује од корисника инфраструктуре за пружене услуге.

Тако, уколико је примарни циљ приватног партнера да обнавља постојећу инфраструктуру, уговором ће бити предвиђен метод одређивања цене на основу гарантоване стопе повраћаја инвестиције приватном партнеру (е. *rate of return*). Стопа повраћаја добија се на основу вредности инвестиције јавног партнера и рока трајања пројекта ЈПП-а. По утврђивању стопе повраћаја, формирају се тарифе које могу бити фиксиране за одређени период времена. Споразумом о ЈПП-у може се предвидети могућност тзв. регулаторног интервала, односно времена у коме се тарифе поново утврђују, узимајући у обзир околности у којима функционише пројекат јавно-приватног партнерства. По правилу је приватни партнер тај који иницира преговоре о усклађивању тарифа, с обзиром на то да је цена често дефинисана као део опортуне (агресивне) понуде, чија је садржина (па и цена) формулисана превасходно са циљем да буде изабрана као најповољнија у поступку избора приватног партнера, док су параметри њене реализације у фази имплементације јавно-приватног партнерства у другом плану.⁵

⁵ У поступку избора најповољније понуде за реализацију приватног партнерства јављају се понудиоци чије су понуде агресивне и опортуне. Агресивна (опортунa)

У случају да је за јавног партнера кључни циљ повећање нивоа ефикасности постојећих инфраструктурних постројења (а не обнова постојеће инфраструктуре), користиће систем максималне цене (*e. price cap*) заснован на највишем износу тарифе који дефинише јавни партнер. Висина тарифе је заснована на цени испоручене услуге или добра (на пример, код водоснабдевања основ тарифе је цена воде). Приликом одређивања цена јавни партнер улази у следећи ризик: уколико максимално одређени износ буде превисок, приватни партнер остварује профит без подстицаја да ефикасно реализује пројекат ЈПП-а; уколико је максимално допуштена цена прениска, угрожава се финансијска одрживост пројекта јавно-приватног партнерства, што на први поглед штети само приватном партнеру, али се дугорочне и политичке последице преносе и на јавног партнера, због изостанка одговарајућег квалитета и обима вршења делатности од јавног интереса.

За разлику од тарифе одређене према гарантованој стопи повраћаја (заснованој на процени претходних, „историјских“ трошкова инвестиције), тарифа одређена утврђивањем максимално допуштене цене базирана је на процени будућих трошкова. Одговарајуће утврђена висина максимално допуштене тарифе подстицај је приватном партнеру да смањи оперативне трошкове (јер му тада већи проценат тарифе остаје као приход). После сваког регулаторног интервала усаглашавају се износи максималних цена. Важно је да уговором јавни партнер обезбеди право да се цене усаглашавају на начин који штити његове интересе, пре свега клаузулом поновног преговарања⁶. Значајан део интереса јавног партнера обезбеђује се одређивањем почетне тарифе за пружање услуга од јавног интереса (тарифе коју наплаћује приватни партнер): уколико је она на одговарајући начин дефинисана, расте вероватноћа да ће и њена усаглашавања током каснијег периода бити у складу са очекивањима јавног партнера.

пону да је она која садржи податке и обавезивања за која понудилац (у контексту ЈПП-а приватни партнер) претпоставља да неће морати да их испуни у целости (због чињенице да постоји асиметричност информација у односу на јавног партнера или због високих трансакционих трошкова, односно политичких последица замене изабраног партнера новим).

6 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. Видети: Gotanda, 2003.

Посебно важно је *ex ante* дефинисање подстицаја транспарентности и сарадње у размени информација. Принцип је следећи: терет обезбеђења информације и подстицај њеног откривања усмерен је ка актеру (приватном или јавном) који информацију поседује или је разумно очекивати да је може прибавити. Примењен на обавезу приватног партнера да „подели“ информације са јавним партнером, принцип делује на следећи начин: уколико се ради о пројекту који је праћен динамичним развојем технологије, приватни партнер се уговором може обавезати да своју технологију у одређеном року уподоби технолошком напретку. Овом обавезом превенира се могућност да приватни партнер калкулише предлогом за реализацију пројекта тиме што ће предложити коришћење старијих технологија. Могућност манипулације елиминисана је тиме што би приватни партнер који (мада свестан постојања и расположивости нове технологије) предлаже коришћење застареле технологије, касније био (у складу са уговорном обавезом уподобљавања) изложен високим трошковима имплементације савремених технологија у оквиру конкретног пројекта јавно-приватног партнерства. Описани механизам оправдан је из следећег разлога: информацију о савременим технологијама по правилу има приватни партнер коме је поседовање таквих информација кључно за успех на тржишту. Прибављање ове информације од стране јавног партнера би финансијски и логистички било неодрживо и захтевало би пројекат о пројекту. Стога, у случају да питање уподобљавања технологије савременом развоју остане нерегулисано, изостаје и подстицај за приватног партнера да обезбеди информацију о начину његовог решавања: од изостанка такве информације приватни партнер има само корист (мања цена за застарелу технологију и виши ниво профита).

Такође, опште формулисани критеријуми попут „квалитета услуга“ који би требало да буду резултат реализације пројекта јавно-приватног партнерства морају да буду конкретизовани: у супротном, постоје тешкоће у дефинисању њиховог испуњења, чиме се редукује вредност ових критеријума за јавног партнера у поступку контроле учинка приватног партнера. Код услуга са карактером делатности од општег интереса има места ставу да је неопходно инкорпорирати минималне стандарде испоруке робе и вршења услуга у сам уговор: ови стандарди не могу бити предмет преговора.

У *ex ante* методе контроле јавног интереса у уговору о ЈПП-у убраја се и претходно дефинисање искуства и финансијске солидности понудиоца. Ови критеријуми по правилу су елиминаторни: уколико нису испуњени, понуда није предмет даљег разматрања. Подобност приватног партнера подразумева доказ о финансијској солидности. Тако подносилац понуде

треба да докаже да има приступ или има расположива ликвидна средства, непокретности без оптерећења, кредитне линије и друга средства. Наведена средства би требало да задовоље захтеве везане за новчане токове неопходне за реализацију уговора у случају застоја или одлагања почетка рада.

Важан елемент подобности приватног понудиоца су и људски ресурси. Потенцијални понудилац је дужан да обезбеди опште информације о управљачкој структури и о расположивости квалификованог персонала за одређене кључне позиције које су наведене у јавном позиву, за период имплементације уговора.

Такође, у циљу стицања опште слике о тржишном профилу приватног партнера, подносилац понуде мора да обезбеди податке о текућим правним процесима и споровима који су проистекли из окончаних или уговора чије је извршење у току, као и податке о процесима и споровима који су вођени у одређеном периоду који претходи започињању поступка избора најповољније понуде за реализацију јавно-приватног партнерства.

Из горе наведеног очигледно је да јавно-приватно партнерство као концепт условљено претходним, *ex ante* решавањем комплексних питања: ово решавање претпоставља постојање одређеног нивоа експертизе и знања на страни јавног партнера. Уколико такве експертизе нема, улазак у јавно-приватно партнерство не може да буде базирано на верификабилним критеријумима учинка приватног партнера, што за последицу има настанак ризика прекида континуитета заштите јавног интереса као темељног елемента у реализацији пројеката са приватним актерима у јавном сектору.

3. *Ex post* аспект контроле јавног интереса

Док је остваривање поузданости верификације учинка приватног партнера кључни циљ *ex ante* контроле јавног интереса у уговорима о јавно-приватном партнерству, питање контроле јавног интереса у фази реализације уговора је да се флексибилност уговора не искористи за угрожавање наведеног интереса. Уговори о јавно-приватном партнерству требало би да обезбеде механизам уподобљавања његове садржине изменама контекста.

Обезбеђење флексибилности почива и на међусобном поверењу страна и кооперацији. Поверење и кооперација су елементи који долазе до изражаја у фази реализације уговора о јавно-приватном партнерству, с обзиром на то да у фази припреме јавни партнер (једнако као и приватни) воде рачуна и штите сопствене интересе.

Када се ради о флексибилности уговора, јасно је да правни систем не може да одврати стране од опортунистичког понашања у уговорним односима.⁷ Уколико обавеза уздржавања од опортунизма није предмет уговорне сагласности уговарача, трећа страна (суд или арбитража) нема могућност да је санкционише (Posner, 2000: 749–750). У контексту ЈПП-а, илустрација околности у којима суд или арбитража не могу да санкционишу опортуно понашање приватног партнера је следећа: трећа страна (суд или арбитража) може имати знање о постојању одређених политичких циљева јавног партнера који су разлог уласка у пројект јавно-приватног партнерства. Ови су циљеви разлог за ЈПП пројекат, али не морају бити изричито уговором дефинисани мимо генералне дескрипције (смањење сиромаштва, доступност инфраструктуре, заштита јавног интереса у најширем смислу). Супротан приступ који би подразумевао да суд или арбитража тумаче меру остваривање опште наведених политичких циљева садржаних у уговору (без јасних верификабилних критеријума за утврђивање њихове испуњености) значио би да судбина уговора зависи од општих изјава уговарача (слично као код преамбула међународних споразума) чиме се потенцијално нарушава интегритет уговорних обавеза.

Обезбеђење флексибилности уговора (па самим тим и елиминисање потенцијалног опортунитета актера) остварује се уколико је уговор као формална структура прожет принципом солидарности и кооперације: примарне обавезе из уговора сматрају се основом за даље уподобљавање уговора варијацијама контекста који га окружује.⁸ Кооперација би требало би да омогући да *lacunae* буду адекватно испуњене кроз сарадњу уговарача. Тиме се омогућава да одређени елементи размене који нису утврђени у уговору (па самим тим њихову правну перфектност не може верификовати трећа страна-суд или арбитража) буду самоизвршиве обавезе. Самоизвршивост је карактеристика поступања страна које извршавају обавезе не због потенцијалне одговорности за штету, већ због међузависности у извршењу уговора: јавни партнер пристаће на уподобљавање уговора о ЈПП-у јер тржиште не омогућава супституцију постојећег партнера новим партнером који ће адекватно реализовати пројекат (јавни партнер је у проблему „ограничења избора“ – „hold up“

7 Опортунизам страна јавно-приватног партнерства је настојање једне од страна (јавне или приватне) да из сопствених разлога захтева од друге стране понашање које је супротно принципима на којима функционише ЈПП, *in concreto* имплементираним у уговору о јавно-приватном партнерству. Видети више *supra* у напомени 5.

8 У литератури се сугерише да у дугорочним уговорима „правна средства играју секундарну улогу (...) и да неправни фактори играју кључну улогу у решавању спорова“ (McKendrick, 1995: 305, 309–310).

проблем).⁹ Приватни партнер ће адаптирати уговор како би очувао пословни углед и сачувао репутациону вредност неопходну за даље функционисање на тржишту. Описани баланс на коме се заснива самоизвршивост уговора о ЈПП-у остварује се и кроз дужност кооперације: у правном смислу, ова се дужност рефлектује кроз уговором предвиђену динамику, садржину и институционални формат преговора, сталну размену информација, транспарентност података о ефикасности функционисања пројекта јавно-приватног партнерства и слично. Такође, сама чињеница расположивости правних средстава за решавање спорова има значајан индиректан утицај на кооперативно понашање страна: наиме, пословни људи начелно избегавају спорове.¹⁰ Расположивост правног пута за заштиту сопствених права чини „сенку права“ у којој стране преговарају о постојећим или потенцијалним конфликтима произишлим из уговора у питању.

Илустрација значаја кооперације за одрживост баланса интереса јавног и приватног партнера као претпоставке самоизвршивости уговора је споразум о јавно-приватном партнерству којим се приватни партнер обавезује да изгради објекат за прераду отпада у циљу производње енергије (е. „Waste to Energy“) и експлоатише га одређени број година. Приликом експлоатације изградње објекта, јавни партнер може да задржи право да учествује у делу добити која се остварује кроз продају електричне енергије произведене из постројења. Може се уговорити да приватни партнер има право да продаје електричну енергију до одређене количине, а да се корист (цена) од вишка добијене електричне енергије дели између јавног и приватног партнера. То значи да између јавног и

9 Проблем „ограничења избора“ вид је опортуног понашања приватног партнера у контексту јавно-приватних партнерстава. Он настаје када се по обиму и структури оптимална трансакција (квалитет израде, време испоруке, количина производа/услуга) не може дефинисати са сигурношћу *ex ante*. *Hold up* проблем је облик *ex post* опортунизма једне од уговорних страна који настаје због специфичне сврхе елементарна трансакције. Стога је друга страна у нефлексибилној позицији (без алтернативних опција). У контексту ЈПП-а специфичност се пре свега односи на технологију, људски капитал, *know-how* приватног партнера. Успех инвестиције јавног партнера зависи од понашања власника друге имовине (приватног партнера) који има знања и способности која се не могу супституисати на тржишту. Суштински, проблем ограничења избора у контексту јавно-приватног партнерства је ситуација у којој јавни партнер омогући да приватни партнер уложи новац у пројекат ЈПП-а, након чега приватни партнер изврши модификацију дистрибуције користи на начин да има виши ниво добити од пројекта него што је то оправдано улагањима која је учинио.

10 Идеја да уговорна средства за повреду уговора практично нису од значаја код дугорочних уговора је тема која се анализира у литератури. Присутни су ставови да се „из резултата емпиријских студија намеће закључак да се формална правна средства ретко користе код дугорочних уговорних односа“ (Harris, 2005: 27–28, 31–38).

приватног партнера мора да постоји транспарентност информација о нивоу производње, методологији коришћења постројења, маркетиншком приступу и слично. Овај однос захтева одређени ниво поверења и однос *intuitu personae*.

Кооперација се ефикасно може подстаћи кроз механизам дефинисања цене. Код комплексних ЈПП уговора постоји механизам утврђивања максималне цене приватног партнера (*Guaranteed Maximum Price* – GMP цена). Реч је о цени која се дугује приватном партнеру за експлоатацију постројења, а која укључује стварне трошкове експлоатације (који су променљиви параметар) уз додаток фиксне надокнаде. Уколико укупан износ надокнаде пређе GMP цену, приватни партнер нема право да тражи разлику у цени. У случају да је цена мања него што је то GMP цена, позитивну разлику задржава јавни партнер. Приватни партнер је, дакле, економским разлогом (сноси терет повећања трошкова максималне гарантоване цене) принуђен да током реализације уговора тежи ефикасном коришћењу ресурса како би обезбедио већи профит. Истовремено је дужан да стварне трошкове експлоатације образложи и оправда јавном партнеру кроз достављање извештаја о методама експлоатације, програму рада, ценама, условима уговора са корисницима услуга у светлу потребе остваривања јавног интереса. Јавни партнер је мотивисан (јер задржава позитивну разлику у цени) да прати и учествује у реализацији уговора. Описани метод развија међусобну сарадњу и кооперацију.

Како су кризе у односу уговарача пратилац сваког уговорног односа (а посебно комплексног и дугорочног уговора попут уговора о ЈПП-у), могуће је да солидарност и сарадња еродирају у присуству конфликта. У таквим случајевима кооперација мора бити заснована не на алтруизму, већ на узајамној зависности уговарача. Међузависност има за резултат да страна уговора која није примила уговорену престацију не користи промтно механизам решавања спорова: уместо опортуног и нетолерантног понашања страна бира кооперацију. Ваља нагласити да међузависност нема исти интензитет током трајања уговорног односа: наведени се интензитет смањује како одмиче реализација уговора. Са смањењем међузависности, пропорционално расте могућност да стране поступају опортуно и да уместо принципа кооперације приступе заштити сопственог интереса пред судовима и арбитражама.

Литература

- Burnett, M. (2013). Public Private Partnership Contract Management-Still in Need of More Attention. *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* Vol. 3. 217–230.
- Gotanda, J.Y. (2003). Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts Revisited. *Vanderbilt Journal of Transnational Law.* Vol. 36. 1461–1473.
- McKendrick, E. (1995). The Regulation of Long-Term Contracts in English Law. У Beatson, J. и Friedman, D. (Прир.). *Good Faith and Fault in Contract Law.* Oxford: Oxford University Press.
- Posner, R. (2000). The theory of contract law under conditions of radical judicial error. *Northwestern University Law Review.* Vol. 3. 94. 749–774.
- Harris, D. Campbell, D. Halson, R. (2005). *Remedies in Contract & Tort*, 2nd. Cambridge.

Aleksandar Ćirić, LL.D,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Predrag Cvetković, LL.D,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

EX ANTE AND EX POST CONTROL OF THE PUBLIC INTEREST IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AGREEMENTS

Summary

The paper analyzes the provisions of public-private partnership agreement (hereinafter: the "PPP") in the context of control of the public interest in the process of preparing and implementing PPP projects. PPP agreements are a mechanism for defining rights and obligations of public and private partners in the process of realization of a particular PPP project. In spite of being defined as partnership, public and private interests largely remain competitive. However, in case it is not possible to achieve both interests at the same time, the public interest is deemed to have priority. The proper implementation of the supremacy of public interests over the private ones calls for an appropriate contractual definition of conditions and manner for such implementation. The methodology for exercising control of the public interest in PPP projects through agreements on public-private partnership has two aspects.

The first aspect is to provide verifiable parameters of legal, economic and technological conditions, as well as the procedure for selecting the best bid for the realization of public-private partnership (ex ante methodological aspect); these conditions are the basis for future PPP agreement. Ex ante methodology has to provide instruments for control of the public interest through pre-established mechanisms aimed at verifying whether the private partner has fulfilled the agreement. If such verification is not possible or if it is considered unreasonable (either financially or otherwise), it may raise an issue whether the public-private partnership is an adequate modality for implementation of the project aimed at promoting the public interest; it further implies that the public partner should resort to other options (employing "internal" resources or taking a loan for financing the projects of public interests).

The second aspect is that the PPP agreements are to provide for the proper implementation of the elements that ensure some flexibility in implementing the agreement as well as an effective control of such implementation (ex post methodological aspect). PPP agreements should provide a mechanism for adjusting their contents to changed circumstances, i.e. the social, legal and economic context which pervades the preparation, implementation and realization of the specific PPP project. Among other factors, this flexibility rests on mutual trust and cooperation of the contracting parties. Ultimately, in the context of control over exercising the public interest, the methodological approach of the PPP agreement essentially lies in preventing the public partner to succumb to the temptation of adopting the simplest available solution. Instead, it is necessary to clearly define the expectations which the public body as a title-holder of public interest has in regard of specific PPP projects, and to limit the responsibility of the public actor. The success of a PPP agreement in each particular case depends on the extent to which the agreement provides for adequate treatment of these presumptions.

Keywords: public-private partnerships and concessions, a PPP agreement, the methodology of "value for money", "hold-up" problem.

