

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Јелена С. Газивода

**УГОВОРИ О ДУГОРОЧНОЈ САРАДЊИ
ДРЖАВЕ, ЈАВНИХ ПРЕДУЗЕЋА
ОДНОСНО ЈЕДИНИЦА ЛОКАЛНЕ
САМОУПРАВЕ И ПРИВАТНИХ
ИНВЕСТИТОРА У ДОМЕНУ ОБАВЉАЊА
ДЕЛАТНОСТИ ОД ОПШТЕГ ИНТЕРЕСА**

- докторска дисертација -

Београд, 2015

UNIVERSITY OF BELGRADE
FACULTY OF LAW

Jelena S. Gazivoda

**AGREEMENTS ON LONG-TERM
COOPERATION BETWEEN THE STATE,
PUBLIC COMPANIES OR LOCAL SELF-
GOVERNMENT UNITS AND PRIVATE
INVESTORS IN THE DOMAIN OF
SERVICES OF GENERAL ECONOMIC
INTEREST**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2015

Подаци о ментору и члановима комисије

Ментор:

др Мирко Васиљевић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови комисије:

др Добросав Миловановић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Предраг Цветковић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Датум одбране: _____

**УГОВОРИ О ДУГОРОЧНОЈ САРАДЊИ ДРЖАВЕ, ЈАВНИХ ПРЕДУЗЕЋА
ОДНОСНО ЈЕДИНИЦА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ И ПРИВАТНИХ
ИНВЕСТИТОРА У ДОМЕНУ ОБАВЉАЊА ДЕЛАТНОСТИ
ОД ОПШТЕГ ИНТЕРЕСА**

Резиме

Предмет докторске дисертације представља истраживање правне природе, основних обележја и специфичности уговора о дугорочној сарадњи државе, јавних предузећа, односно јединица локалне самоуправе и приватних инвеститора у обављању делатности од општег интереса. Истраживање је усмерено на приказ различитих модела сарадње јавног и приватног субјекта, њихових иманентних обележја, предности и недостатака, а све ово у циљу правилног разумевања облика сарадње уговорних страна и адекватног одабира модела који ће, у зависности од околности конкретног случаја, допринети бољој реализацији пројекта, уз пуно испуњење очекивања уговорних страна. Централна пажња у истраживању посвећена је односу уговорних страна, у настојању да се овај однос разуме на начин који одговара његовој правној природи. Иако се у званичним изворима и у литератури однос јавног и приватног субјекта приказује као *сарадња*, *партнерство* и *синергија*, а релације уговорних страна приказују кроз *поверење*, *симетрију* и *паритет*, њихов однос је значајно сложенији, и у пракси се најчешће исказује као *диспропорција*, *неповерење*, *условљавање* и *ограничавање*. Оваква запажања немају за циљ да се супротставе бројим изворима који сарадњу јавног и приватног субјекта виде у оптимистичним категоријама, већ само и искључиво да допринесу правилном разумевању овог односа, управо у служби реалног поимања позиције уговорних страна у различитим фазама реализације пројекта, односно извршења уговора, успешном преговарању ових пројеката, и коначно, отварању, што је могуће већег, простора за овакву сарадњу јавног и приватног субјекта, пре свега, у циљу повећања конкурентности на националном и међународном тржишту, и добробити крајњих корисника услуга од општег интереса, али и цеколупне друштвене заједнице.

Уговори који су предмет ове докторске дисертације су, можда, најкомплекснији, највишеслојнији и најделикатнији уговори који се закључују последњих деценија. Овакво одређење ових уговора произлази из: (а) разлога за њиховим закључивањем, који се, често, пре објашњава нужношћу, него слободним избором; (б) предмета уговора, који се у највећем броју случајева везује за технолошки компликоване, иновативне, сложене и скупе инфраструктурне пројекте, који се реализују у различитим областима – инфраструктура (путеви, аеродроми, луке, железнице и др.), енергетика (гасоводи, нафтоводи, преносни системи за електричну енергију, хидро-централне, соларни паркови и др.), комуналне делатности (снабдевање водом за пиће, пречишћавање отпадних вода, управљање комуналним отпадом и др.), здравство (изградња/реконструкција болница, клиничких

центара, пружање здравствених услуга), просвета (изградња/реконструкција школа), друштвена брига и заштита (изградња/реконструкција прихватилишта, затвора и др.), одбрана (изградња/реконструкција војних објеката и војне инфраструктуре), спорт и туризам, и слично; (в) значаја ових пројеката за друштвену заједницу, при чему велики број ових пројеката бива препознат или јавно прокламован у пројекте од стратешког, општег или националног значаја; и (г) њихове вредности, која се креће у распону од неколико десетина милиона до неколико милијарди евра.

Однос јавног и приватног субјекта додатно компликује околност што овај однос надраста оквира двостраног уговорног односа, и израста у сложену структуру која укључује бројне друге учеснике који, сваки на свој начин и руковођени мотивом заштите својих интереса, кроје, боје, опредељују, ограничавају и условљавају однос јавног и приватног субјекта, на начин који се, неретко, противи основним традиционалним постулатима облигационих односа. Отуда, однос јавног и приватног субјекта није само правни однос, већ је то паралелно са њим, а некада и пре свега, пословни, комерцијални, економски и финансијски однос диктиран специфичношћу индустрије у којој се реализује.

Докторска дисертација обухвата и настоји да објасни и одређене односе и институте који одскора постоје и у домаћем правном систему, и то на начин да их суштински и проблемски анализира и приближи домаћој стручној и широј јавности, будући да о њима није детаљније писано, а од суштинског су значаја за разумевање комплексности односа јавног и приватног субјекта, али и односа финансијских институција које обезбеђују финансирање и њиховог утицаја на овај однос. Тај утицај је доминантан у односу на реализацију пројекта, односно извршење уговора, веома често има обележја условљавања, а понекад и ултиматума, и даје једно потпуно другачије разумевање односа уговорних страна, које значајно надмашује оквир пуке анализе уговорног односа, посматрано из перспективе традиционалног разумевања облигационих односа.

Рад обухвата увод, 25 поглавља и закључак. Дисертација је израђена на основу проучавања грађе која обухвата домаће и стране радове, значајан број домаћих и страних закона, других прописа и докумената, публикација међународних финансијских институција, које су укључене у реализацију пројеката који су предмет ове анализе, као и ограниченог броја страних судских одлука. Приликом израде предложене докторске дисертације коришћен је већи број различитих метода научног истраживања, и то: историјскоправни, функционални, структурални, позитивноправни, упоредноправни, мултидисциплинарни и логичке методе.

Истраживање је засновано на седам хипотеза: 1) уговорни однос јавног и приватног субјекта представља однос диспропорције уговорних страна који се „маскира“ под различитим терминима – „синергија“, „савез“, „партнерство“, „међусобна сарадња“, „паритет“, а у ствари представља дугорочну притајену супротстављеност интереса, упаковану у сложену архитектуру економско-комерцијално-финансијско-правних односа

која рефлектује игру моћи, код које се однос сарадње и условљавања наизменично смењују; 2) општи интерес представља контроверзну тачку повезивања интереса јавног и приватног субјекта, будући да током реализације пројекта, односно извршења уговора бива неутралисан и стављен у други план под доминирајућим утицајем других интереса, формално фигурирајући као кауза уговора, што суштински није; 3) уговорни однос јавног и приватног субјекта заснива се на посебном режиму *intuitu personae*, који се као такав прокламује а у пракси демантује, уговарањем механизма који му одузимају смисао и сврху; 4) однос јавног и приватног субјекта демантује начело аутономије воље уговорних страна у двострано обавезујућем односу, будући да однос уговорних страна диктирају и условљавају трећа лица која нису непосредно уговорне стране; 5) транспарентност поступка одабира приватног субјекта је само привидна, будући да архитектура односа које обухватају ови уговори имплементира механизме којима се начело слободног избора, једнаког приступа и транспарентности замењују одлуком субјекта који и није непосредно уговорна страна у односу; 6) посебан третман ризика и њихова расподела као кључна тачка ослонца односа уговорних страна и њихове (не)равнотеже и игре моћи, и 7) основни постулати облигационог права добијају другачије разумевање и тумачење у контексту сложених, споља и изнутра динамичних, односа уговорних страна и трећих лица.

Након провере постављених хипотеза, аутор закључује де је уговорни однос јавног и приватног субјекта променљив и сложен однос који садржи бројне елементе „међусобне сарадње“, „савеза“, „синергије“ и „партнерства“ уговорних страна, али да је овај однос истовремено, а понекад чак и претежно, однос диспропорције уговорних страна, који обилује елементима и манифестацијама неповерења, тензије, ограничења и међусобног условљавања уговорних страна, при чему је оваква диспропорција често наметнута споља, и под утицајем је сложене архитектуре економско-комерцијално-финансијско-правних односа, у којима учествује шири круг учесника у пројекту, која одражава континуирану игру моћи. Однос сарадње и међусобног условљавања уговорних страна и других учесника у пројекту се наизменично смењују, одржавајући континуирану динамичност односа.

Основну иницијалну тачку везивања јавног и приватног субјекта чини задовољење општег интереса, који представља каузу уговора. Међутим, улога других учесника у пројекту, пре свега финансијских институција које обезбеђују финансирање пројекта, преузима примат над задовољењем општег интереса. Тако се, уговарају различити механизми којима се обезбеђује „преживљавање“ пројекта, а све у циљу приоритетног обезбеђивања изимирења задужења по основу финансирања пројекта, а тек секундарно, обезбеђивања остварења општег интереса.

Уговорни однос јавног и приватног учесника у пројекту заснива се на посебном режиму *intuitu personae*, будући да се за партнера у пројекту бира онај приватни учесник за кога се на основу спроведеног поступка испитивања оспособљености да се реализује пројекат, дубоко верује да ће својим референцама, искуством, знањем, вештинама,

технолозијом и умећем, баш он, а не неки други приватни учесник, осигурати успех пројекта. Међутим, однос *intuitu personae* се у потпуности дерогира уговарањем права финансијера пројекта, да онда, кад они оцене да пројекту прети опасност, могу да активирају права са којим се јавни субјект најчешће, али не нужно, унапред *a priori* сагласио, да ступе на место пројектног друштва, у смислу обезбеђивања извршења обавеза пројектног друштва, и обезбеде управљање над њим, а ако ни ова мера не да наду у „преживљавање“ пројекта, да замене приватног субјекта новим приватним субјектом, који ће реализовати пројекат и обезбедити даље извршење уговора, пре свега у циљу намирења потраживања финансијера пројекта, а тек потом, ради опстанка друштвено значајног пројекта и остварења општег интереса. Остваривање оваквог права је контроверзно зато што је противно начелу аутономије воље и слободи избора уговорне стране, који уместо јавног субјекта чине финансијери пројекта.

Немогућност јавног и приватног субјекта да самостално реализују пројекат, нужно укључује у њихов однос и друге учеснике у реализацији пројекта – финансијере пројекта, подизвођаче, осигуравајућа друштва, и слично. Сви учесници у пројекту имају различите интересе који се надовезују на иницијални однос јавног и приватног субјекта, додатно га компликујући, условљавајући и опредељујући га. Интервенција у однос јавног и приватног субјекта некад је толико радикална да измене њиховог уговора припремају и предлажу лица која нису са њима непосредно у уговорном односу, али од чије улоге пресудно зависи опстанак пројекта. Интервенције трећих лица (пре свега, финансијера пројекта) у однос јавног и приватног субјекта су такве да се промена уговорне стране – приватног субјекта, коју на основу посебно уговорених механизма имају право да захтевају, спроводи противно уређеним процедурама одабира приватног субјекта. Тако, финансијери пројекта мимо јавног тендера, дакле противно начелу јавности, транспарентности, конкурентности и равноправног приступа који се прописује законом, уговором, на који јавни субјект често, али не увек, унапред даје сагласност, замењују уговорну страну, практично само обавештавајући јавног субјекта ко му је нова уговорна страна.

У средишту односа јавног и приватног субјекта налази се адекватна расподела ризика, која је од одлучујућег утицаја на успех пројекта, а која и сама одражава игру моћи јавног и приватног субјекта.

И, коначно, правилно разумевање сложене архитектуре односа различитих учесника у пројекту нужно захтева прилагођавање перспективе посматрања њиховог односа, на начин да се мора ублажити строго формално-правна визура, и у анализу односа укључити и анализа пословних, комерцијалних, финансијских, кредитних и техничких елемената овог односа, јер је само овакав холистички приступ гаранција правилног разумевања појединачних односа, али и њихове међузависности. Тако, одређена решења која изгледају противна правној логици, имају упориште у финансијској и комерцијалној логици, а реализација ових пројеката нужно захтева континуирану флексибилност и прилагодљивост.

Кључне речи: општи интерес, однос *intuitu personae*, модели сарадње јавног и приватног субјекта, одабир приватног субјекта, подела ризика, вредност за новац, дугорочност уговора, међусобна сарадња и контрола уговорних страна, финансирање уговора јавног и приватног субјекта, директни уговор.

Научна област: Правне науке

Ужа научна област: Пословноправна

УДК: 334.752(497.11)

AGREEMENTS ON LONG-TERM COOPERATION BETWEEN THE STATE, PUBLIC COMPANIES OR LOCAL SELF-GOVERNMENT UNITS AND PRIVATE INVESTORS IN THE DOMAIN OF SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST

Summary

The subject of the doctoral dissertation is a study of the legal nature, main characteristics and particularities of agreements on long-term cooperation between the state, public companies or local self-government units and private investors in the domain of services of general economic interest. The study is oriented towards an overview of the various models of cooperation between public and private entities, their specific characteristics, advantages and disadvantages, all with the goal of a proper understanding of the forms of cooperation between contracting parties and appropriate selection of the model which, depending on the circumstances of the concrete case, will contribute to better delivery of the project, and which fully meets the expectations of the contracting parties. The principal focus of the study is on the relationship between the contracting parties, with the aim of this relation being understood in a way that corresponds to its legal nature. Although official sources and literature present the relationship between public and private entities as cooperation, partnership and synergy, and the relations between the parties as trust, symmetry and parity, their relationship is significantly more complex, and in practice it usually appears in the form of disproportion, mistrust, conditionality and restrictions. This observation is not aimed at contradicting the numerous sources which perceive cooperation between public and private entities optimistically, but only and solely at contributing to the proper understanding of this relationship, for the purpose of a realistic comprehension of the positions of contracting parties in different stages of delivery of a project or implementation of an agreement, successful negotiation of such projects, and finally, to the maximum possible extent, to make room for future cooperation between public and private entities, primarily for the purpose of increasing competitiveness on the national and international market, the well-being of the final beneficiaries of services of general economic interest, and the well-being of the entire community.

The agreements that are the subject of this doctoral dissertation are perhaps the most complicated, complex, multipart and delicate agreements that have been executed over the past decades. Such determination of these agreements derives from: (a) the reason for their execution, which is often explained sooner by necessity than by free choice, (b) the scope of the agreement, which in the majority of cases relates to technologically complex, innovative, complicated and expensive infrastructural projects that are carried out in different sectors – infrastructure (highways, airports, ports, railways, etc.), energy (gas pipelines, oil pipelines, transmission systems for electric energy, hydro power-plants, solar parks, etc.), utilities (water supply, purification of waste waters, waste management, etc.), healthcare (construction/reconstruction of hospital, clinical centers, providing medical services, etc.), education (construction/reconstruction of schools), social care

and protection (construction/reconstruction of shelters, prisons, etc.), defense (construction/reconstruction of military facilities and military infrastructure), sports and leisure, etc., (c) the importance of these projects for the community, with many of these projects being recognized or publicly proclaimed to be projects of strategic, general or national interest, and (d) their value, ranging from tens of millions to several billion euros.

The relationship between public and private entities is additionally complicated by the fact that this relationship exceeds the scope of a bilateral relationship and becomes a complex structure which includes numerous other participants who, each in their own way and governed by the goal of protecting their own interests, tailor, color, determine, restrict and impose conditions on the relationship between public and private entities, in a manner which frequently contradicts the basic traditional postulates of contractual relations. Therefore, the relationship between public and private entities is not solely a legal relationship, but simultaneously, and sometimes primarily, a business, commercial, economic and financial relationship dictated by the particularities of the industry in which it is taking place.

The doctoral dissertation also covers and aims to explain certain relationships and institutes that have recently entered the domestic legal system, and to do this by analyzing their substance and role, and to acquaint the domestic experts and general public with these institutes, as literature on them is scarce, yet these relationships and institutes are of crucial importance for understanding the complexity of the relationship between public and private entities in projects, but also the influence of financial institutions that fund the projects and their impact on this relationship, their influence being dominant for the delivery of the project or implementation of the agreement, frequently with elements of conditionality, sometimes even ultimatums, and providing a completely different understanding of the relationship between the contracting parties, which significantly exceeds the scope of mere analysis of the contractual relationship, viewed from the perspective of traditional understanding of contractual relationships.

The thesis comprises an introduction, twenty five chapters and a conclusion. It is constructed on the basis of study of material including domestic and foreign papers, a large number of domestic and foreign laws, other regulations and documents, publications of international financial institutions involved in delivery of projects that are subject of this research, as well as several foreign judicial decisions. A number of different methods of scientific research were used in the preparation of the proposed doctoral dissertation, such as: historical, functional, structural, positive, comparative, multidisciplinary and logical methods.

The research is based on seven hypotheses: 1) a contractual relationship between a public and private entity in a project is a relationship of disproportion between the contracting parties „hidden“ behind various terms – „synergy“, „alliance“, „partnership“, „mutual cooperation“, „parity“, while it in fact constitutes long-term silent confrontation of interests, wrapped in a complex architecture of economic-commercial-financial-legal relationships, which reflects the game of power, in which cooperation and conditionality are continuously trading place; 2) general

interest is the controversial point of connection of public and private interests in the project, as it is neutralized and pushed aside during the course of delivery of the project or implementation of the agreement under the dominant influence of other interests, while formally figuring as the causa of the agreement, which it in fact is not; 3) a contractual relationship between a public and private entity is based on a special regime of *intuitu personae*, which is proclaimed as such but in practice negated by including mechanisms which deprive it of point and purpose; 4) the relationship between a public and private entity negates the principle of autonomy of will of the parties in a bilaterally binding relationship, as the relationship between the parties is dictated and conditioned are imposed by third parties who are not direct contracting parties; 5) transparency of the procedure for selection of a private entity is merely illusory, as the architecture of relationships encompassed by these agreements implements mechanisms by which the principles of free choice, equal access and transparency are substituted by decisions of an entity that is not a direct contractual party in the relationship; 6) special treatment of risks and their allocation is the key cornerstone of the relationship between the contracting parties and their (im)balance and game of power, and 7) the basis postulates of law on contracts and torts are understood and interpreted differently in the context of complex, externally and internally dynamic relationships between contracting and third parties.

Having tested the above set of hypotheses, the author concludes that the contractual relationship between public and private entities in projects is a variable and complex relationship which contains numerous elements of „mutual cooperation“, „alliance“, „synergy“ and „partnership“ among the contracting parties, but at the same time, sometimes even predominantly, is a relationship of disproportion between the contracting parties full of elements and manifestations of mistrust, tension, restrictions and mutual conditionality between the contracting parties, this disproportion frequently being imposed by external parties, and is influenced by the complex architecture of economic-commercial-financial-legal relationships, in which more participants take part in the project, and which reflects the continuous game of power. Cooperation and mutual imposing of conditions among contracting and other parties in the project take turns, preserving the continuous dynamic nature of the relationship.

The basic initial point of connection of the public and private entity in the project is satisfying the general interest, which represents the causa of the agreement. However, the roles of other participants in the project, primarily the role of the financial institutions funding the project, prevail over the general interest. Thus, various mechanisms are agreed which secure the „survival“ of the project, all in the interest of securing the priority settlement of debts based on the funding of the project, and only then of securing satisfaction of the general interest.

The contractual relationship between the public and private participant in the project is based on a special regime of *intuitu personae*, since the public participant in the project selects for its partner, after conducting the process of evaluation of its capability of delivering the project, that private participant in the project for whom it truly believes, based on its references, experience,

expertise, skills, technologies and capabilities, that it, and not some other private participant, will ensure success of the project. However, the relationship of *intuitu personae* is fully negated by including the right of financial institutions to choose to activate rights, if they believe that the project is jeopardized, which the public entity often, but not necessarily, consents to in advance, enabling the financial institutions to replace the project company in the context of securing settlement of the liabilities of the project company, and providing management over the company, and if these measures fail to provide hope for „survival“ of the project, to substitute the private partner with a new private entity, which will deliver the project and ensure implementation of the agreement, primarily in order to ensure settlement of debts towards the financial institutions, and only secondarily in order to secure survival of the project of importance for the general community and satisfying the public interests. The exercising of this right is controversial as it is contrary to the principle of autonomy of will and freedom of choice of the contracting party, as the choice is instead made by the financial institutions providing the funding.

The inability of the public and private entity to deliver the project themselves inevitably introduces other participants in delivery of the project into their relationship – financial institutions funding the project, subcontractors, insurance companies, etc. All participants in the project have different interests which are connected to the initial relationship between the public and private entity, making it more complicated, imposing conditions and determining the relationship by their influence. The intervening into the relationship between the public and private entity is sometimes so radical that amendments and supplements to the agreement are prepared and proposed by parties who are not in a direct contractual relationship with them, but upon whose role the survival of the project ultimately depends. The intervening of third parties (primarily, financial institutions funding the project) into the relationship between the public and private entity are such that the change of contractual party – private entity, which they are entitled to request based on specially agreed mechanisms, is conducted contrary to the determined procedures for selection of a private participant in the project. Thus, the financial institutions funding the project substitutes the contracting party, without a public tender and therefore contrary to the principles of publicity, transparency, competitiveness and equal access prescribed by the law, on the basis of an agreement, to which the public entity has frequently, but not necessarily, given its consent in advance, and practically simply informs the public entity as to who its new counterparty is.

Appropriate allocation of risk is at the core of the relationship between the public and private entity, being of decisive impact on the success of the project, and itself reflecting the game of power between the public and private entity.

Finally, proper understanding of the complex architecture of the relationships between the various participants in a project necessitates adjusting the perspective of the analysis of their relationship, such that the strictly formal legal perspective must be softened, and an analysis of the business, commercial, financial, credit and technical elements of the subject relationship included in the analysis of the relationship, since only such a holistic approach guarantees proper

understanding of the individual relationships and their interdependencies. Therefore, certain solutions that may appear to be contrary to legal logic have their grounding in financial and commercial logic, and delivery of such projects necessitates continuous flexibility and adjustment.

Key words: general interest, *intuitu personae*, models of cooperation between public and private entities, selection of a private entity, risk allocation, value for money, long-term duration of contract, mutual cooperation and control between contracting parties, funding agreements between public and private entities, direct agreement.

Scientific Area: Legal sciences

Specific Scientific Area: Business Law

UDC: 334.752(497.11)

САДРЖАЈ

ГЛАВА I	1
УВОД	1
1. Предмет.....	1
2. Значај.....	4
ГЛАВА II	7
ТЕРМИНОЛОШКА РАЗГРАНИЧЕЊА	7
1. Терминолошка разграничења и појашњења.....	7
ГЛАВА III	9
ПОЈАМ, ЗНАЧАЈ И ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА	9
1. Појам уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта	9
2. Значај уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.....	18
3. Основна обележја уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта	22
3.1. Принципи и начела на којима почивају ови уговори	22
3.2. Именовани и неименовани уговори	32
3.3. Формални уговори	35
3.4. Двострано обавезујући, теретни и комутативни уговори	36
3.5. Уговори са дуготрајним извршењем престација	39
3.6. Мешовити уговори.....	41
3.7. Уговори са споразумно одређеном садржином, индивидуални уговор, генерални и/или посебни уговори	42
3.8. Самостални и/или акцесорни уговори	47
3.9. Уговори <i>intuitu personae</i>	48
3.10. Каузални уговори.....	52
4. Природа односа јавног и приватног субјекта – „партнерство“ или вишеструко узајамно ограничавајући однос	53
5. Општи интерес – кауза уговора или нешто друго	54
ГЛАВА IV	60
ВРСТЕ УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА	60
1. Одабир врсте и модела уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта	60
2. Уговор о пружању услуга	63
3. Уговор о управљању	68
4. Уговор о закупу.....	72
5. Уговор о концесији	75
6. БОТ уговор.....	81
7. Уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса.....	90
8. Модел заједничког привредног друштва	94
9. Модел приватизације.....	95
10. Неименовани уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта	100
10.1.Модел уговорног односа који се заснива на аквизицији односно откупу изграђеног објекта односно постројења од стране државе	100
10.2. Модел уговорног односа који се заснива на закупу или под-варијанти продаје и издавања у закуп	101

10.3. Модел уговорног односа који се заснива на дугорочном закупу	102
11. Британски модел уговора о приватној финансијској иницијативи	102
ГЛАВА V	104
УГОВОРНЕ СТРАНЕ	104
1. Јавни субјект	104
2. Приватни субјект	110
3. Финансијери пројекта	119
4. Други учесници у пројекту	125
5. Двострано или вишестрано обавезујући однос?	130
ГЛАВА VI	135
ОДАБИР ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА	135
1. Јавне набавке и поступци компатибилни поступку јавних набавки као модел одабира приватног субјекта	138
2. Фактори који могу да утичу на реализацију пројекта	156
ГЛАВА VII	157
ПРЕДМЕТ УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА	157
ГЛАВА VIII	161
ПОДЕЛА РИЗИКА ИЗМЕЂУ УГОВОРНИХ СТРАНА	161
1. Идентификација и адекватна расподела ризика између уговорних страна	161
1.1. Дисперзија ризика	163
1.2. Преглед и класификација ризика	166
1.2.1. Политички ризици као општи ризик	167
1.2.2. Ризици повезани са припремама за започињање радова на изградњи	169
1.2.3. Ризици повезани са спровођењем изградње	177
1.2.3.1. Ризици који се повезују са садржином уговора са подизвођачима	180
1.2.3.2. Ризици који се повезују са подизвођачима	182
1.2.3.3. Ризици повезани са механизмима усклађивања цена	183
1.3. Ризици везани за оперативну фазу пројекта	185
2. Задовољење критеријума „вредност за новац“	199
ГЛАВА IX	212
МОДЕЛИ УГОВОРНОГ ОДНОСНО КОРПОРАТИВНО-СТАТУСНОГ ОДНОСА И САРАДЊЕ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА	212
1. Типични елементи уговора и практични модели успостављања и одржавања непосредне сарадње јавног и приватног учесника (<i>уговорна сарадња</i>)	215
2. Оснивање заједничког привредног друштва (пројектног друштва)	237
ГЛАВА X	286
ТРАЈАЊЕ УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА	286
ГЛАВА XI	300
ПОЧЕТАК ИЗВРШЕЊА УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА	300
1. Улога јавног субјекта у различитим фазама реализације пројекта	300
2. Критични датуми везани за почетак извршења уговора	306

3. Израда пројектне документације и сарадња јавног и приватног субјекта	309
4. Контрола испуњености уговорених стандарда и управљање квалитетом	310
ГЛАВА XII	311
ИЗВРШЕЊЕ УГОВОРНЕ ОБАВЕЗЕ ОСНИВАЊА ПРОЈЕКТНОГ ДРУШТВА ..	311
1. Оснивање пројектног друштва	311
2. Заштита конкуренције	324
3. Прелазак права и обавеза из уговора на пројектно друштво	335
ГЛАВА XIII	340
ДОГАЂАЈИ КОЈИ УТИЧУ НА ОДЛАГАЊЕ ЗАПОЧИЊАЊА ИЗВРШЕЊА	
УГОВОРА	340
1. Уговорно дефинисање околности које утичу на одлагање започињања извршења уговора, почетка пројекта, односно одлагања извршења ма које уговорне фазе	341
2. Правне последице наступања ових догађаја	349
3. Гаранције јавног и приватног субјекта	354
4. Датум до кога се мора започети спровођење уговора (енг. <i>effective date</i>) и датум до кога се мора започети извршење уговора – обављање делатности, односно пружање услуга (енг. <i>long-stop date</i>).....	357
5. Инструменти обезбеђења испуњења рока	359
ГЛАВА XIV	365
УГОВОРНО РЕГУЛИСАЊЕ ИЗГРАДЊЕ ПРЕДМЕТА ПРОЈЕКТА	365
1. Уговорно регулисање изградње и контроле изградње	365
2. Учесници у изградњи	374
3. Међусобна контрола јавног и приватног субјекта у пракси	374
ГЛАВА XV	376
УГОВОРНО РЕГУЛИСАЊЕ УПРАВЉАЊА И ОДРЖАВАЊА	376
1. Уговорно регулисање управљања и одржавања	376
2. Накнада приватног субјекта/пројектног друштва	383
3. Контрола управљања и прихода од стране финансијера пројекта	390
ГЛАВА XVI	392
НАДЗОР НАД РЕАЛИЗАЦИЈОМ ПРОЈЕКТА И ИЗВРШЕЊЕМ УГОВОРА	392
1. Интерна контрола пројектног друштва	392
2. Контрола јавног субјекта	393
3. Независни инжењер	395
4. Контрола финансијера пројекта	398
5. Контрола подизвођача	400
6. Последице незадовољавајућег извршења уговора	400
ГЛАВА XVII	402
ФИНАНСИРАЊЕ УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ	
СУБЈЕКТА	402
1. Финансирање улагања у капитал пројектног друштва	404
2. Пројектно финансирање	406
3. Исплативост пројекта	410

4. Прибављање средстава пројектног финансирања на међународном финансијском тржишту	412
5. Промене околности у извршењу уговора и њихов утицај на финансирање пројекта	412
6. Синдицирани кредити	414
ГЛАВА XVIII	418
ОСТАЛИ РИЗИЦИ ПОВЕЗАНИ СА УГОВОРИМА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА ОД ЗНАЧАЈА ЗА ИЗВРШЕЊЕ ОБАВЕЗА УГОВОРНИХ СТРАНА	418
1. Промена цена на међународном тржишту	418
2. Промене прописа у земљи у којој се оснива пројектно душтво	419
3. Политички ризици	420
4. Инфлаторни ризик	421
5. Валутни ризик	421
6. Тржишни ризик	422
7. Промена технологије	423
8. Процена и управљање ризицима	425
ГЛАВА XIX	426
ОСИГУРАЊЕ КАО ОБАВЕЗАН ЕЛЕМЕНТ УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА	426
1. Врсте ризика повезаних са уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта ..	432
2. Ризици повезани са првом фазом реализације пројекта	432
3. Ризици повезани са другом фазом реализације пројекта	436
4. Инструменти умањења последица наступања ризика	438
5. Ризици који се не могу осигурати	442
6. Додатни захтеви финансијера пројекта у вези са осигурањем	445
7. Најважнији елементи стандардних клаузула осигурања које захтевају финансијери пројекта	447
ГЛАВА XX	451
ПРОМЕНА КОНТРОЛЕ (ВЛАСНИЧКЕ ИЛИ УГОВОРНЕ) НА СТРАНИ УГОВОРНИХ СТРАНА	451
1. Разлози за забринутост на страни јавног субјекта	451
2. Разлози за забринутост на страни приватног субјекта	455
3. Начини уговорног предупредивања негативних последица промене контроле по пројекат	455
ГЛАВА XXI	458
УСТУПАЊЕ УГОВОРА И ИЗВРШЕЊЕ ПОСЛА	458
1. Ограничења уступања уговора на страни јавног субјекта	458
2. Ограничења уступања уговора на страни приватног субјекта	463
3. Ограничења уступања уговора која се захтевају у односу на финансијере пројекта	464
ГЛАВА XXII	467
ПРЕСТАНАК УГОВОРА	467
1. Истек уговора и његове последице	467

2. Раскид уговора и његове последице	480
ГЛАВА XXIII	501
ДИРЕКТНИ УГОВОР	501
1. Појам, значај, циљ и обележја директног уговора.....	501
2. Најважније одредбе директног уговора	505
3. Директни уговор у домаћем праву	514
4. Ступање у уговор јавног субјекта	515
ГЛАВА XXIV	519
УГОВАРАЊЕ РЕФИНАНСИРАЊА	519
1. Одређивање рефинансирања.....	519
2. Разлози за забринутост на јавног субјекта	520
3. Сагласност јавног субјекта.....	520
4. Модели рефинансирања	523
ГЛАВА XXV	525
ДРУГЕ ЗНАЧАЈНЕ ОБАВЕЗНЕ ОДРЕДБЕ УГОВОРА	525
1. Одредбе о заштити права интелектуалне својине	525
2. Вођење детаљних евиденција, право на информацију и одредбе о чувању поверљивих информација	531
3. Поверљивост података о личности и других података који уживају посебну законску заштиту	537
4. Меродавно право и решавање спорова	538
ГЛАВА XXVI	545
ДРУГЕ СТАНДАРДНЕ ОДРЕДБЕ	545
ГЛАВА XXVII	550
ЗАКЉУЧАК	550
ЛИТЕРАТУРА	I-XIX
ПРИЛОЗИ	10-89

Глава I

УВОД

1. Предмет

Уговори о дугорочној сарадњи државе, јавних предузећа, односно јединица локалне самоуправе и приватних инвеститора у домену обављања делатности од општег интереса (у даљем тексту: уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта) представљају правни инструмент на коме се, у последње две деценије, заснивају готово сви најзначајнији инфраструктурни, стратешки и инвестициони пројекти на глобалном нивоу. Потреба за оваквим видом сарадње јавног и приватног субјекта настала је више као производ нужности, него као производ слободног избора. Демографски раст, с једне стране, и императив обезбеђивања економског и технолошког напретка, који је у данашње време услов обезбеђивања конкурентности националних економија, с друге стране, довео је јавне субјекте – државу, јавна предузећа, односно јединице локалне самоуправе, у огроман раскорак у погледу жеља и могућности у вези са обављањем делатности које традиционално спадају у јавни сектор. Демографски раст се узрочно-последично одразио на пораст потражње, а постојећа инфраструктура, по својим карактеристикама, капацитетима и техничко-технолошким особеностима не може да одговори потребама повећаног броја крајњих корисника одређеног производа, односно услуге. Раскорак између понуде и потражње додатно проблематизују: вредност објеката, постројења, односно система посредством којих се обављају делатности, односно пружају услуге од општег интереса; чињеница да је светска економија већ низ година у рецесији; као и околност да се обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса одвија на посебном тржишту, односно, прецизније речено, функционише ван тржишта, будући да се овим делатностима, најчешће на ексклузивној основи, која неретко има призивок монопола, баве искључиво јавни субјекти. Додатни проблем представља и околност да су производи, односно услуге од општег интереса најчешће повезани са задовољењем најважнијих животних потреба, а с тим у вези, како је то случај готово свуда у свету, и са политиком одржавања социјалног мира, која је опасна јер се често злоупотребљава, супротно интересу коме треба да служи. Немогућност да се нови инвестициони пројекти самостално изведу, и монопол у обављању делатности од општег интереса на страни јавног субјекта, обрнуто су сразмерни позицији приватног субјекта, који има способност да обезбеди слободна финансијска средства, али нема приступ тржишту које је за њега традиционално затворено, а на које жели да се укључи. Дакле, однос јавног и приватног субјекта је базично заснован на диспропорцији,

асиметрији, игри моћи, различитим интересима, међусобном (не)разумевању и нужности да међусобно сарађују. Деликатност овог односа је појачана и околношћу да ни јавни, ни приватни субјект самостално, чак и онда када помире своје позиције и уједине своје интересе и напоре, немају капацитет да реализују пројекат, те се у њега укључују и трећа лица – субјекти који обезбеђују финансирање пројекта и бројни подизвођачи. Дакле, један двострани уговорни однос служи као основ за изградњу и развијање сложене архитектуре пословних, финансијских и правних односа великог броја учесника у овој комплексној структури. Стога, уговорни однос јавног и приватног субјекта представља однос диспропорције уговорних страна који се „маскира“ под различитим терминима – „синергија“, „савез“, „партнерство“, „међусобна сарадња“, „паритет“, а у ствари представља дугорочну притајену супротстављеност интереса, упаковану у сложену архитектуру економско-комерцијално-финансијско-правних односа, који рефлектују игру моћи.

Сарадња јавног и приватног субјекта није сама себи циљ, већ настаје ради задовољења интереса шире групе корисника одређеног производа, односно услуге. Отуда је у средишту односа јавног и приватног субјекта задовољење интереса најшире групе корисника, које добија прерогативе општег интереса. Међутим, општи интерес, као база односа јавног и приватног субјекта око кога се даље граде и други уговорни односи који су уткани у овај сложени пословно-финансијски мозаик, прераста у свој антипод и постаје контроверзна тачка повезивања интереса јавног и приватног субјекта, будући да током реализације пројекта, односно извршења уговора бива неутралисан и стављен у други план, под доминирајућим утицајем интереса финансијских институција, које нису уговорна страна јавном субјекту. Крајњи ефекат овог процеса је то да општи интерес, као кауза уговора јавног и приватног субјекта, остаје то само на папиру, што би у традиционалном разумевању облигационих односа водило закључку да више нема смисла да уговорне стране остану у уговорном односу, што оне, ипак, и даље добровољно чине, на чему се заснивају друга и последња хипотеза.

Нужност превазилажења сопствених ограничења приморава јавног субјекта на сарадњу са приватним, при чему јавни субјект то чини у законом уређеном поступку, претходно испитујући способност приватног субјекта да реализује конкретни пројекат и полагајући огромно поверење баш у њега, због чега се овај однос заснива на посебном режиму *intuitu personae*. Међутим, стална игра моћи, односно императив заштите новца уложеног у реализацију ових пројеката, уводи уговорне механизме којим се установљава право финансијских институција које обезбеђују финансирање (у даљем тексту: финансијери пројекта), а које нису уговорна страна јавног субјекта, да овом односу одузму карактер односа *intuitu personae*, замењујући, по својој процени и у свом најбољем интересу, раније одабраног приватног субјекта новим. Одабир новог приватног субјекта врши се мимо

воље јавног субјекта и без спровођења јавног и конкурентног поступка, чиме се првенствено обезбеђује континуирана исплата кредита, које су обезбедили финансијери пројекта, а тек потом и задовољење општег интереса. Све ово противи се традиционалном разумевању облигационих односа који почивају на начелу аутономије воље и разумевању уговора као закона између уговорних страна које су га закључиле, што се настоји доказати трећом, петом и последњом хипотезом.

Сложена архитектура односа учесника у реализацији пројекта надраста основни однос јавног и приватног субјекта, али иде и даље у своју крајност, демантујући двострано обавезујућу правну природу уговорног односа, будући да однос уговорних страна диктирају и условљавају трећа лица која нису уговорне стране, при чему се мисли, преваходно на финансијере пројекта, што је основа четврте хипотезе.

Основни постулат на коме се заснива сарадња јавног и приватног субјекта је јавни поступак одабира приватног субјекта, заснован на начелу једнаког приступа, равноправног третмана свих понуђача, обезбеђивању конкурентности и транспарентности поступка одабира приватног субјекта, а све ово у циљу одабира убедљиво најбољег саговорача јавном субјекту, који ће својим искуством, знањем, технологијама и експертизом осигурати успешну реализацију пројекта. Међутим, супротно уређеном поступку, а све под оправдањем опстанка пројекта којим се обезбеђује остваривање општег интереса, финансијери пројекта за себе осигуравају право да пронађу новог приватног субјекта, који ће обезбедити реализацију пројекта, и то на основу уговора којим јавни субјект даје своју сагласност унапред, без претходних сазнања о томе који приватни субјект ће са њим ступити у уговорни однос, преузимајући права и обавезе приватног субјекта који је иницијално одабран у законом уређеном поступку, а кога су финансијери пројекта искључили из уговорног односа са јавним субјектом. Тако, финансијери пројекта, уместо јавног субјекта, обезбеђују реализацију пројекта, истовремено парадоксално осигуравајући и остваривање општег интереса, чиме само прикривају најдрастичнији пример игре моћи у служби осигуравања исплате кредита.

Средиште односа јавног и приватног субјекта чини адекватна расподела ризика која треба да осигура принцип да уговорне стране на себе преузму оне ризике за које се претпоставља да ће моћи да их лакше, брже и јефтиније предупреду, односно да ефикасније отклоне последице њиховог наступања. Адекватна расподела ризика постоји само онда када уговорне стране имају разуман однос, будући да пребацивање већег броја ризика на другу уговорну страну не води успешној, већ најчешће проблематичној реализацији пројекта, што, као свој крајњи исход, води раскиду уговора.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, који су предмет ове анализе, су по много чему специфични, што налаже промену визуре у њиховом посматрању и разумевању.

Та околност захтева и излагање из строго формалног оквира традиционалних облигационих односа, будући да разумевање ових уговора и њихово правилно тумачење нужно подразумева разумевање пословних, комерцијалних, техничко-технолошких, а пре свега финансијских односа, јер су сви они, у међусобној повезаности, и уз пуно разумевање њихових некада и логичких супротстављености, нужни за разумевање овог сложеног, изнутра и споља супротстављеног, комплексног и, неретко, контроверзног живог организма. Традиционално поимање облигационих односа некада ће бити јако важно, али у другим случајевима може да представља и камен спотицања у разумевању начина на који функционише ова комплексна архитектура односа.

Предмет докторске дисертације биће ограничен на правне аспекте односа јавног и приватног субјекта, пресликане у уговоре који их повезују и међусобно обавезују, уз, где год је то потребно, уношење и основних битних елемената неких других дисциплина, само у мери да се приближе и појасне односи бројних учесника у реализацији пројеката од општег интереса. Области финансија, рачуноводства, кредитирања, изградње и техничко-технолошки процеси који су иманентни различитим индустријама и областима у којима се реализују ови пројекти, остају по страни ове анализе, и препуштају се на инспирацију, критику или похвалу експертима из тих области.

2. Значај

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта не представљају непознаницу у српском праву и домаћој пракси. У тренутку када је започело формирање још увек скромне домаће праксе није постојао комплетан законски оквир на основу кога су се ови пројекти реализовали. Можда је неправедно рећи да Република Србија није имала комплетан законски оквир за реализацију пројеката сарадње јавних и приватних субјеката јер су постојали прописи на основу којих је реализован ограничен број пројеката који по својим обележјима и карактеристикама, подсећају на пројекте, односно уговоре који су предмет ове анализе, али је потпуно основано истаћи да законски оквир није био усклађен са највишим стандардима реализације ових пројеката присутних у свету, али и у блиском суседству. Због тога је, нажалост, и дошло до неуспеха неколико великих пројеката који су били започети у Републици Србији у другом миленијуму. Оно што се у пракси показало посебно деликатним, и, како аутор, на основу личног искуства учествовања у овим пројектима, истиче, критичним, за (не)успех одређеног броја иницираних пројеката било је неразумевање, односно недовољно разумевање: принципа и начела на којима се заснивају ови односи; основних комерцијално-финансијских параметара на којима су засновани пројекти сарадње јавног и приватног субјекта; економско-правне логике ових односа;

захтева за континуираном флексибилношћу уговорних страна; ризика који су повезани са реализацијом ових пројеката и разумне (рас)поделе ризика између уговорних страна; и нужности промене визуре разумевања економских и правних института, који се не могу подвести под, нити изједначити, па ни упоредити са особеностима других економско-правних односа.

Основу за реализацију значајнијих пројеката који су се у Републици Србији спроводили од краја 90-их година прошлог века наовамо чинили су: Закон о облигационим односима,¹ Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса,² Закон о концесијама,³ Закон о комуналним делатностима,⁴ и др. Колико год да су се ови прописи унапређивали на основу потреба домаће праксе, они су били недовољна база за реализацију великих инвестиционих пројеката јавних и приватних субјеката који су укључивали екстерно финансирање обезбеђено од стране међународни финансијских институција, вредности неколико милијарди евра. Непознавање природе ових уговора, неразумевање постулата на којима почивају, немогућност да се апстрактно појми сложена архитектура односа коју ови уговори уређују (динамичних и споља и изнутра), и, на свему томе базиран, недостатак флексибилности у преговорима, указали су на апсолутну нужност едукације оних који ће се у будућности наћи у преговарачким тимовима на страни јавног субјекта и нужност унапређења законског оквира. Законски оквир је значајно унапређен доношењем Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама,⁵ а примена поменутог закона је додатно унапређена формирањем Комисије за јавно-приватна партнерства.⁶ Међутим, оно што и даље остаје као задатак шире друштвене заједнице, опште и академске јавности, а посебно оних који ће учествовати у реализацији ових пројеката је континуирана едукација, пре свега на разумевању основних обележја ових уговора, уз обавезу накнадног уважавања специфичности сваког појединачног пројекта, који одлучујуће детерминишу услове и начин његове реализације.

Посебно важно питање јесте и разумевање ових уговора од стране носилаца правосудне функције, пре свега судија, који се у досадашњој пракси нису сусрели са доношењем одлука у сложеним пројектима који захтевају богато правно, економско,

¹ Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука Уставног суда Југославије и 57/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93; *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

² Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса, *Службени гласник РС*, бр. 25/00, 25/02, 107/05, 108/05 – исправка и 123/07 – др. закон.

³ Закон о концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 55/2003 (чијим ступањем на снагу је престао да важи ранији Закон о концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 20/97, 22/97 и 25/97).

⁴ Закон о комуналним делатностима – ЗКД, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011 (чијим ступањем на снагу је престао да важи ранији Закон о комуналним делатностима, *Службени гласник РС*, бр. 16/97 и 42/98).

⁵ Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама – ЗЈПК, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011.

⁶ Више о надлежностима, саставу, активностима и одлукама Комисије за јавно-приватна партнерства на: www.ppp.gov.rs.

финансијско и комерцијално знање, али и добро познавање конкретне индустрије у којој се одређени пројекат реализује.

Стога, овај документ представља скроман покушај да се унапреди разумевање ових сложених уговорних односа те да се укаже на њихову дубину, комплексност, унутрашњу динамику и супротстављеност, али донекле и на њихову контроверзност, као и да се дају одговори на поједина питања, и отвори простор за додатна размишљања, одговоре и критике у односу на дилеме којима се аутор бавио, хипотезе које је развио и закључке које је донео. Размишљања и закључци аутора базирани су на бројној литератури која се бави овим питањем, разумевању праксе спровођења ових пројеката у другим државама и правним системима, али великим делом и на личном искуству и пракси стеченој током готово десетогодишњег учествовања на различитим пројектима који су укључивали елементе сарадње јавних и приватних субјеката, личним дилемама, отвореним питањима, лутањима, преиспитивањима и резултирала су формирањем суда који се овим износи пред стручну и ширу јавност. Независно од тога што је у овом раду речено, стављено под знак питања, оспоравано, доказивано и закључено није коначно, јер је суштина ових пројеката, а самим тим и уговора који их уређују, непрекидна промена, континуирана флексибилност и стално настојање да се један однос који је, суштински, однос конфронтације и неравнотеже доведе, или настоји да се доведе, до стања синергије, кохабитације и сарадње. Али, како представници финансијских институција које обезбеђују финансирање ових пројеката истичу, оно што чини сваки од ових пројеката особеним, те стога и опасним за далекосежне и трајне закључке, су детаљи и ситне особености сваког конкретног пројекта и сваког појединачног уговора, а „ђаво лежи у детаљима“.⁷

⁷ *The devil is in details* – чувена крилатица која се често користи у пројектном финансирању. Вид. E. R. Yescombe, *Principles of Project Finance*, Elsevier Academic Press, Oxford 2014², 2.

Глава II

ТЕРМИНОЛОШКА РАЗГРАНИЧЕЊА

1. Терминолошка разграничења и појашњења

Терминологија коришћена у овој дисертацији такође је заснована на еволуцији односа јавних и приватних субјеката у последње две деценије, која опредељујуће утиче на разумевање односа уговорних страна и настојање да се различити модалитети односа јавног и приватног субјекта наслове адекватним термином који ће једноставно, убедљиво, кроз употребу само једне речи представити и приказати конкретан однос.

Колико год језик био корисно оруђе за боље разумевање и изражавање суптилних разлика у односима, он некада није довољно јасан, концизан и прецизан, а понекад може креирати и двосмислена значења и навести на погрешне закључке. Тако се у литератури која објашњава однос јавног и приватног субјекта, који је предмет ове дисертације, често среће термин „приватизација“,⁸ што овај однос суштински није, иако може да има елементе и приватизације, који су тада иманентни само једном од модела сарадње јавног и приватног субјекта.

Однос јавног и приватног субјекта има различите појавне облике, објашњењу чијих особености и разлика је посвећена посебна пажња у Глави IV овог рада, те ћемо на овом месту, само у циљу прављења увода у разумевање односа јавног и приватног субјекта и избегавања непотребних понављања, указати на следеће термине који ће се касније користити и детаљније елаборирати: „пружање услуга“, „управљање“, „закуп“, „концесија“, „изгради-управљај-предај“, „поверавање обављања делатности од општег интереса“, „заједнички подухват/заједничко привредно друштво“, „приватизација“, „јавно-приватно партнерство“, „приватна финансијска иницијатива“, и др.

Као што је разумевање односа јавног и приватног субјекта суштински разумевање односа игре моћи (енг. *game theory*),⁹ тако је и терминолошко одређење односа уговорних страна својеврсна језичка игра,¹⁰ која, на суптилан начин, практично маскира праву природу односа уговорних страна, који у реалном животу одсликава стална тензија у односима

⁸ Emanuel S. Savas, „Privatization and Public-Private Partnerships“ (adapted from: E. S. Savas, *Privatization in the City: Successes, Failures, Lessons*, chapter 1, Washington 2005), 1-2, доступно на: http://hum.ttu.ee/failid/oppematerjalid/PPP/Savas_PPP_privat_seletav.pdf - 10.4.2015.

⁹ Предраг Цветковић, „Теорија игара као аналитички оквир јавно-приватног партнерства“, *Заједница људских и мањинских права у европском правном простору*, Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш 2013, 241-254.

¹⁰ Matteo Rossi, Renato Civitillo, „Public-Private Partnerships: a general overview in Italy“, *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 109/2014, 143-144.

уговорних страна, смена односа сарадње и пропорције и односа супротстављености, неповерења и међусобног условљавања. Односи јавног и приватног субјекта се последњих година све више крећу у правцу одређења односа уговорних страна као односа „партнерства“, „уговорног савеза“, „синергије“, „сарадње“ и „паритета“, што овај однос и јесте, али само делом. Овакво одређење је, у извесном смислу, део општеприхваћене политичке коректности и друштвене одговорности, која има значајног утицаја и на односе сарадње јавног и приватног субјекта, посебно имајући у виду национални, стратешки и друштвени значај који се придаје овим пројектима, како због њиховог предмета и вредности, тако и због њиховог значаја за развој националних економија појединачних држава на глобалном нивоу.

У настојању да објасни природу односа јавног и приватног субјекта, аутор се пажљиво користио језиком, настојећи да језик уподоби смислу конкретног односа или проблема. У појединим моментима, аутор је користио изразе који су, по његовом мишљењу, примеренији правој природи овог односа, а све је то учињено искључиво у намери потпунијег и бољег разумевања сложене, вишеслојне, динамичне, на необичан начин супротстављене, а ипак одрживе и функционишуће архитектуре пословних, економских, финансијских, правних, комерцијалних и техничких односа и релација бројних учесника у овом комплексном подухвату.

Глава III

ПОЈАМ, ЗНАЧАЈ И ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА

1. Појам уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта представљају комплексан, вишеслојан, сложен, динамичан, дугорочан, изнутра напет, али уједно и усклађен однос сарадње и заједничког деловања јавног и приватног субјекта, чији су пословни интереси, иницијално усмерени на испуњење различитих циљева, међусобно уједињени, помирени, усклађени и усмерени ка испуњењу вишег, друштвено корисног циља, који надмашује појединачне интересе уговорних страна и доприноси општем бољитку и напретку шире друштвене заједнице.

У правној теорији и у различитим изворима права (националним и/или наднационалним) ови уговори се, имајући у виду њихова обележја, а пре свега сарадњу, кохезију и синергију утицаја јавног и приватног субјекта, најчешће називају генеричким појмом „јавно-приватна партнерства“,¹¹ при чему ни овакво уопштено и генеричко одређење ових уговора најчешће не прати општа, јединствена, довољно свеобухватна, нити прецизна дефиниција ове врсте уговора. Разлози за то су бројни: (а) ова категорија уговора обухвата палету разноликих уговора који имају различит предмет, с тим да се у пракси типични модели ових уговора веома тешко идентификују и препознају, јер, у зависности од околности конкретног случаја и природе пројекта чијој реализацији су намењени, добијају флуидне хибридне форме¹² које у себи комбинују елементе различитих уговора, неретко носећи назив уговора чија обележја понајмање рефлектују у пракси; (б) сарадња јавног и приватног субјекта у извршењу уговора има различите основе, различите појавне облике и различите последице; (в) сарадња јавног и приватног субјекта се, по правилу, не заснива само на једном уговору, већ на сету повезаних уговора који заједно, у свом склопу, опредељују и уређују однос уговорних страна, тако да разматрање ових уговора подразумева анализу сложене вертикалне и хоризонталне пословно-комерцијално-

¹¹ *Public-private partnerships – P3* (на енглеском и немачком језику); *Partenariat Public Privé* (на француском језику); *Partenariato Pubblico Privato* (на италијанском језику); *Государственно-частное партнерство* (на руском језику); *Alianza Público-Privada* (на шпанском језику).

¹² Вид. Предраг Цветковић, „Правни режим јавно-приватног партнерства као вид `хибридне регулативе’“, *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, Тематски зборник радова, Правни факултет у Нишу, Ниш 2014, 89-101.

финансијско-правне архитектуре,¹³ која у својој повезаности и неодвојивости одређује однос уговорних страна;¹⁴ (г) ови уговори, иако формално-правно гледано, представљају однос јавног и приватног субјекта, надмашују оквире сарадње уговорних страна и под значајним су утицајем других субјеката, који нису уговорне стране у овом односу али одлучујуће утичу на уговорни однос страна уговорница; (д) за разлику од других, комерцијалних уговора, ови уговори су у значајно већој мери под утицајем различитих спољних фактора (политичких, геополитичких, стратешких, глобално или регионално економски детерминисаних услова и чинилаца) који утичу на уговорни однос, условљавају га и мењају.

Одређени као „јавно-приватна партнерства“, ови уговори су на овај уопштен начин дефинисани односно уређени на више различитих нивоа: (а) од стране бројних међународних организација или наднационалних заједница држава (Европске уније – *EU*,¹⁵ Уједињених нација – *UN*,¹⁶ Организације за економску сарадњу и развој – *OECD*,¹⁷ и др.); (б)

¹³ У литератури се, уместо формулације „архитектура односа“ (што је термин за који се определио аутор имајући у виду вишеслојност односа) сарадња јавног и приватног субјекта, дефинисана као јавно-приватно партнерство даље одређује као „кишобран појам“ (енг. *umbrella term*) – вид. Предраг Цветковић, „Јавно-приватно партнерство у правном систему Републике Србије-полазна разматрања“, Зборник радова Правног факултета у Нишу LXIII, Ниш 2012, 158; или као „унутар-организациони однос“ (енг. *inter-organizational relationship/IOR*). У литератури се уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта често означавају и као *sui generis* уговори. Вид. Предраг Цветковић, „Уговорни режим јавно-приватног партнерства: *sui generis* карактер као последица холистичког приступа“, Зборник радова Правног факултета у Нишу 66/2014, Ниш 2014, 105-118.

¹⁴ Осим генералног уговора који уређује однос јавног и приватног субјекта, којим се уговорне стране међусобно обавезују на предузимање одређених активности и радњи, различити нивои и аспекти сарадње уговорних страна се уређују посебним уговорима, који се наслањају и надовезују на основни/генерални уговор, дефинишући даље, наниже и у појединостима, појединачне аспекте ове сарадње.

¹⁵ Смернице Европске комисије за успешна јавно-приватна партнерства из 2003. године одређују јавно-приватно партнерство као „партнерство између јавног и приватног сектора у сврху реализације пројекта или услуга које традиционално пружа јавни сектор“. Вид. *EU Commission Guidelines for Successful Private-Public Partnerships*, March 2003, доступно на: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf - 10.4.2015. С друге стране, Зелена књига Европске комисије одређује јавно-приватна партнерства као „облике сарадње јавног и приватног сектора у циљу обезбеђивања финансирања изградње, реконструкције, управљања и одржавања инфраструктуре или пружања услуга“, и као основна обележја овог односа истиче: (а) дуг рок трајања партнерства; (б) приватни сектор као примарни извор финансирања; (в) расподелу одговорности између јавног и приватног сектора за реализацију пројекта, и (г) расподелу ризика према способности страна да их процене, контролишу и управљају ризицима. Вид. *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*, Commission of the European Communities, Brussels, 30.04.2004, COM(2004) 327 final, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=EN> - 10.4.2015.

¹⁶ Смернице Уједињених нација о унапређењу добре управе у јавно-приватним партнерствима из 2008. године дефинишу јавно-приватна партнерства као „иновативне методе које користи јавни сектор приликом закључивања уговора са приватним сектором, у којима приватни сектор доприноси пројекту улагањем капитала и своје способности да изведе пројекат на време и у оквирима прописаним буџетом пројекта, док јавни сектор задржава одговорност да најширем кругу корисника пружа услуге, на начин да се кроз овакав вид сарадње са приватним сектором постиже боље задовољење потреба најширег круга корисника, обезбеђујући истовремено и даљи економски развој и побољшавање општег квалитета живота“. Вид. *United Nations Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, доступно на: <http://www.unecce.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf> - 10.4.2015.

¹⁷ Принципи Организације за економску сарадњу и развој који уређују ангажман приватног сектора у инфраструктури из 2007. године одређују јавно-приватно партнерство као „моделе сарадње приватног сектора са јавним сектором, који могу да имају за предмет пружање ограничених услуга или могу да имају садржину и форму уговора о управљању, преко јавно-приватног партнерства у ужем смислу те речи, до делимичне или потпуне приватизације“... „у којима јавни и приватни сектор имају различите улоге и одговорности, и у којима преузимају на себе различите врсте и обим ризика“.... Вид. *OECD Principles for Private Sector Participation in Infrastructure*, доступно на: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/ppp.htm> - 10.4.2015.

од стране међународних финансијских институција (Светске банке – *WB*,¹⁸ Међународног монетарног фонда – *IMF*,¹⁹ Европске банке за обнову и изградњу – *EBRD*,²⁰ Европске инвестиционе банке – *EIB*,²¹ и др.); (в) на националном нивоу и то кроз посебне законе који уређују јавно-приватна партнерства или кроз друге законе који уређују посебне области.²²

Потреба за дефинисањем и одређивањем, иако представља први аналитички корак ка бољем разумевању, из горе наведених разлога је вишеструко ограничавајућа, те уместо покушаја да се ови уговори дефинишу, њихово разумевање треба да крене управо обрнутим путем – разумевањем разлога за конституисањем уговорног односа јавног и приватног субјекта, основних обележја њихове сарадње који опредељују битне елементе појединачних уговора и утичу на њихове специфичности, те, тек за овим, може да уследи покушај њиховог дефинисања. Покушај дефинисања уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта праћен је ризиком да се њиховим одређењем изврши генерализација која ће бити недовољно општа да би објединила сва њихова основна обележја и специфичности, и недовољно посебна да би исказала и одразила све њихове разноликости и комплексност овог односа.

Централно питање које одлучујуће утиче на разумевање ових уговора је шта су циљ и сврха закључења ових уговора. Питање циља и сврхе закључења ових уговора није питање

¹⁸ Светска банка јавно-приватна партнерства дефинише као „механизме којима јавни сектор спроводи набавку и обезбеђује јавну инфраструктуру и/или пружа јавне услуге ослањајући се на финансирање и експертска знања које обезбеђује приватни сектор“, о чему детаљније видети у приказу Светске банке доступном на: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview> - 13.4.2015. Светска банка, додатно, одређује јавно-приватна партнерства и као „аранжмане између јавног и приватног сектора у којима део послова, делатности или услуга које спадају у надлежност јавног сектора обавља, односно пружа приватни сектор, а све ово на основу уговора којим се јасно дефинишу заједнички циљеви у вези са обезбеђивањем јавне инфраструктуре и/или пружањем услуга од општег интереса“. Вид. <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/> - 13.4.2015.

¹⁹ Међународни монетарни фонд одређује јавно-приватна партнерства као „аранжмане код којих приватни сектор омогућава реализацију инфраструктурних пројеката и пружање услуга у делатностима које традиционално обавља јавни сектор“. О детаљима одређења јавно-приватног партнерства ММФ-а вид. *Public Private Partnerships*, International Monetary Fund, March 12, 2004, доступно на: <http://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf> - 13.4.2015.

²⁰ Европска банка за обнову и развој јавно-приватно партнерство не дефинише непосредно, али га у бројним студијама, публикацијама и документима посредно одређује као један од, у пракси најзаступљенијих инструмената којима се обезбеђује развој инфраструктуре кроз допринос приватног сектора финансирању пројеката уз истовремено обезбеђивање експертских знања, ефикасног управљања, преноса *know-how*-а, чиме се омогућава превазилажење буџетских ограничења јавног сектора, а истовремено обезбеђује повећање квалитета у обављању делатности, односно пружању услуга од општег интереса. Детаљније о одређењу јавно-приватног партнерства од стране Европске банке за обнову и развој доступно на: <http://www.ebrd.com/what-we-do/sectors/legal-reform/ppp-concessions.html> - 13.4.2015.

²¹ Европска инвестициона банка дефинише јавно-приватна партнерства као „генеричан појам који означава различите облике сарадње и односа јавног и приватног сектора у циљу обезбеђивања средстава за реализацију пројекта/финансирања пројекта и експертских знања од стране приватног сектора, а све ово у сврху обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса. Израз *јавно-приватно партнерство* се, отуда, користи да обједини већи број различитих односа јавног и приватног сектора, почев од оних лабавијих, неформалних облика сарадње и стратешких партнерстава, преко уговора о пројектовању, грађењу, финансирању и управљању (ДФФО) и формалних институционалних облика оличених у оснивању заједничког привредног друштва (*joint venture*)“. Вид. *The EIB's Role in Public-Private Partnership*, European Investment Bank, 15 July 2004, доступно на: <http://www.eib.org/infocentre/publications/all/the-eibs-role-in-public-private-partnerships-ppps.htm> - 13.4.2015.

²² У највећем броју законодавстава, уговори јавног и приватног субјекта нису уређени посебним законом, већ се на однос уговорних страна примењују закони који уређују облигационе односе, комуналне услуге, приватизацију, јавне набавке или закони који уређују посебне области, на пример, енергетику, воде, здравствене услуге, телекомуникације, различите врсте саобраћаја, поштанске услуге, и др.

per se, већ питање битно сложеније конотације, које улази у разумевање структуре овог сложеног односа и даје елементе за разумевање бројних других особености ових уговора. Као циљ и сврха закључења ових уговора могло би се одредити обезбеђивање обављања делатности, односно пружања услуга широј популацији корисника којим се пружа сигурност, извесност, континуитет, бољи квалитет²³, повољнија цена, модернији и корисницима прилагођенији начин и технологија обављања делатности, односно пружања услуга под тржишним условима и уз обезбеђивање конкурентности. Кад се циљ и сврха закључења уговора пренесу на ниво анализе позиције, обележја деловања и интереса учесника у овом односу – јавног и приватног субјекта – добија се следећи обрнуто сразмеран резултат:

❖ Пословање јавног субјекта карактеришу следећа обележја:

(а) има монопол над обављањем делатности од општег интереса; (б) крајњи корисници његових услуга су неодређен круг трећих лица; (в) његов циљ је најмање тројак: (i) обезбеђивање задовољења интереса и потреба крајњих корисника производа, односно услуга, чиме оправдава своје постојање, (ii) обезбеђивање прихода јавном буџету, чиме оправдава своју корисност, и (iii) обезбеђивање кадровског преживљавања олично кроз политички аспект пословања, рефлектован кроз одржавање на власти на основу ефеката и резултата његовог деловања; (г) средства која може да обезбеди и стави у функцију обављања или унапређења обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса су ограничена на: (i) буџетска средства, која су предмет економичног планирања унапред, посебно у раздобљима економске кризе,²⁴ и (ii) средства која прибавља задужењима на слободном финансијском тржишту, која су ограничена због његове везаности за буџет²⁵ и најчешће ниске стопе наплативости производа, односно услуга које пружа; (д) политика формирања цена није заснована на тржишним условима, већ на контроли цена ради обезбеђивања социјалног мира; (ђ) степен наплативости потраживања за обављену делатност, продате производе, односно пружене услуге је мали и заснован на селективној наплати и непостојању адекватног система евиденције, контроле и организованог поступка наплате потраживања, имуног на социјалне и политичке притиске; (е) застарелост технологије; (ж) недовољна обученост кадра за обављање делатности, односно пружање услуга, односно континуирано заостајање за трендовима и најбољом праксом пословања у конкретној индустрији у којој послује; (и) гломазан и инертан систем

²³ Предраг Цветковић, „Регулаторни оквир јавно-приватног партнерства: преглед нових решења“, *Полис* – часопис за јавну политику 2/2012, 11.

²⁴ Graeme A. Hodge, Carsten Greve, „Public-Private Partnerships: An International Performance Review“, *Public Administration Review* 3/2007, 548.

²⁵ Татјана Павловић-Крижанић, „Локална јавно-приватна партнерства у Србији-између прописа и реалности“, *Полис* – часопис за јавну политику 2/2012, 22.

управљања; (j) nedovoljna motivisanost i nedostatak poslovne orijentacije i poslovne discipline, i (k) isključiva odgovornost i snošenje svih rizika realizacije projekta od izgradnje objekta, postrojenja odnosno sistema do obavljanja delatnosti, odnosno pružanja usluga od opšteg interesa, koja u realnom životu nema suštinske posledice za nedovoljnu aktivnost, proaktivan odnos i nedostatak preduzetničkog duha.

❖ Пословање приватног субјекта карактеришу следећа обележја:

(a) није присутан на тржишту обављања делатности од општег интереса, или је његово присуство ограничено на пружање мањег броја услуга; (б) корисници његових услуга су неодређен круг комерцијалних клијената; (в) његов циљ је један, али веома наглашен – обезбеђивање што је могуће већег профита; (г) средства која може да обезбеди и стави у функцију обављања делатности нису ограничена и могу да се прибаве из два извора: (i) део средстава за обављање делатности обезбеђују његови оснивачи/чланови/акционари кроз капитална улагања, а (ii) недостајућа средства приватни субјект може да прибави и кроз задуживање на слободном финансијском тржишту; (д) политика формирања цена је заснована на строго тржишним и конкурентним условима; (ђ) степен наплативости потраживања за обављену делатност, продате производе, односно пружене услуге је висок, захваљујући постојању адекватног система евиденције, контроле и организованог поступка наплате потраживања, имуног на све притиске; (е) примена модерних технологија које обезбеђују конкурентност на тржишту; (ж) висока обученост кадра за обављање делатности, односно пружање услуга заснована на континуираном усавршавању и упознавању са најновијим трендовима и најбољом праксом, а све ово у циљу одржавања корака са конкуренцијом и обезбеђивања што је могуће бољег пласмана; (и) једноставни и ефикасни системи управе засновани на принципу вишеструке контроле (енг: *four eyes principle*); (j) изузетна мотивисаност, наглашена пословна оријентација, пословна дисциплина и усредсређеност на остваривање што је могуће већег профита, и (к) искључива одговорност и сношење свих ризика реализације пројекта од изградње објекта, постројења, односно система, до обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, која се у реалном животу санкционише финансијски.

Ако се упореде горе наведене карактеристике циљева, начина деловања, приоритета и управљања јавног и приватног субјекта, намеће се закључак да јавни и приватни субјекти послују у одвојеним системима унутар исте привреде и представљају потпуно одвојене пословне универзуме. Овај закључак је тачан, али само делимично. Јавни и приватни субјекти делују унутар истог привредног система али су, унутар њега, присутни на различитим нивоима – обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса је сфера која је, у свим системима на свету, традиционално резервисана за јавне субјекте на различитим нивоима (националном, регионалном или локалном). Упоређивање сваке горе

наведене тачке указује на потпуно обрнут однос – што говори о драматично различитим позицијама ових субјеката. Отуда се поставља питање како је и да ли је могуће приближити њихове позиције, шта је то што их упућује једне на друге и како би, поједностављено приказано, изгледао њихов однос након помирења ових разлика.

Фактор приближавања и повезивања јавног и приватног субјекта јесу управо њихова појединачна ограничења, претежно она на страни јавног субјекта, која се компензују предностима приватног субјекта. Економске прилике, социјална клима, потражња за одређеном врстом производа, односно услуге, притисак јавног мњења да се исти обезбеде и финансијска ограничења представљају основ на коме се гради однос јавног и приватног субјекта. Тако, јавни субјект у чију ексклузивну надлежност спада обављање одређене делатности, односно пружање одређене врсте услуга, трпи притисак захтева шире друштвене заједнице да се корисницима одређених производа, односно услуга исте пруже по први пут, или да се унапреди, увећа капацитет или побољша квалитет производа, односно услуга које јавни учесник већ пружа, али на недовољном нивоу (недостатак довољног капацитета, лошији квалитет, немогућност обезбеђивања континуитета у снабдевању, и др). Јавни учесник самостално не може да одговори овом захтеву будући да: (а) нема финансијска средства којима може да реализује такав пројекат, нити има могућност да их прикупи у догледно критично време, а вредност ових пројеката је, по правилу, изузетно велика; (б) не поседује искуство, знање, потребне вештине, технологију и опрему да самостално изведе пројекат који укључује одређене стандарде; (в) нема стручњаке који би могли да обезбеде његову успешну реализацију. Али, јавни субјект, с друге стране, може да понуди: (а) подршку у реализацији пројекта, посебно у процедурално-административном смислу, коју приватни учесници немају у околностима кад самостално изводе пројекат; (б) одређену имовину или одређена права, која нису уобичајена у комерцијалном пословању и на која приватни учесник не би могао да рачуна у другим пројектима који се спроводе на тржишним основама; (в) поступан и ограничен улазак на тржиште које је, традиционално, резервисано за ентитете са јавним прерогативом; (г) обезбеђивање профита под приближно тржишним условима, како себи тако и приватном ентитету; (д) дугорочан однос који отвара врата за даљу, комплекснију и профитабилнију сарадњу јавног и приватног субјекта. Оно што нуди јавни субјект, компензује ограничења приватног субјекта будући да: (а) овакви пројекти омогућују приватном субјекту улазак на тржиште на дугорочној и, често ексклузивној, основи, на коме до тада није био присутан, што даје не само директну корист, већ увећава могућност експанзије кроз повезане делатности и услуге које приватни субјект може да пружи, што води увећавању профита приватног субјекта; (б) подршка јавног субјекта у бржем и ефикаснијем решавању административних питања омогућава превазилажење проблема на којима у комерцијалним трансакцијама, приватни субјект губи

значајно време и новац, и (в) обезбеђује присутност и препознатљивост приватног субјекта на тржишту, што је предуслов његове даље експанзије, раста и увећања профита.

Међусобна ограничења јавног и приватног субјекта представљају, дакле, предуслове за настанак овог односа, јер управо њихова међусобна ограничења рефлектују заједничку меру интереса да се уђе у одређени пословни однос. Међутим, за настанак и одржавање пословног односа јавног и приватног субјекта додатно је потребно и: (а) међусобно одрицање од других циљева и модуса пословања који су, засебно посматрано, иманентни јавном и приватном субјекту; (б) потпуна посвећеност другом систему вредности и циљева, који се гради на уникатној основи у сваком појединачном пројекту, и (в) флексибилност, отвореност и разумевање за промене које могу настати током реализације пројекта, и спремност да се, у доброј вери, реагује на промене и однос одржи уз међусобне уступке који ће, у сваком тренутку, одражавати заједничку меру интереса да се пројекат изведе до краја.²⁶

Комплексности овог односа додатно доприноси и околност да је успех у реализацији уговора јавног и приватног субјекта условљен још једним споразумом, који није споразум страна уговорница заснован на економским, правним, комерцијалним, техничким или другим сличним параметрима. Успех пројекта јавног и приватног субјекта директно је условљен постојањем *друштвеног споразума* да се пројекат спроведе, дакле споразумом у коме учествују не само крајњи корисници производа, односно услуга, који су непосредно веома заинтересовани и отуда спремни да подрже пројекат (али се могу показати и као варијабилни фактор, којим се може управљати и манипулисати), већ и знатно шири и недовољно одређен круг лица, најшире одређен као друштво. *Друштвени споразум* је, овде, коришћен само као прикладнији назив да се означи политички²⁷ или друштвено-политички споразум на нивоу јавног субјекта који непосредно учествује у спровођењу пројекта, или на вишем нивоу,²⁸ који, како је пракса показала, одлучујуће утиче на реализацију пројектата односно судбину ових односа.²⁹

Деликатности овог односа доприноси и то да, осим *друштвеног споразума* без кога нема успеха ових пројектата, однос јавног и приватног субјекта мора да континуирано ужива и *подршку финансијера пројекта* (односно њихов експлицитан допуст да се пројекат реализује под уговореним условима), који су формално-правно ван овог односа, а једнако

²⁶ У литератури се приближавање интереса јавног и приватног субјекта назива „галванизацијом јавног и приватног интереса“. Вид. Предраг Цветковић, „Хармонизација јавног и приватног интереса кроз јавно-приватно партнерство: оглед о двостепеној структури“, *Усклађивање права Србије са правом ЕУ*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш 2014, 253-268.

²⁷ Предраг Цветковић, „Детерминанте регулаторног оквира јавно-приватног партнерства у државама западног Балкана“, *Балкан у процесу евроинтеграције, модернизација и развој*, Филозофски факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2011, 134.

²⁸ Татјана Павловић-Крижанић, 33.

²⁹ *EU Commission Guidelines for Successful Private-Public Partnerships*, 35; Toshiaki Sakatsume, Alexandru Chirmiciu, „Towards a more Effective Measurement of the Environment for Public-Private Partnerships“, *Law in Transition online*, EBRD, October 2012, 4; доступно на: http://www.ebrd.com/downloads/research/news/lit112_full.pdf - 13.4.2015.

као и *друштвени споразум*³⁰ од утицаја су на судбину пројекта, преиспитујући, оцењујући и контролишући економско-финансијску одрживост овог односа.

Превазилажење ограничења јавног и приватног субјекта, њихова одређеност да заједнички, не као конкуренти већ као партнери, реализују одређени пројекат, даје следећу матрицу, која може да послужи као основ за дефинисање ових уговора. Доњи приказ односа јавног и приватног субјекта, након помирења разлика, даје се само у циљу настојања да се ови уговори дефинишу, уз наглашавање чињенице да је сваки од ових уговора специфичан, и да у пракси не постоје два идентична уговора ове врсте.

❖ Пословање јавног и приватног субјекта, обједињених и уједињених у мисији остварења заједничког циља, карактеришу следећа обележја:

(а) обављање делатности или пружање услуга од општег интереса од стране посебног ентитета – пројектног друштва, друштва посебне намене, односно заједничког привредног друштва (у даљем тексту: пројектно друштво);³¹ (б) корисници услуга пројектног друштва су корисници производа, односно услуга од општег интереса на нивоу државе, регије, области, града, локалне самоуправе, у зависности од географског и циљног опсега пројекта; (в) циљ пројектног друштва у вези са обављањем делатности, односно пружањем услуга од општег интереса је обезбеђивање задовољења интереса и потреба корисника производа, односно услуга од општег интереса, уз истовремено остваривање профита овог друштва; (г) средства за реализацију пројекта пројектно друштво обезбеђује, најчешће, из два извора: (i) мањи део средстава за обављање делатности обезбеђују његови оснивачи/чланови/акционари кроз капитална улагања (ii) претежан део средстава за реализацију пројекта овај субјект обезбеђује задуживањем на слободном финансијском тржишту, најчешће кроз пројектно финансирање;³² (д) политика формирања цена је заснована на комбинацији контролисаних цена и формирања цена у складу са тржишним условима;³³ (ђ) степен наплативости потраживања за обављену делатност, продате

³⁰ Љубиша Владушић, „Јавно-приватно партнерство у функцији бржег економског развоја“, *Зборник радова Економског факултета* 6/2012, 395.

³¹ Највећи број уговора јавног и приватног субјекта укључује оснивање пројектног друштва, најчешће од стране приватног субјекта. Пројектно друштво је, најпре, ангажовано на обезбеђивању свих техничких услова у поступку припреме за обављање делатности, а касније, након изградње објекта, постројења, односно система, ово друштво преузима на себе и обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса. У зависности од модела сарадње, пројекат се може реализовати и без оснивања пројектног друштва. У овим случајевима пројекат реализује приватни субјект, који непосредно или преко свог већ постојећег привредног друштва обавља делатност односно, чешће, пружа услуге од општег интереса. Могућ је и модел сарадње код кога већ постојећем привредном друштву (чији је оснивач јавни субјект) приступа (кроз стицање власничког учешћа) приватни субјект, тако да привредно друштво које је већ постојало на тржишту и обављало делатност, односно пружало услуге од општег интереса, то наставља да чини, уз одговарајућу подршку приватног субјекта, као новог власника или једног од власника тог привредног друштва.

³² Небојша Ђирић, „Предности и ограничења примене пројекта партнерства јавног и приватног сектора у Србији“, *Правни билтен Локална самоуправа – Прописи и пракса* 2/2009, Стална конференција градова и општина, 5.

³³ Приход који остварује пројектно друштво може да буде: (i) из једног или ограниченог броја извора – кад јавни субјект директно плаћа пројектном друштву цену за обезбеђене производе. односно пружене услуге, кад се цена одређује уговором, уз могућност њених измена, или (ii) кад пројектно друштво приход остварује непосредно од

производе, односно пружене услуге је висок захваљујући постојању адекватног система евиденције, контроле и организованог поступка наплате потраживања, имуног на различите притиске; (е) примена модерних технологија које обезбеђују конкурентност на тржишту које у пројекат уноси и имплементира приватни субјект; (ж) висока обученост кадра за обављање делатности, односно пружање услуга, заснована на континуираном усавршавању и упознавању са најновијим трендовима и најбољом праксом, у циљу одржавања корака са конкуренцијом и обезбеђивања што је могуће бољег пласмана, што обезбеђује приватни субјект; (и) системи управе пројектног друштва засновани на принципу флексибилности³⁴ уз комбинацију са принципом вишеструке контроле (енг: *four eyes principle*), чиме се обезбеђује адекватна заступљеност и јавног и приватног субјекта у управи, уз обезбеђивање одговарајућих механизма за превазилажење евентуалне блокаде у раду органа друштва; (ј) изузетна мотивисаност, наглашена пословна оријентација, пословна дисциплина и усредсређеност на обезбеђивање задовољења интереса и потреба крајњих корисника производа, односно услуга од општег интереса, уз истовремено остваривање што је могуће већег профита, и извршење обавеза према другим субјектима који учествују у реализацији пројекта, и (к) адекватна расподела ризика у различитим фазама реализације пројекта.

На основу горе наведеног приказа основних елемената споразума и сарадње партнера на реализацији ових сложених пројеката, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта би се могли дефинисати као сложен, дугорочан економско-правни однос, заснован на споразуму уговорних страна и широј подршци друштвене заједнице, којим се, на бази адекватне расподеле ризика, обезбеђује обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса ширем кругу корисника. Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће се реализују уз оснивање пројектног друштва од стране приватног субјекта. Посредством пројектног друштва, приватни субјект обезбеђује предуслове за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса, улажући у пројектно друштво своја финансијска средства и омогућујући пројектном друштву да се самостално задужује на слободном финансијском тржишту, обезбеђујући модерну технологију, високу обученост кадра, ефикасно, контролисано и професионално управљање, уз остваривање профита из средстава која му исплаћује јавни субјект и/или наплатом од крајњих корисника производа, односно услуга од општег интереса.

Горња дефиниција уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта је генерална, на начин да настоји да у најкраћем сублимира њихова посебна обележја, којима се издвајају у посебну групу уговора која је предмет ове анализе, и представља лични напор аутора да их

крајњих корисника производа, односно услуга, кад цену може да одреди под тржишним условима или у складу са тарифом коју претходно одобрава јавни субјект, у зависности од природе и предмета пројекта. *Прим. аут.*

³⁴ Robin de la Motte, David Hall, „The European Commission’s Guide to Successful Public-Private Partnerships – a critique“, *Public Services International Research Unit*, University of Greenwich, May 2003, 4.

одреди, али никако није свеобухватна јер се односи на шаролику групу уговора који се међусобно веома разликују, што овом напору даје веома ограничен домашај.

Мера сусретања и подударана интереса јавног и приватног субјекта која је дата у настојању да пружи иницијално разумевање појма ових уговора, представља уједно и идеално замишљену и постављену меру односа јавног и приватног субјекта, дату само из разлога анализе ових уговора, приказану у пресеку оптималних тачака ослонца и сусретања интереса јавног и приватног субјекта. Иако основне детерминанте овог односа остају непромењене, позиције јавног и приватног субјекта се од идеалног односа који понекад, али не увек, постоји у тренутку закључења уговора, померају ка њиховом природном стању сукобљености интереса, које пресликава и одражава реалне интересе, циљеве и пословну политику јавног и приватног субјекта, који су фундаментално супротстављени, на начин како су горе приказани. Управо овакве удаљене интересне позиције јавног и приватног субјекта чине овај уговорни однос комплексним, динамичним и изнутра живим, будући да се идеални сценарио равнотеже континуирано ремети, установљавањем дисбаланса као последице настојања уговорних страна за већим или мањим задовољењем њихових супротстављених интереса, од којих оне никада у потпуности не одустају, упркос споразуму који су међусобно постигле. Овај променљив и осетљив однос уговорних страна додатно је уздрман условљавањима, перманентном контролом и ревидирањем њиховог споразума од стране шире друштвене заједнице и/или финансијера пројекта, који одлучујуће утичу на судбину њиховог односа.

Додатно, однос јавног и приватног субјекта је однос економско-финансијско-комерцијално-техничке-правне природе, са посебним акцентом на економском, комерцијалном и финансијском аспекту овог односа што, за разлику од других врста уговора, овим уговорима даје посебна обележја, те у погледу уређења појединих односа уговорних страна импутира одређена решења утврђена у нашироко применљивим одредбама ових уговора, које је пракса исклесала и које су сада већ и постале типске одредбе појединих уговора ове врсте, а која се, једним делом, косе са основним уговорним начелима или принципима карактеристичним за друге именоване уговоре.

2. Значај уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта имају вишеструк значај. У литератури³⁵ и економским прегледима и анализама, као и у теоријским разматрањима о

³⁵ Вид. Bing Li, Akintola Akintoye, *Public-Private Partnerships, Managing risks and opportunities*, (eds. Akintola Akintoye, Matthias Beck, Cliff Hardcastle), Blackwell Science, Oxford 2003, 7.

значају ових уговора најчешће се наводе погодности по јавног субјекта, који кроз сарадњу, односно синергију са приватним субјектом, обезбеђује:

(а) боље и квалитетније задовољење интереса и потреба крајњих корисника производа, односно услуга,³⁶ организујући свеобухватну набавку која му у једном јединствено спроведеном поступку одабира приватног учесника у пројекту омогућује реализацију сложених, комплексних, дуготрајних и скувих пројеката, које самостално не би могао да спроведе, а уз буџетска ограничења³⁷ која има, не би могао да реализује пројекат у једном даху, већ би за одвојене сегменте истог пројекта,³⁸ ангажовао различите приватне субјекте, а некада и истог приватног субјекта у више сукцесивних међусобно неповезаних периода. Та околност се одражава како на време реализације пројекта, тако и на континуитет и квалитет пружања услуга, и отвара сложена питања пресека одговорности и (не)могућности обезбеђивања неопходне компатибилности, униформности и уједначености у обављању делатности/пружању услуга;

(б) увођење нових технологија,³⁹ унапређење постојећег фондуса знања и стицање *know-how*-а.⁴⁰ Ограничени ресурси јавног субјекта не одражавају се само на започињање нових пројеката, већ се линерално преносе и на већ постојеће пројекте у које је потребно додатно инвестирати, да би што дуже служили својој сврси и били у функцији. Инвестиција не значи нужно изградњу објекта, постројења, односно система, већ и унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, кроз осавремењивање технологија, методологија и поступака обављања делатности, увођење нових техничких решења и њихове имплементације. Како време у коме живимо представља време модерних технологија, у коме је животни век одређених технолошких система ограничен најчешће на неколико година, обезбеђивање квалитета у обављању делатности/пружању услуга подразумева континуирано одржавање корака са најновијим достигнућима и стално увођење иновација. Јавни сектор традиционално карактерише инертност и недовољно праћење развоја нових технологија. Ово се, највећим делом, може објаснити монополским положајем јавних субјеката који им гарантује ексклузивитет у обављању одређених делатности односно пружању услуга од општег интереса, што се последично одражава на одређени конформитет у пословању. Међутим, принцип тржишне економије све брже и агресивније разара и

³⁶ Предраг Цветковић, Тамара Миленковић-Керковић, „Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања“, *Право и привреда* 4-6/2011, 758-770.

³⁷ Слађана Г. Средојевић, *Јавно-приватно партнерство*, Архипелаг, Институт економских наука, Београд 2010, 18; Ненад Илић, „Основне идеје које стоје иза нових законских решења“, *Полис – часопис за јавну политику* 2/2012, 4.

³⁸ Применљиво код пројеката који, по својој природи, допуштају поделу по деоницама, трасама или временским периодима.

³⁹ Louis Witters, Revital Marom, Kurt Steinert, „The Role of Public-Private Partnerships in Driving Innovation“, *The Global Innovation Index* 2012, 85.

⁴⁰ Rob Ball, Maryanne Heafey, David King, „Private Finance Initiative – a good deal for the public purse or a drain on future generations“, *Policy & Politics* 1/2000, The Policy Press, 101.

традиционалне монополе, води све раширенијој либерализацији тржишта и отварању могућности крајњим корисницима услуга на избор у коме су одлучујући критеријуми за одређивање за конкретног добављача кумулативно постављени критеријуми цене, квалитета и доступности. Ове промене, пробудиле су јавни сектор и приморавају га да буде бржи, ефикаснији и конкурентнији, а све ово може да оствари само ако иде у корак са конкурентима којима је највећа дугорочна инвестиција, инвестиција у знање, модерне технологије и општи напредак;

(в) рентабилност која се огледа у интеграцији⁴¹ и умањењу укупних трошкова реализације пројекта.⁴² Смањење укупних трошкова реализације пројекта⁴³ огледа се, пре свега, у спајању и синергији⁴⁴ ресурса, знања, искуства и напора јавног и приватног субјекта окупљених око истог циља, уз адекватну поделу одговорности и сношења ризика, где су забележена⁴⁵ смањења трошкова⁴⁶ у висини од до готово ¼ вредности пројекта (св 24%), што се, исказано у номиналној вредности пројекта, рефлектује кроз значајне уштеде;

(г) скраћење времена неопходног за реализацију пројекта,⁴⁷ праћено значајном уштедом.⁴⁸ Спровођење пројекта који би јавни субјект започео самостално и спроводио у континуитету, или сукцесивно, по фазама, било би вишеструко ограничено: (i) константним недостатком финансијских средстава, односно ограниченом могућношћу финансирања, (ii) пасивним односом репрезентата јавног субјекта према роковима, (iii) недостатком опреме, (iv) недостатком експерата са потребним стручним знањима које захтева конкретан пројекат или индустрија у којој се пројекат реализује, и др. Сарадња са приватним субјектом доприноси значајној ефикасности и економичности,⁴⁹ која се пресликава како на укупан период реализације пројекта, тако и на његове укупне трошкове;

⁴¹ С. Г. Средојевић, 18.

⁴² Вид. *Lessons from PFI and other projects*, Report by the comptroller and Auditor General, HC 920, Session 2010-2012, National Audit Office, 28 April 2011, 15, доступно на:

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130313233101/http://www.nao.org.uk/publications/1012/lessons_from_pfi.aspx - 13.4.2015; E. R. Yescombe, *Public Private Partnerships, Principles of Policy and Finance*, Elsevier, Butterworth-Heinemann Elsevier, Oxford 2007, 77.

⁴³ Claude Menard, „Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP“, HAL archives – ouvertes, 2012, 6, доступно на: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00653090/document> - 13.4.2015; *Lessons from PFI and other Projects*, 13.

⁴⁴ Вид. Stephen P. Osborne (ed.), *Public-Private Partnerships: Theory and practice in international perspective*, Routledge Advances in Management and Business Studies, New York 2000, 11.

⁴⁵ Татјана Павловић-Крижанић, 33.

⁴⁶ Kelsey Hogan, „Protecting the Public in Public-Private Partnerships: Strategies for Ensuring Adaptability in Concession Contracts“, *Columbia Business Law Review* 2:420/2014, 430.

⁴⁷ Н. Илић, 7.

⁴⁸ Mark Gray, „Australian Public Private Partnership Models“, *Public Private Partnerships: Gestaltung aus ökonomischer und juristischer Sicht* (Hrsg. Franz Mittendorfer, Stefan Weber), LexisNexis Ard Orac, Wien 2004, 55.

⁴⁹ *The Non-Financial Benefits of PPPs, A Review of Concepts and Methodology*, European Private Public Partnership Expertise Center (EPEC), June 2011, 4-26.

(д) привлачење већег броја иманентних приватних инвеститора – лидера у одређеним индустријама у којима се реализује конкретан пројекат, доприносећи тако већој конкурентности приватних субјеката, и бољем односу понуђене цене у односу на квалитет;⁵⁰

(ђ) растерећење јавног буџета,⁵¹ уз могућност пребацивања дела трошкова на пореске обвезнике, што је нарочито карактеристично код модела сарадње јавног и приватног субјекта код којих се пројектно друштво наплаћује непосредно од крајњих корисника производа, односно услуга, на које делом могу да се пребаце трошкови који настану као резултат промене околности након закључења уговора, што може да буде од утицаја на цену која треба да буде плаћена пројектном друштву, а које, због разлога буџетских ограничења, не може на себе да прихвати јавни субјект;⁵²

(е) коришћење веће организованости и ефикасности приватног сектора,⁵³ чиме се обезбеђује економичнија изградња новог, односно оперативно-техничко унапређење тј. реконструкција постојећег објекта, постројења, односно система у уговореним роковима, као и професионалније, ефикасније и економичније управљање и одржавање изграђеног објекта, постројења, односно система;⁵⁴

(ж) средњорочну и дугорочну стимулацију привредне активности у секторима повезаним са индустријом у којој се пројекат реализује. Оживљавање привреде и индустријске производње делује по принципу спојених судова на сродне и повезане секторе, и последично води ка њиховом активирању и мобилизацији у функцији реализације конкретног пројекта;⁵⁵

(з) увећано ангажовање домаће радне снаге⁵⁶ на извођењу пројекта,⁵⁷ што, услед раста производње, доприноси смањењу незапослености,⁵⁸ и др.

⁵⁰ Н. Ђирић, 13.

⁵¹ *Partnersariato Pubblico Privato in Italia. Stato dell'arte, futuro e proposte*, Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica Unita Technica Finanza di Progetto, febbraio 2010, 5.

⁵² Мирјана Кнежевић, „Значај концесија за страна улагања у Републици Србији“, *Економски хоризонти* 12/2010, 98.

⁵³ Љ. Владушић, 389.

⁵⁴ Снежана Ђорђевић, „Јавно-приватна партнерства: компаративна пракса“, *Полис – часопис за јавну политику* 2/2012, 48.

⁵⁵ Н. Илић, 8.

⁵⁶ Љ. Владушић, 392.

⁵⁷ Vladimir Šimić, „Pravni aspekti koncesije pročišćavanja otpadnih voda u Zagrebu“, *Građevinar* 53/2001, 53.

⁵⁸ Вид. Слободан Комазец, Жарко Ристић, *Макроекономија – макроекономске теорије и макроекономске анализе*, Етностил, Београд 2011, 493.

3. Основна обележја уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта

3.1. Принципи и начела на којима почивају ови уговори

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта обједињују неколико начела и принципа,⁵⁹ и то:⁶⁰

(а) *Начело једнаког третмана и равноправности приватних инвеститора*⁶¹. Ово начело се огледа у једнаком приступу и једнакој могућности свих приватних инвеститора да као партнери јавних субјеката, у пословном савезу, односно партнерству са њима, учествују у реализацији пројекта којим се обезбеђује обављање делатности од општег интереса. Ово начело изводи се из основних начела на којима почива правни систем сваке државе, а који је отелотворен и у уставу, као највишем правном акту.⁶² Иако је ово начело једно од основних начела на коме се ови уговори заснивају, оно је на одређен начин релативизовано сетом претходних услова које приватни инвеститор мора да испуни, а који се односе на његово искуство, знање, поседовање одговарајућих стручних и професионалних референци, познавање технологије, поседовање опреме и машина, запосленост кадрова који испуњавају

⁵⁹ У праву Европске уније, принципи и начела на којима се заснивају ови уговори изводе се из Уговора о оснивању заједнице (Повеља о основним слободама у Европској унији), и то начела слободе кретања људи, капитала и пружања услуга (чл. 45-48), слободе оснивања (чл. 49-55), слободе пружања услуга (чл. 56-62), слободе кретања капитала (чл. 63-66). Вид. *Consolidated version of the Treaty on functioning of the European Union*, доступно на:

http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_en.pdf - 15.4.2015, који су пресликани на правна акта ниже правне снаге и то: Тумачење концесија у режиму комунитарног права које је дала Европска комисија, а која као основне принципе истиче у тачки 3.1: (а) начело једнаког третмана, (б) начело транспарентности, (в) начело пропорционалности, (г) начело међусобног признања, (д) начело заштите права појединаца, о чему види детаљније: *Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law* (2000/C 121/02), доступно на:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000Y0429\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000Y0429(01)&from=EN) - 15.4.2015.

Такође, погледати и Зелену књигу о јавно-приватним партнерствима и праву Европске заједнице у области јавних уговора и концесија (*Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*, Commission of the European Communities, Brussels, 30.04.2004, COM(2004) 327 final), доступно на:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=EN> - 15.4.2015.

⁶⁰ ЗЈПК у чл. 5 и 6 прописује начела јавно-приватног партнерства и концесија и то: (а) начело заштите јавног интереса, (б) начело ефикасности, (в) начело транспарентности, (г) начело једнаког и правичног третмана, (д) начело слободне тржишне утакмице, (ђ) начело пропорционалности, (е) начело заштите животне средине, (ж) начело аутономије воље, и (з) начело равноправности уговорних страна. Вид. Предраг Цветковић, *Право јавно-приватних партнерстава*, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Ниш 2015, 243-257.

⁶¹ Чл. 6 ЗЈПК ово начело одређује као начело једнаког и правичног третмана према коме забрањује дискриминацију по било ком основу између учесника у поступку доделе јавних уговора и избора приватног партнера, као и обавезу да учесници у поступку избора приватног партнера, имају потпуне и тачне информације о поступку, стандардима и критеријумима за избор приватног партнера.

⁶² Устав Републике Србије – УРС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, у чл. 84 прописује једнак положај свих на тржишту, те забрану аката којима се, супротно закону, ограничава слободна конкуренција, стварањем или злоупотребом монополског или доминантног положаја. Исти члан прописује да су страна лица изједначена на тржишту са домаћим, што додатно уређује Закон о страним улагањима, *Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002 и 5/2003, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 107/2014 – др. закон, који у чл. 8 прописује да страни улагач у погледу свог улога ужива једнак положај, права и обавезе као и домаћа физичка и правна лица, а привредно друштво са страним улогом ужива једнак правни положај и послује под једнаким условима и на једнак начин као и привредно друштво без страног улога.

услов поседовања одговарајуће лиценце или каквих других посебних знања која се сертификају и слично. Дакле, они приватни инвеститори који испуњавају све услове које за потребе конкретног пројекта поставља и цени јавни субјект, имају формално-правно једнак третман у односу на јавног субјекта, и равноправни су између себе. Дужност је, с друге стране, јавног субјекта да обезбеди и гарантује једнак третман и равноправност свих приватних инвеститора који покажу интересовање да са јавним субјектом уђу у дугорочни уговорни однос. Остваривање овог начела обезбеђено је захтевом за транспарентношћу поступка који самим учесницима у поступку одабира приватног субјекта-учесника у пројекту, али и стручној и широј јавности, омогућава да испрате да ли је поступак одабира био спроведен у духу предметног начела, и да искористе одговарајућа правна средства, у случају кршења наведеног начела и/или злоупотреба у поступку одабира приватног субјекта;⁶³

(б) *Начело ефикасности.*⁶⁴ Ово начело огледа се у захтеву да се поступак одабира приватног инвеститора спроведе у складу са поступком уређеним законом и у складу са роковима који су примерени и релативно кратки и који омогућавају условно праволинијски, предвидљив, мерљив и контролисан поступак одабира приватног субјекта. Ово начело обавезује представнике јавног субјекта да свог будућег партнера у пројекту бирају промтно, на начин који ће обезбедити несметано остваривање свих других начела и принципа иманентних овим уговорима, али и без непотребних активности услед чијег предузимања се протеком времена умањује степен позитивне тензије између јавног и приватног субјекта, који делује и као обједињавајући фактор у фази приближавања и установљавања уговорног односа јавног и приватног субјекта. Начело ефикасности не опредељује само фазу одабира приватног субјекта и закључење уговора, већ обележава и читав животни век пројекта све до његове потпуне конзумације, омогућавајући на тај начин пуно испуњење каузе уговора и воље уговорних страна коју су исказале у тренутку закључења уговора;

(в) *Начело економичности.* Ово начело се огледа у другом лицу начела ефикасности које је, дакле, тесно повезано са мањим утрошком времена, што се узрочно-последично рефлектује и на појединачне и укупне трошкове реализације пројекта. Пројекти које заједнички реализују јавни и приватни субјект су по својој природи веома комплексни и скупи, те је отуда интенција како уговорних страна, али и захтев финансијера пројекта, да се све радње и активности које се предузимају у пројекту, предузимају уз најмањи могући

⁶³ Закон о јавним набавкама – ЗЈН, *Службени гласник РС*, бр 124/2012 и 14/2015, у чл. 149-159 прописује поступак заштите права.

⁶⁴ Поменути чл. 6 ЗЈПК ово начело одређује као обавезу да се поступак закључења јавног уговора и избора приватног партнера спроводи у роковима и на начин прописан тим законом и законом којим се уређују јавне набавке, са што мање трошкова везаних за поступак.

утрошак обезбеђених новчаних средстава, и то како у фази изградње објекта, постројења, односно система, тако и у фази започињања обављања делатности од општег интереса, односно у фази комерцијалног коришћења објекта, постројења, односно система. Нерационално, односно неекономично трошење средстава у иницијалној фази реализације пројекта умањује укупну расположиву суму обезбеђених средстава, што се последично одражава на сваку наредну фазу реализације пројекта, а што на крају потенцијално доводи и до застоја у спровођењу пројекта услед захтева за обезбеђивањем додатних финансијских средстава. Нерационално трошење средстава у фази започињања комерцијалног коришћења објекта, постројења, односно система, доводи до повећања оперативних трошкова пројектног друштва, што за последицу има умањење прихода, те самим тим и директну штету по учеснике у пројекту услед мање расположивог прихода који се распоређује члановима/акционарима пројектног друштва кроз исплату дивиденде. Будући да се ови пројекти финансирају претежним делом из пројектног финансирања, нерационално и неекономично трошење средстава узрокује директну штету и финансијерима пројекта, те, тако, може да доведе до застоја у плаћању обавеза по основу одобрених кредита, што, коначно, може да има далекосежније последице по пројекат. То се дешава у случају превременог проглашења кредита доспелим и активирања средстава обезбеђења које финансијери пројекта захтевају у поступку обезбеђивања пројектног финансирања;

(г) *Начело обезбеђивања остварења општег интереса и друштвене корисности.*

Предметно начело одсликава природу и каузу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, а његово истицање подсећа на правну таутологију. Међутим, ово начело свеобухватно прожима циљ, сврху и значај ове врсте уговора и има сложено и вишедимензионално значење и домашај. Наиме, ово начело огледа се у захтеву за континуираним обезбеђивањем интереса који излази изван оквира комерцијалног интереса уговорних страна (иако у себи садржи и комерцијални аспект), и протеже се и на неке друге, друштвено корисне циљеве којима се, поред задовољења потребе за одређеном врстом производа, односно услуге на нивоу шире друштвене заједнице, обезбеђују напоре са овим циљем и други пратећи, али једнако значајни циљеви. Остварење општег интереса и друштвене корисности доприноси посредно и последично отварању нових радних места током фазе изградње, односно техничко-оперативног унапређења, тј. реконструкције постојећег објекта, постројења односно система, али и током фазе оперативног управљања изграђеним односно реконструисаним објектом, постројењем, односно системом. Затим, њиме се обезбеђује унапређење мреже услуга и целокупне друштвене инфраструктуре у територијалним јединицама, областима, односно регионима у којима ће се спроводити изградња објекта, постројења, односно система, тј. оперативно обављање делатности, након окончања фазе изградње. Реализација пројекта сарадње јавног и приватног субјекта ће,

потом, обезбедити услове за смањење цене коштања производа, односно услуге која се до реализације конкретног пројекта обезбеђивала по већој цени, коришћењем алтернативних извора. Сарадња јавног и приватног субјекта, такође, обезбеђује већи и бољи квалитет производа, односно услуга које се пружају, чиме се дугорочно обезбеђује бољитак свих корисника којима је намењен одређени производ, односно услуга који се обезбеђују реализацијом конкретног пројекта. Покретање пројекта сарадње јавног и приватног субјекта нужно води и оживљавању привреде одређене територијалне јединице, области, региона или шире, уз ангажовање домаћих подизвођача. Нови пројекти, такође, неизбежно воде установљавању *know-how*-а који ће представљати општедруштвену вредност применљиву у датој или унапређеној форми и у будућим пројектима који се буду реализовали у предметној области, али и у ширем контексту, од чега ће корист имати најшира друштвена заједница. Ово се последично одражава и на подизање техничко-технолошких знања и развијање свести опште јавности и јавног мњења о погодностима и предностима у вези са начином производње одређеног производа, односно начином пружања услуге од општег интереса. Напредак у примени научно-технолошких знања нужно води усавршавању кадрова у вези са применом нових технологија, знања и вештина, које се обезбеђује кроз организовање континуираних тренинга, наставе, обуке и курсева. Све ово, као своју крајњу последицу има подизање стандарда и квалитета живота у конкретној територијалној јединици, области, односно региону у којима се пројекат реализује, и директно утиче на смањење сиромаштва, као и на обезбеђивање планираног усклађивања степена развијености различитих територијалних јединица;

(д) *Начело заштите јавног интереса.*⁶⁵ Ово начело се огледа у континуираном захтеву за обезбеђивањем максималног уважавања интереса приватних инвеститора као партнера јавних субјеката, уз континуирано обезбеђивање законитости у реализацији пројекта, што захтева неопходну дозу флексибилности, будности и истрајности на обезбеђивању равнотеже у остваривању интереса јавног и приватног субјекта, који понекад, како је то већ горе истакнуто, могу да буду и веома удаљени и супротстављени. Будући да јавни субјект представља репрезента јавног интереса, предметно начело не може се, и не сме се, тумачити као обезбеђивање приоритета интереса јавног субјекта, на штету приватног субјекта, односно на штету пројекта на коме партнери заједно раде, већ као континуирано настојање да се обезбеди реализација пројекта, којим се остварује виши друштвени циљ, а у коме не трпе интереси ни јавног ни приватног субјекта. Иако лингвистичко одређење овог начела у свему одговара предметном начелу у поимању које оно има у неким другим гранама права, ово начело у контексту уговора који су предмет ове анализе треба разумети и тумачити као

⁶⁵ Чл. 6 ЗЛППК начело заштите јавног интереса одређује као обавезу јавног тела да при остварењу права приватних лица води рачуна да остварење тих права није у супротности са законом дефинисаним јавним интересом.

принцип изналагања равнотеже и баланса између јавног и приватног, а све у циљу обезбеђења вишег друштвеног интереса, коме сарадња јавног и приватног субјекта треба да служи;

(д) *Начело транспарентности.*⁶⁶ Ово начело се огледа у другом лицу начела једнаког третмана и равноправности приватних инвеститора, будући да се одражава у поступку одабира приватног инвеститора (јавни поступак), могућности заинтересованих учесника у јавном поступку да изврше увид у податке о спроведеном поступку, као и у евидентирању ове врсте уговора у посебним јавним регистрима. Предметно начело, међутим, нема своју неограничену примену, нити се на такав начин сме разумети и тумачити, будући да пројекти који се реализују у сарадњи јавног и приватног субјекта веома често имају одређене специфичности које се огледају у примени нових технологија, посебним стручним знањима односно *know-how*-у, одређеним финансијским моделима који пресликавају елементе пословања пословне групе којој припада приватни субјект, садрже одређене финансијске податке који представљају строго чувану тајну, и као такви се морају чувати поверљивим, те су уговори јавног и приватног субјекта увек предмет веома строгих и контролисаних правила у вези са заштитом тајности података садржаних у овим уговорима. На ово се посебно указује пажња услед неразумевања смисла и домета овог начела у домаћој јавности, која веома често излаже критици недоступност ових уговора, позивајући се на начела која неправилно и неадекватно разуме и тумачи.

(ђ) *Начело конкурентности односно начело обезбеђивања слободне тржишне утакмице.*⁶⁷ Ово начело се огледа, пре свега, у поступку одабира приватног инвеститора, уз обезбеђивање равноправног третмана свих приватних инвеститора који покажу заинтересованост да сарађују са јавним субјектом у конкретном пројекту. Одабир приватног субјекта врши се у поступку доказивања испуњености услова у погледу: поседовања потребног искуства на сличним или сродним пројектима, стручних, а посебно специјализованих знања која се захтевају у конкретном пројекту; поседовања одговарајуће технике, опреме и средстава која су нужна за реализацију пројекта; поседовања, односно могућности прибављања финансијских средстава неопходних за реализацију пројекта; могућности да обезбеди стручњаке одређених квалификација, односно лица која испуњавају одређене формалне захтеве за учешће на одређеном пројекту (лиценце, сертификате и сл); и других услова које одреди јавни субјект. Обавеза јавног субјекта огледа се, с друге стране, у његовој дужности да испита и, на објективан и непристрасан начин, цени референце,

⁶⁶ Чл. 6 ЗППК начело транспарентности одређује као обавезу оглашавања намере закључења јавног уговора са или без елементарне концесије, могућност понуђача да изврши увид у податке о спроведеном поступку доделе јавног уговора и сл.

⁶⁷ ЗППК начело слободне тржишне утакмице одређује као забрану ограничавања утакмице између учесника и обавезу прихватања свих учесника са одговарајућим техничким, финансијским и другим стручним квалификацијама.

квалификације и друге доказе испуњености услова које је поднео приватни субјект, руководећи се у доношењу своје одлуке искључиво критеријумима извесности успеха пројекта, обезбеђивањем што је могуће веће вредности и квалитета производа, односно услуга у односу на новац који се улаже у пројекат, остварењем општег интереса и обезбеђивањем опште друштвене корисности пројекта. Обезбеђивање начела конкурентности најчешће се остварује спровођењем одговарајућег јавног поступка у коме се врши одабир приватног субјекта. Међутим, нису сви уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта предмет примене општег правила о јавном одабиру приватног субјекта. Одређени број ових уговора реализује се на основу непосредног уговора између јавног и приватног субјекта, који се, најчешће, закључују на основу билатералних, односно мултилатералних уговора. Закључење уговора између јавног и приватног субјекта које се врши на основу међународних уговора не значи одступање од начела конкурентности, односно обезбеђивања слободне тржишне утакмице. Напротив, такви уговори представљају уговоре који произлазе из другог извора права (међународни уговори у хијерархији правних аката имају јачу правну снагу од закона)⁶⁸ и такође су засновани на испитивању претходне испуњености услова на страни приватног субјекта у вези са спровођењем пројекта. Ови уговори закључују се најчешће у случају пројеката од државног и стратешког значаја⁶⁹, када су највиши државни званичници, пре потписивања оваквих уговора, испитали испуњеност услова на страни приватног инвеститора. Могуће је, такође, и да претходног испитивања услова није ни било у случају када је страна држава, потписница таквог уговора којим се унапред одређује приватни инвеститор који ће учествовати у реализацији пројекта, гарант испуњења свих услова који би се у редовном поступку захтевали и испитивали у складу са начелом конкурентности и обезбеђивања слободне тржишне утакмице. Стога, постојање међудржавних споразума не представља *a priori* одступање од, или искључење начела конкурентности, већ подразумева испитивање услова за закључење конкретног уговора значајно унапред, пре потписивања самог међународног споразума, или безусловно и неограничено прихватање испуњености свих постављених услова, на основу гаранција друге државе потписнице, која овим уговорима даје посебну врсту легитимитета;

(е) *Начело пропорционалности*.⁷⁰ Ово начело се пресликава у другом лицу начела обезбеђивања остварења општег интереса и друштвене корисности, али и у начелу заштите јавног интереса, којим се обезбеђује да поступање јавног субјекта у вези са предузимањем законом прописаних мера, налога, захтева и активности, коришћењем овлашћења која

⁶⁸ УРС, чл. 194.

⁶⁹ Н. Ђирић, 7.

⁷⁰ ЗЈПК начело пропорционалности одређује као сваку меру предузету од стране државног органа, односно другог лица, која мора да буде минимално потребна и у сразмери са јавним интересом који се таквом мером настоји заштитити.

произлазе из закона, али и оних која произлазе из уговора са приватним субјектом, посебно у делу који се односи на праћење и контролу извршења уговорних обавеза приватног субјекта, не буде вршено на начин који превазилази неопходну меру и уобичајен и редован ниво захтева у односу на приватног субјекта. Предметно начело одражава захтев за утемељеношћу, сразмерношћу и рационалношћу захтева јавног субјекта у односу на приватног субјекта, и то како у погледу тренутка упућивања захтева и траженог рока за поступање приватног субјекта, тако и у погледу оправданости захтева и његове објективне утемељености на императиву заштите јавног интереса и обезбеђивању остваривања општег интереса и друштвене корисности пројекта. Иако се ово начело, на први поглед, чини повезаним само са два горе поменута начела, оно се последично прожима и на друга начела, пре свега на начело ефикасности и начело економичности. Тако неутемељени, претерани и неосновани захтеви јавног субјекта штете интересима сарадње и представљају демонстрацију силе и неравнотеже, односно одсуства паритета у односу уговорних страна. Оваква чињења далекосежно штете остваривању сврхе и циља закључења ових уговора будући да ремете партнерски однос јавног и приватног субјекта, ремете равнотежу и избалансираност њихових интереса и поступања и, потенцијално, могу да воде непотребним одуговлачењима и пробијању уговорених рокова, што све води негативним финансијским импликацијама по реализацију пројекта;⁷¹

(ж) *Начело обезбеђивања позитивних еколошких ефеката / начело заштите животне средине.*⁷² Ово начело се огледа у захтеву за извођењем пројекта, тј. изградњом односно

⁷¹ Међутим, на овом месту морамо поменути и то да се ово начело у пракси веома често злоупотребљава, мање од стране јавног субјекта, већ напротив, много чешће од стране његовог приватног партнера у пројекту, који, позивајући се на ово начело жели да у скраћеном поступку, без достављања законом прописане документације, исходује добијање одређених управних аката чије је доношење у искључивој контроли јавног субјекта, правдајући и објашњавајући кашњења проузрокована повредом предметног начела од стране јавног субјекта, а не сопственом злоупотребом предметног начела. Отуда је правилно разумевање овог начела и његовог смисла и домашаја од стране оба учесника у пројекту веома важно, јер је управо његово правилно тумачење и примена гарант очувања усклађености интереса јавног и приватног субјекта и њиховог заједничког усмерења на јединствен циљ који се реализацијом пројекта остварује.

⁷² ЗЈПК начело заштите животне средине одређује као скуп начела дефинисаних законом којим се уређује заштита животне средине као што су: *начело интегралности* (начело према коме државни органи, органи аутономне покрајине и органи јединица локалне самоуправе обезбеђују интеграцију заштите и унапређивања животне средине у све секторске политике спровођењем међусобно усаглашених планова и програма и применом прописа кроз систем дозвола, техничких и других стандарда и норматива, финансирањем, подстицајним и другим мерама заштите животне енергије); *начело превенције* (начело према коме свака активност мора да буде планирана и спроведена на начин да проузрокује најмању могућу промену у животној средини, представља најмањи ризик по животну средину и здравље људи, смањи оптерећење простора и потрошњу сировина и енергије у изградњи, производњи, дистрибуцији и употреби, укључи могућност рециклаже, спречи или ограничи утицај на животну средину на самом извору загађења); *начело очувања природних вредности* (начело које уређује коришћење природних вредности под условима и на начин којим се обезбеђује очување вредности геодиверзитета, биодиверзитета, заштићених природних добара и предела); *начело одрживог развоја* (начело којим се одрживи развој одређује као усклађени систем техничко-технолошких, економских и друштвених активности у укупном развоју у којем се на принципима економичности и разумности користе природне и створене вредности са циљем да се унапреди квалитет животне средине за садашње и будуће генерације); *начело одговорности загађивача* (начело којим се одређује одговорност правног или физичког лица које својим незаконитим или неисправним активностима доведе до загађења животне средине и које је због оваквих поступања одговорно у складу са законом), и др.

техничко-оперативним унапређењем објекта, постројења, односно система уз минималне негативне ефекте на животну средину и коришћење еколошки прихватљивих енергената, који одговарају клими и имају високу ефикасност сагоревања са, што је могуће мање, или уз одсуство било каквих емисија гасова или каквих других штетних утицаја, који проузрокују ефекат стаклене баште или неке друге штетне последице по животну средину;

(з) *Начело флексибилности*. Иако се ни у једном пропису неће наићи на помињање и одређење овог начела, а оно се чешће помиње у практичном аспекту сагледавања начина имплементације ове групе уговора, сматрамо да је од велике важности да се ово начело истакне и нагласи, јер од његовог разумевања и поступања у складу са њим зависи и судбина бројних пројеката који се реализују под капом уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Ово начело произлази из саме природе и комплексности овог уговорног односа који уређују поступање два ентитета чији интереси могу да буду иницијално веома блиски, а да се временом значајно удаље. Уговорни однос који се заснива закључењем ових уговора реализује се у временском периоду од некада и тридесет и више година, током којег пролази кроз различите фазе, и под утицајем је бројних фактора, од којих су само неки под контролом уговорних страна, а значајан део ризика по опстанак уговорног односа потпуно је ван контроле уговорних страна. Додатно, на однос јавног и приватног субјекта утичу и очекивања и захтеви других субјеката, једнако важних за реализацију пројекта, који су ван овог уговорног односа, а суштински утичу на њега, и то на начин да условљавају даљу еволуцију односа јавног и приватног субјекта, неретко на ултимативној основи. Овде се, пре свега, мисли на финансијере пројекта који ни у једном тренутку формално-правно не постају уговорна страна јавном субјекту, али кроз обезбеђивање финансирања пројектног друштва, преузимају кључну улогу по еволуцију уговорног односа јавног и приватног субјекта. О томе који је и какав значај ових институција у односу на одређивање садржине уговора између јавног и приватног субјекта, па чак и на отварање нових преговора у различитим фазама реализације пројекта, биће више речи у наставку текста.

Поред горе наведених начела која су иманентна уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта, ради целовитости приказа, осврнућемо се и на два начела које домаћи Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама посебно истиче – *начело аутономије воље*⁷³ и *начело равноправности уговорних страна*.⁷⁴ Начело аутономије воље и начело равноправности уговорних страна пресликавају и одражавају основне принципе облигационог права, који су применљиви на све уговоре, па и на уговоре који су предмет ове

⁷³ Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право, Општи део*, Савремена администрација, Београд 1974, 128; Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012⁷, 36-37.

⁷⁴ О. Антић, 43-44.

анализе. Међутим, иако се формално-правно прокламују, управо ова начела се у поступку спровођења ових уговора упадљиво релативизују и од њих се значајно одступа.

Начело аутономије воље налази се у бити сваког уговорног односа и исказује се слободом уговорних страна да, у границама своје правне способности, слободно одаберу свог уговорног партнера са којим желе да заснују пословни однос и закључе одређени уговор, да слободно преговарају и да слободно уреде садржину уговора чији предмет мора да буде могућ, допуштен и одређен. Према општим правилима облигационог права, једино суштинско ограничење аутономије воље уговорних страна огледа се у захтеву да уговор који се закључује не сме бити противан јавном поретку и императивним нормама, а све остало остаје у домену слободне воље уговорних страна. Уговори који су предмет ове анализе као ограничење слободе воље уговорних страна имају и захтеве финансијских институција које обезбеђују финансирање у погледу измена уговора јавног и приватног субјекта. Ово се чини на начин да се другим механизмима (уговорним или вануговорним) обезбеђује да трећа страна, која није у непосредном уговорном односу са јавним и приватним субјектом,⁷⁵ али представља једног од кључних учесника у обезбеђивању реализације пројекта, захтева измене већ закљученог уговора јавног и приватног субјекта. Финансијери пројекта, који у пракси најчешће немају утицаја на одабир приватног субјекта са којим јавни субјект улази у уговорни однос будући да се у поступак обезбеђивања финансирања пројекта укључују када је уговор већ закључен, у однос јавног и приватног субјекта се укључују веома директно и то на начин да условљавају обезбеђивање финансирања пројекта изменама већ закљученог уговора између јавног и приватног субјекта, захтевом за отварањем нових преговора и непосредним утицајем на садржину уговора, веома често кроз учествовање у припремама предлога измена и допуна уговора између јавног и приватног субјекта који се уговорним странама доставља на потпис, уз ускраћивање права да утичу на предлог измена и допуна уговора.⁷⁶ Како обезбеђивање

⁷⁵ Финансијске институције које обезбеђују финансирање закључују уговор о кредиту са пројектним друштвом, које има одвојен правни субјективитет у односу на приватног субјекта, који је најчешће оснивач пројектног друштва. Однос јавног субјекта са пројектним друштвом успоставља се накнадно, приступањем пројектног друштва уговору јавног и приватног субјекта, чиме, практично, и пројектно друштво постаје уговорна страна јавног субјекта, али се ни у том, нити било ком каснијем тренутку, не успоставља директан однос јавног субјекта са финансијским институцијама које обезбеђују финансирање. Непосредан уговорни однос јавног субјекта са финансијерима пројекта може се успоставити закључењем директног уговора, који тада обавезује јавног субјекта у вези са давањем *a priori* сагласности на будућу замену његове уговорне стране, за случај да се обавезе по основу финансирања, односно, обавезе по основу уговора са јавним субјектом не могу извршавати у складу са договореним условима, што потенцијално прети пројекту, те на основу уговореног механизма промене уговорне стране која има највећи број дужности и обавеза у вези са реализацијом пројекта, практично омогућава преживљавање пројекта и редовно измиривање обавеза по основу пројектног финансирања.

⁷⁶ Финансијери пројекта могу бити укључени у пројекат и у ранијој фази, пре закључења уговора. У таквим случајевима, представници финансијера су укључени у израду уговора посебно у делу који се односи на процену исплативости пројекта, временски план и динамику реализације пројекта, захтеве у погледу гаранција које је дужан да обезбеди јавни субјекат, одређивање начина остваривања прихода пројектног друштва (параметри за одређивање накнаде код којих се тада инсистира на што мањој могућности јавног субјекта да на њих утиче кроз регулаторну политику или систем одобрења), као и у непосредно уређење односа јавног и приватног субјекта и слично. И тада се

финансирања одређује судбину пројекта, јасно је да је улога ових институција веома утицајна, а непопуштање јавног, односно приватног субјекта пред захтевима, а неретко и ултиматумима финансијера пројекта, у пракси се, најчешће, завршава ускраћивањем финансирања, што се рефлектује на одлагање реализације пројекта, а у случају да се финансирање не обезбеди на други начин у року који је примерен природи пројекта, и на раскид уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Отуда се аутономија воље уговорних страна може посматрати само веома условно и релативно, више као прокламовано начело, а у пракси, нажалост, чешће као свој антипод.

Даље, Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама као посебно начело истиче и *начело равноправности уговорних страна*, које се током трајања пројекта и реализације уговора одражава на више начина. Начело равноправности уговорних страна намеће се и таутолошким тумачењем речи „партнерство“ које служи као синоним за однос у коме учесници у односу имају једнаку, равноправну и у правима изједначену позицију. Пресликано на ниво уговорног односа „партнерство“ означава њихову равноправност у погледу преузетих права и обавеза, када се равноправност уговорних страна пресликава у начелу еквивалентности давања, а може да се даље искаже и кроз њихов паритет у власничком учешћу у заједничком привредном друштву, као и кроз управљање у друштву. Међутим, у вези са овим начелом, битно је указати и на одређене моменте који га могу унеколико релативизовати и вредносно умањити. Наиме, један од веома битних елемената уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, који се, како ћемо то видети касније, налази у средишту односа уговорних страна, јесте расподела ризика између јавног и приватног субјекта. Готово све уговоре ове врсте обележава више или мање видљива неравнотежа,⁷⁷ а искористићемо овде и реч „неравноправност“ јавног и приватног субјекта у подели и преузимању ризика. Наиме, готово сви уговори ове врсте тежиште реализације пројекта, управљања и руковођења новоизграђеним или реконструисаним објектом, постројењем, односно системом, као и обезбеђивање финансирања пројекта пребацују на приватног субјекта, док јавни субјект преузима на себе оне ризике који су под његовом искључивом контролом, и то, пре свега, оне ризике који се односе на обезбеђивање регулаторних услова – издавање дозвола, лиценци, давање сагласности надлежних државних органа, обезбеђивање земљишта и слично. Ова неравнотежа, на први поглед неправедна према приватном субјекту, даље се ублажава и релативизује, како ћемо касније видети, одговарајућим инструментима дисперзије ризика. С друге стране, јавни субјект, као уговорна страна чија се позиција наизглед чини конформнијом, трпи неретко последице

значај обезбеђивања финансирања пресликава на начин преговарања уговора, на начин да финансијери унапред постављају услове и прецизно уређују одредбе уговора које могу бити од утицаја на извршавање обавеза по основу финансирања, у односу на које су непопустљиви и које јавни и приватни субјект као такве најчешће и прихватају.

⁷⁷ John Quiggin, „Public Private Partnerships: Options for Improved Risk Allocation“, *UNSW Law Journal* 3/2006, 290.

битно деликатније неравноправности. Неравнотежа уговорних страна на штету јавног субјекта огледа се у: (а) ограничењу права јавног субјекта да изврши уступање уговора (и генерално немогућности промене јавног субјекта, што произлази из природе овог уговора), (б) ограничењу права јавног субјекта да раскине уговор, и слично. Отуда се однос јавног и приватног субјекта генерално заснива на аксиому паритета, равноправности и партнерства, а у реализацији значајног броја ових пројеката, однос уговорних страна, уместо синергије и равноправности, обележавају тензија, неравноправност и асиметрија.⁷⁸

3.2. Именовани и неименовани уговори

Према једној од често цитираних класификација уговора,⁷⁹ уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта закључују се као: (а) уговори о пројектовању и изградњи (енг. *design and construct agreements – D&C*); (б) уговори о продаји и повратном закупу (енг. *sale and leaseback agreements*); (в) уговори о управљању и одржавању (енг. *operation and maintenance agreements – O&M*); (г) уговори о управљању, одржавању и руковођењу (енг. *operation, maintenance and management agreements – OM&M*); (д) уговори о изградњи, преносу и управљању (енг. *build, transfer and operate agreements – BTO*); (ђ) уговори о изградњи, управљању и преносу (енг. *build, operate and transfer agreements – BOT*); (е) уговори о изградњи, закупу и преносу (енг. *build, lease and transfer agreements – BLT*); (ж) уговори о изградњи, закупу, преносу и одржавању (енг. *build, lease, transfer and maintenance agreements – BLTM*), (з) уговори о изградњи, власништву, управљању и преносу (енг. *build, own, operate and transfer agreements – BLOT*); (и) уговори о изградњи, власништву, управљању и уклањању (енг. *build, own, operate and remove agreements – BOOR*); (ј) уговори о изградњи, власништву, управљању и преносу (енг. *build, own and operate transfer – BOOT*); (к) уговори о закупу, реновирању, управљању и преносу (енг. *lease, renovate, operate and transfer – LROT*); (л) уговори о пројектовању, изградњи, финансирању и управљању (енг. *design, build, finance and operate – DBFO*), (м) уговори о пројектовању, грађењу, руковођењу и финансирању (енг. *design, construct, manage and finance – DCMF*); (н) уговори о пројектовању, изградњи, финансирању, управљању и руковођењу (енг. *design, build, finance, operate and manage – DBFOM*); (о) уговори о изградњи, власништву и управљању (енг. *build, own, operate – BOO*); (п) уговори о концесијама (енг. *concession agreements*); (р) уговори о заједничком улагању (енг. *joint venture agreements – JV*); (с) уговори о пружању услуга (енг.

⁷⁸ У литератури се, у вези са уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта, веома често среће термин „асиметрија“, који се најчешће користи у контексту „асиметричности информација“ на страни јавног и приватног субјекта – вид. П. Цветковић (2013), 243-247.

⁷⁹ Darrin Grimsey, Mervyn K. Lewis, *Public Private Partnerships – the Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar Publishing Limited, UK 2004, 54.

service provision agreements); (т) уговори о јавно-приватном партнерству (енг. *public private partnerships – PPP*); (у) уговори о приватној иницијативи у финансирању (енг. *private initiative finance – PFI*); (ф) уговори о франшизи (енг. *franchise agreements*); (х) уговори о ангажовању спољних партнера (енг. *outsource contracting*), и др.

Према општим правилима облигационог права, основна подела уговора према критеријуму законског регулисања је подела уговора на именоване и неименоване уговоре.⁸⁰ Именовани уговори⁸¹ су уговори који су због свог значаја и важности у правном промету прописани законом, док неименовани уговори то нису.⁸²

Уговори који су предмет ове анализе, посматрано кроз призму модела сарадње јавног и приватног субјекта, о чему ће бити више речи у Глави IV, су и именовани и неименовани уговори.

У највећем броју законодавстава на свету, укључујући и домаће законодавство, именовани уговор који се истиче као један од модела сарадње јавног и приватног субјекта је уговор о концесији. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама уређује „јавни уговор“ одређујући га као уговор о јавно-приватном партнерству, са или без елемената концесије, уређујући и битне елементе овог уговора, чиме би се практично, јавни уговор, сматрао именованим уговором. С друге стране, у литератури и категоризацијама различитих међународних организација и финансијских институција које утврђују политике, дају смернице и упутства за спровођење различитих пројеката јавно-приватног партнерства, овај појам, како смо видели, користи се искључиво као генерички назив који обухвата читаву лепезу различитих уговорних модела од којих сваки има своја обележја и особености, како ћемо видети детаљније у наредној Глави IV. Иако би се, у складу са домаћим прописима јавни уговор сматрао именованим уговором, аутор је мишљења да се оваква аналогија не може применити тумачењем од општег ка посебном, даље, на све појединачне моделе сарадње јавног и приватног субјекта (уговор о пружању услуга,⁸³ уговор о управљању,⁸⁴ уговор о закупу,⁸⁵ и др.) и то због више разлога: (а) дефинисање општег модела сарадње јавног и приватног субјекта не значи уједно и дефинисање

⁸⁰ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 138; Јаков Радишић, *Облигационо право, Општи део*, Номос, Београд 2008⁸, 137-138; Слободан Перовић, *Облигационо право, Књига прва*, Новинско издавачка установа Службени лист СФРЈ, Београд 1990, 192.

⁸¹ *Правни лексикон*, Савремена администрација, Београд 1970², 333.

⁸² *Ibid.*, 80, 333.

⁸³ ЗОО не познаје уговор о пружању услуга као посебан именовани уговор. Он је по својим обележјима најприближнији уговору о делу, у смислу одредаба чл. 600 ЗОО, али се са њим не може у потпуности изједначити.

⁸⁴ Модел сарадње јавног и приватног учесника према моделу управљања, такође, је најсличнији уговору о делу у смислу поимања ЗОО.

⁸⁵ Модел сарадње јавног и приватног субјекта по моделу закупа има само један део обележја уговора о закупу у смислу чл. 567 ЗОО, али значајно превазилази оквире уговора о закупу јер се објекат, постројење или систем који је у власништву јавног учесника у пројекту предаје приватном учеснику у пројекту, не ради његовог коришћења *per se*, што је бит уговора о закупу, већ ради унапређења начина и комерцијалних ефеката обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса.

појединачних модела уговора, који су међу собом битно другачији. Додатно, предметни уговори добијају и изводе обележје „јавног“ уговора, пре свега, из начина одабира приватног субјекта као учесника у пројекту, и вишег интереса чијем испуњењу служе, те овај критеријум не може нужно да превагне над појединачним обележјима сваког од модела сарадње јавног и приватног субјекта; (б) битни елементи јавног уговора, на начин на који их одређује Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, нису у целости применљиви на све моделе сарадње јавног и приватног субјекта; (в) у појединим случајевима одређени модел сарадње јавног и приватног субјекта нема сва обележја јавног уговора у смислу Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама (некад, чак, нема ни претежан део ових обележја), али нема ни сва обележја именованог уговора предвиђеног Законом о облигационим односима, те околност да у себи садржи поједина обележја различитих именованих уговора, не чини конкретан уговор *a priori* ни јавним уговором, а ни именованим уговором у смислу Закона о облигационим односима. Такође, постоје модели сарадње јавног и приватног субјекта који су према другим домаћим прописима уређени као именовани уговори – на пример, уговор о приватизацији (у складу са Законом о приватизацији),⁸⁶ односно уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса (у складу са Законом о јавним предузећима).⁸⁷ Ови уговори су, без дилеме, именовани и то, могло би се закључити, по два основа, с тим да сарадња јавног и приватног субјекта по моделу приватизације, о чему ће више речи бити у Глави IV, такође значајно премашује обим уговора о приватизацији, будући да дугорочно уређује однос јавног и приватног субјекта који не укључује само питање приватизације и извршења инвестиционих обавеза, већ и, битно значајније, дугорочну сарадњу јавног и приватног субјекта, која обједињује корпоративне, комерцијалне, пословне, инвестиционе, технолошке, кадровске и друге аспекте. Додатно, и поред тога што су назив и обавезни елементи појединих уговора који су предмет ове анализе регулаторно уређени, пракса закључивања ових уговора указује да је сваки од уговора специфичан, другачији од раније закључених уговора, јер је скројен према конкретном пројекту чијој је реализацији намењен и ограничен специфичним ограничењима уговорних страна која постоје у тренутку закључења уговора и могу се протезати кроз дужи временски период, а иманентна су конкретном пројекту. Отуда, ови уговори често у себи комбинују елементе више различитих именованих уговора, задржавајући назив и обележја оног уговора чији су обавезни елементи преовлађујући у конкретном уговору, али чинећи га другачијим у односу на типичне уговоре ове врсте који се закључују у привреди, под потпуно комерцијалним условима.

⁸⁶ Закон о приватизацији – ЗП, *Службени гласник РС*, бр. 83/2014 и 46/2015.

⁸⁷ Закон о јавним предузећима – ЗЈП, *Службени гласник РС*, бр. 119/2012, 116/2013 – аутентично тумачење и 44/2014 – др. закон.

3.3. Формални уговори

Према општим правилима облигационог права, основна подела уговора према критеријуму нужних услова за настанак уговора је подела уговора на формалне уговоре и неформалне уговоре.⁸⁸ Док су неформални уговори они уговори код којих сагласност воља уговорних страна не захтева никакву посебну форму, код формалних уговора сагласност воља уговорних страна мора да има одговарајућу форму – најчешће само реалну (писмену), а ређе свечану (нотаријалну) форму.⁸⁹

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, по овом критеријуму поделе, обавезно се сврставају у формалне уговоре. Захтев писмене форме код ових уговора је узрокован следећим разлозима: (а) формалним одабиром приватног субјекта – приватни субјект као учесник у пројекту се, по правилу, селекује у јавном поступку, одабиром најбољег кандидата који испуњава све квалификационе и друге прописане услове, а могуће је, значајно ређе, да овакав поступак одабира изостане у случају пројеката који се реализују на основу међународних уговора. У поступку одабира приватног субјекта, обавезно се свим заинтересованим лицима доставља нацрт уговора који је предмет каснијих преговора, док се у случају пројеката који се реализују на основу међународних уговора испреговарани уговор доставља на претходно одобрење надлежним државним органима држава потписница међународног уговора; (б) дужином трајања уговорног односа који захтева дефинисање обавеза уговорних страна у различитим фазама реализације пројекта, односно извршења уговора;⁹⁰ (в) јавни и приватни субјект су дужни да средства која улажу у пројекат на одговарајући начин планирају, евидентирају, повлаче, документују и оправдавају, доказујући извршење уговорних обавеза уз пуно поштовање прописа који се њих примењују;⁹¹ (г) ови уговори су засновани на пажљиво планираним финансијским моделима и пословним плановима који морају да се временски преклапају са прецизним роковима за предузимање одређених радњи и активности, односно извршењем уговорних обавеза у

⁸⁸ С. Перовић, 194; Ј. Радишић, 123.

⁸⁹ *Правни лексикон*, 280.

⁹⁰ За разлику од уговора са тренутним извршењем код којих се уговор практично конзумира извршењем једне или неколико повезаних радњи, односно активности у краћем временском року, у односу на који је могуће са знатним степеном сигурности предвидети околности које могу да наступе и које су од утицаја на извршење уговора, те је такав договор, као консензус воља уговорних страна могуће, чак, и задржати на нивоу усменог – неформалног споразума, код уговора са трајним извршењем престација, чије се трајање протеже на временски период од 20 до 30 година, а некада и дуже, неопходно је писмено уредити, у што је могуће већој мери детаља, поступање, обавезе, ризике и одговорности уговорних страна током читавог века трајања пројекта.

⁹¹ Јавни субјект се најчешће у потпуности или претежним делом финансира из буџета, те је за извршење уговорних обавеза јавног субјекта потребно ваљано планирати потребна средства у смислу њиховог укључења у планирање буџета, из кога јавни субјект повлачи одобрена му средства; извршити правилно документовање захтева за повлачењем средстава уз достављање прописане документације; и, у уређеном поступку спровести повлачење и коришћење буџетских средстава. Слична обавеза терети и приватног субјекта који је изложен обавези редовног финансијског извештавања и ревизије финансијских извештаја, што са собом повлачи, уз обавезу документовања правног основа за било какво располагање новцем, улагање у капитал, односно вршење било какве инвестиције.

складу са договореним временским планом који је рефлектован у финансијским параметрима који оправдавају исплативост, а следствено томе и изводљивост пројекта;⁹² (д) уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта достављају се финансијерима пројекта, кад се додатно испитује и тестира финансијска исплативост пројекта и, у зависности од резултата ових анализа, оцењује се тзв. банкабилност пројекта (енг. *project bankability*); (ђ) поједини уговори ове врсте се по закону обавезно евидентирају и полажу у јавне регистре;⁹³ и (е) значајан део ових уговора, нажалост, доспева пред уговорене арбитраже или судове кад су, сам уговор, односно његове појединачне одредбе, од одлучујућег значаја за доношење одлуке у предметној ствари.

3.4. Двострано обавезујући, теретни и комутативни уговори

Уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта установљава се однос дугорочне међусобне обавезе уговорних страна,⁹⁴ базиране на сагласности воља уговорника, који се протеже кроз читаво трајање уговора и прати век реализације пројекта, дуг, често, по неколико деценија.

Иако је основно одређење ових уговора да су они двострано обавезујући, што указује на међусобни однос уговорних страна у овом односу (однос јавног и приватног субјекта), на овом месту неопходно је истаћи да је однос уговорних страна у једном броју ових уговора (оних који укључују екстерно финансирање, најчешће кроз пројектно финансирање) привидно двострано обавезујући. Ово из разлога што се у њихов однос у кључном тренутку за први тест одрживости пројекта, односно очувања уговора на снази (*тест финансијске исплативости пројекта*) укључује и трећи субјект, који није уговорна страна у том односу – финансијере пројекта – од чије одлуке да ангажују слободна финансијска средства зависи да ли ће пројекат бити реализован, по којој цени, да ли ће већ закључен уговор остати на снази или ће бити потребе за његовим изменама и допунама условљеним захтевима финансијера пројекта, или ће пројекат пропасти. Финансијере пројекта не интересује само то да ли уговорне стране своје обавезе извршавају благовремено и потпуно, у свему у складу са уговореном технологијом, параметрима, стандардима, роковима и ценама, већ и то да ли је сам пројекат, у сврху чије реализације је закључен уговор, постављен на исправним пројектно-техничко-финансијским претпоставкама и калкулацијама, односно да ли је

⁹² У тренутку планирања пројекта, припрема се финансијска пројекција утрошака и очекиваних прихода, односно оцењује се исплативост ових пројеката на основу анализе испуњености критеријума вредности за новац (енг. *value for money – VFM*).

⁹³ ЗЈППК у чл. 74 прописује обавезу евидентирања уговора о јавно-приватном партнерству и концесијама у Регистру јавних уговора, које води министарство надлежно за послове финансија (као јединствену електронску базу података на порталу јавних набавки).

⁹⁴ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 139-140; Ј. Радишић, 124-127.

пројекат финансијски исплатив или не. У случају да оцене да то није случај, супротно основним начелима аутономије воље уговорних страна, одрживост пројекта условљава измене уговора које предлажу финансијери пројекта. Финансијске институције које обезбеђују финансирање, иако нису непосредно уговорна страна у односу јавног и приватног субјекта, дакле, одлучују о судбини овог односа, практично мимо уговорних страна на чијој сагласности воља је уговор настао, будући да од њихове одлуке да ли ће обезбедити финансирање зависи судбина пројекта. Финална одлука о прихватању или неприхватању измена уговора остаје на уговорним странама, али је њихов пристанак на измене уговора најчешће издејствован под притиском финансијера пројекта, општег интереса, а некада и јавног мњења које може, али не мора нужно, да одражава општи интерес.

Однос јавног и приватног субјекта током читавог трајања уговора остаје формално-правно гледано двострани однос, с тим да је он надгледан и узајамно контролисан не само од стране самих уговорних страна, већ и поменуте треће стране – финансијера пројекта, који имају свој интерес да пројекат успе под уговореним условима, јер, у противном, неуспех пројекта или раскид уговора представља директну штету по финансијере који ће, у зависности од фазе реализације пројекта, упркос средствима обезбеђења која су уговорили, веома вероватно претрпети значајан финансијски губитак.

Такође, паралелно са овим уговорним односом, у вези са реализацијом пројекта установљава се неколико одвојених, паралелних и функционално повезаних двострано-обавезујућих односа који се међусобно прожимају на различите начине, утичући и рефлектујући се на судбину и успех пројекта, чинећи тако, у свом склопу, изузетно сложену архитектуру односа јавног и приватног субјекта. Тако се, заснива, живи и функционише уговорни однос између финансијера пројекта и пројектног друштва, а, ту су и уговорни односи пројектног друштва са његовим подизвођачима, затим однос оснивача пројектног друштва (спонзори) према пројектном друштву изражен кроз уговор о оснивању пројектног друштва, али и уговор чланова/акционара пројектног друштва, и др. Сви ови паралелни двострано-обавезујући односи међусобно се преклапају, уклапају и прожимају у сложен мозаик пословно-економско-комерцијално-правних односа, који у својој целовитости представљају и изражавају конкретан модел сарадње јавног и приватног субјекта.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта се, према критеријуму плаћања накнаде, одређују као онерозни, односно теретни уговори,⁹⁵ код којих се обавезно уговара плаћање накнаде за обављену делатност, односно пружене услуге од општег интереса. Накнаду за пружене услуге од општег интереса, у зависности од модела сарадње, најчешће

⁹⁵ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 140-141; Ј. Радишић, 127-128; О. Антић, 374.

прима пројектно друштво,⁹⁶ коме накнада која му се исплаћује представља, најчешће, једини приход од обављања делатности. Будући да ови уговори егзистирају у правном промету напоредо са другим уговорима који обезбеђују њихово извршење,⁹⁷ приход који остварује пројектно друштво користи се у прво време, по одбитку трошкова текућег одржавања постројења, односно објекта, искључиво за враћање кредита обезбеђеног за потребе изградње постројења, односно објекта, а тек када задужења за потребе изградње постројења, односно објекта у функцији пружања услуга од општег интереса буду исплаћена у целости, приватни субјект, након намирења свих поверилаца пројектног друштва, остварује право на приход кроз дивиденду која му се исплаћује.

Накнаду за обављање делатности, односно пружање услуга плаћа, у зависности од модела, јавни субјект или крајњи корисници услуга. Јавни субјект исплаћује приватном субјекту накнаду за услугу обављања делатности коју, уместо њега, обавља приватни субјект или пројектно друштво. С друге стране, код пројеката који укључују изградњу новог или реконструкцију већ постојећег објекта, постројења или система, јавни субјект, практично, плаћа и цену објекта, постројења, односно система које је изградио приватни субјект, односно пројектно друштво, док крајњи корисници услуга плаћају цену производа, односно услуге којима су задовољене њихове потребе.

И коначно, према критеријуму познавања висине и узајамног односа престација, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта могу се одредити као комутативни уговори.⁹⁸ Иако је овакво одређење ових уговора тачно, околност да се ови уговори закључују на период од 20 до 30 година, а неретко и на много дужи временски период, утиче на то да је познавање висине и међусобног односа престација, у пракси, релативно и условно, будући да је засновано на финансијским пројекцијама, што потврђује и чињеница да су ови уговори најчешће предмет честих измена, а неретко и отварања нових преговора у погледу битних елемената уговора, укључујући и цену. Оваква условна комутативност уговора јавног и приватног субјекта, међутим, никако не наводи на размишљање у правцу одређења ових уговора као алеаторних, у традиционалном поимању облигационог права.

⁹⁶ У мањем броју модела где се пројектно друштво не образује, накнаду прима непосредно приватни субјект.

⁹⁷ Финансијска средства која су обезбеђена за потребе изградње објекта, постројења, односно система, служе набавци опреме, материјала, ангажовању стручњака и извођењу радова, на чему је ангажовано само пројектно друштво, односно његови подизвођачи.

⁹⁸ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 142; С. Перовић, 208; Ј. Радишић, 128; *Правни лексикон*, 461-462.

3.5. Уговори са дуготрајним извршењем престација

Према општим правилима облигационог права, основна подела уговора према критеријуму дужине трајања престација је подела уговора на уговоре са тренутним извршењем и на уговоре са трајним извршењем обавеза.⁹⁹

За разлику од уговора са тренутним извршењем обавеза, код којих се циљ и сврха закључења уговора исцрпљују једнократним (не)предузимањем одређене активности, односно радње или трпљењем, уговоре са трајним извршењем обавеза карактерише извршење уговора кроз дужи временски период, и подразумева поновљено, континуирано, односно кроз дужи временски период протегнуто извршавање преузетих уговорних обавеза.

Језичко тумачење овог критеријума указује на одговарајућу терминолошку и логичку неправилност или, барем, непрецизност. Наиме, одређење трајног извршења обавеза циљним тумачењем указује да се ради о уговорима код којих се извршавање обавеза догађа у продуженом трајању, што се никако не може поклопити са језичким тумачењем, које би могло водити закључку да се ови уговори неограничено извршавају у времену. Трајање уговора је ствар воље уговорних страна те се, тако, важење уговора може временски одредити, али уговорне стране могу одлучити и да уговор закључе са неодређеним трајањем, што никако не сме наводити на закључак да се ови уговори неограничено извршавају у времену.

Остављајући по страни даље теоријско разматрање поделе уговора према критеријуму дужине трајања престација, и преносећи тежиште анализе на уговоре о сарадњи јавног и приватног субјекта, чак и из самог одређења ових уговора, недвосмислено се изводи закључак да уговори који су предмет ове анализе спадају у категорију уговора са дуготрајним извршењем престација. Дужину трајања уговора опредељује неколико чинилаца: (а) сложеност односа уговорних страна, (б) вредност инвестиција, и (в) потребно време да се уложена средства поврате кроз обављање делатности која резултира пружањем услуга од општег интереса, за које пружалац услуге од општег интереса добија уговорену накнаду од које, по одбитку трошкова текућег пословања, исплаћује обавезе настале по основу задужења за потребе реализације оваквог пројекта, и на крају, и он лично зарађује. Овакви пројекти, по својој природи, представљају комплексне подухвате, за које ниједна од уговорних страна нема нити довољно средстава, нити довољно ескпертизе да их самостално предузме, нити довољно капацитета да самостално преузме све ризике који су повезани са реализацијом пројекта.

Дужина трајања уговора у директној је вези са фактором временске исплативости пројекта, с тим што уговор, по правилу, траје дуже времена од наступања временске

⁹⁹ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 143; С. Перовић, 211; Ј. Радишић, 136-137.

исплативости пројекта, јер је интерес оних који улажу, не само да поврате вредност уложеног, већ и да додатно зараде. Будући да се код највећег броја ових уговора, реализација пројекта обезбеђује новцем који мањим делом обезбеђује приватни учесник у пројекту (10-30%), а претежним делом кроз екстерно финансирање (70-90%), исплативост пројекта има двојаку димензију – исплативост пројекта у односу на финансијске институције које обезбеђују финансирање, и исплативост пројекта у односу на приватног субјекта, који се увек исплаћује након пуног измирења обавеза по основу екстерног финансирања.

Кад је реч о захтеву финансијера пројекта у односу на питање исплативости пројекта, дужина реализације пројекта мора бити минимално срачуната на период пуне исплате кредита датог пројектном друштву за изградњу објекта, постројења, односно система који је у служби обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса.¹⁰⁰ Током оперативне фазе реализације пројекта, када пројектно друштво измирује обавезе према финансијерима пројекта, по основу кредита за изградњу објекта, постројења, односно система, пројектно друштво, односно његови чланови/акционари, практично не остварују никакав, или остварују занемарљив профит. По одбитку трошкова текућег одржавања објекта, односно постројења, и плаћања свих других уговорених или законских обавеза (осигурање, порези и слично), који се увек приоритетно исплаћују, преостали износ, који пројектно друштво приходује од накнаде коју му за пружене услуге од општег интереса плаћа јавни субјект, по основу уговореног редоследа плаћања обавезно прво отпада на плаћање обавеза према финансијерима пројекта, у складу са уговореним ануитетима, а само оно што преостане, након измирења свих поверилаца друштва, и под условом да је пројектно друштво остварило добит, у складу са прописима који уређују институт допуштених плаћања, исплаћује се члановима, односно акционарима пројектног друштва као дивиденда (или међудивиденда).

¹⁰⁰ Овај захтев финансијера пројекта је толико ригидно постављен, да је у пракси овакве врсте уговора неретко долазило и до тога да рок важења уговора, који је био битан елемент уговора, буде продужен на захтев финансијера пројекта. У Студији случаја 3 приказаној у Прилогу бр. 1 концесиони пројекат изградње ауто-пута запао је у потешкоће онда кад је, након закључења концесионог уговора, финансијска институција која је требало да обезбеди финансирање, након израде сопствених студија исплативости пројекта на основу студија саобраћаја које су показале битно другачије прогнозе саобраћаја у односу на студије саобраћаја које је припремио јавни субјект, што је било од одлучујућег утицаја на оцену финансијске исплативости пројекта, захтевала продужење трајања концесионог уговора за додатних пет година, колико је према налазима стручњака финансијске институције која је требало да обезбеди финансирање, било потребно да пројекат може да исплати самог себе. Проблем у преговорима са финансијским институцијама које обезбеђују финансирање огледао се у томе што је време важења уговора био битан елемент тендера, чија измена би могла да утиче на довођење у питање законитости спроведеног поступка одабира приватног субјекта, али је финансијска институција која је требало да обезбеди финансирање била упорна у свом захтеву, не остављајући никакву могућност обезбеђивања средстава под условима који су иницијално уговорени. Пројекат, нажалост, није успео, а неисплативост пројекта, односно његова финансијска неодрживост одређена је као један од основних разлога за неуспех пројекта.

С друге стране, приватни субјект је заинтересован да учествује у пројекту да би из њега, у финалној инстанци, профитирао. Оснивачи пројектног друштва (енг. *sponsors*) су заинтересовани да, након исплате обавеза по основу пројектног финансирања, које је обезбедио финансијер, и они неко време уживају финансијске погодности из прихода по основу пружених услуга од општег интереса кроз исплату дивиденде, чиме ће повратити вредност уложеног капитала (енг. *equity*), а и додатно зарадити.¹⁰¹

Као једно од интересантних питања поставља се и питање могу ли се једногодишњи уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта сматрати уговорима са дуготрајним извршењем престација. Са становишта горњег критеријума континуираног извршења преузетих уговорних обавеза, аутор сматра да се приликом давања одговора на ово питање мора узети у обзир не само строго формално-правни услов – трајање конкретног уговорног односа јавног и приватног субјекта, већ шири контекст њихове сарадње, која континуирано траје будући да је неопходна са становишта испуњења вишег циља – задовољења потреба крајњих корисника услуга од општег интереса.¹⁰² Оно што, по мишљењу аутора, ове уговоре чији „дугорочним“ је то што се они из године у годину закључују у конкурентном поступку, у форми типских уговора, само са незнатно промењеном ценом коју плаћа јавни субјект у складу са променама тржишних прилика, док предмет уговора, уговорне стране и битни елементи уговора – стандард, квалитет, начин, време и место пружања услуге, а који представљају битне елементе ових уговора, остају непромењени, односно протежу се кроз дужи временски период, кроз формално-правно сукцесивно закључивање годишњих уговора, чиме се тестира и обезбеђује континуирана испуњеност захтева критеријума „вредности за новац“, што је један од одлучујућих критеријума јавног субјекта у опредељењу за извођење сваког конкретног пројекта и праћење његове реализације.

3.6. Мешовити уговори

Према општим правилима облигационог права, основна подела уговора према критеријуму карактера престације је подела на једноставне и мешовите уговоре.¹⁰³ За разлику од једноставних уговора, чија се садржина састоји само од оних битних елемената

¹⁰¹ Зарада оснивача пројектног друштва на пројекту практично се огледа у интерној стопи повраћаја инвестиције (енг. *internal rate of return/IRR*) која се код ових пројеката, у зависности од конкретне индустрије у којој се пројекат реализује, али и од битних финансијских параметара конкретног пројекта, уобичајено креће у распону од 10%–18%. „Зарада“ приватних учесника у пројекту је већа од зараде финансијских институција које обезбеђују финансирање, а већа зарада објашњава се бројем и деликатношћу ризика које преузима приватни субјект, а пре свега околностима што се приватни субјект намирају на крају, након намирења свих поверилаца пројектног друштва као носиоца пројекта.

¹⁰² Уговори који су анализирани под домаћом Студијом случаја 4 садржаном у Прилогу бр. 1 обухватају сет уговора који се на годишњој основи, у континуираном трајању од више од пет година, закључују између истих уговорних страна, годишњим занављањем, након спроведеног јавног поступка.

¹⁰³ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 143-144; С. Перовић, 213.

уговора који су типични и особени за одређени тип уговора, мешовити уговори¹⁰⁴ у себи комбинују елементе више уговора који, у својој међусобној повезаности, дају један потпуно другачији уговор који задржава особности уговора чије је елементе преузео, али има и одређена другачија својства која га чине особеним. У правној теорији се у вези са овим критеријумом поделе даље најчешће наводи да су једноставни уговори, готово, по правилу, именовани уговори, односно да су мешовити уговори најчешће неименовани уговори. Даље, у правној теорији се мешовити уговори разликују од спајања два или више уговора од којих сваки од њих задржава своје карактеристике, те представљају потпуно одвојене целине, али и од међусобно условљених уговора код којих пуноважност једног уговора зависи од пуноважности другог уговора.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта су према својој суштини недвосмислено мешовити уговори будући да, по правилу, у себи садрже и обједињавају елементе више уговора – уговора о јавно-приватном партнерству, уговора о концесији, уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса, уговора о оснивању заједничког привредног друштва са битним елементима регулисања корпоративног управљања, *joint-venture* уговора, уговора о грађењу, уговора о управљању и одржавању, уговора о пружању одређене врсте услуга, финансијских уговора у вези са обезбеђивањем пројектног финансирања, и др. За разлику од спајања два или више уговора који одвојено егзистирају у правном промету и представљају засебне целине, уговори који су предмет ове анализе у себи управо обједињују, спајају и прожимају читав низ битних елемената различитих именованих уговора, задржавајући све своје карактеристике, али не представљајући засебне целине, већ део једног јединственог уговора. Такође, елементи различитих уговора који су комбиновани у уговорима који су предмет ове анализе имају још једну специфичност – то да су међусобно условљени, али не на начин да закључење једног уговора условљава закључење другог уговора, већ је овај однос заснован на унутрашњој синергији толико комплексан да утиче на одрживост читавог уговора као целине, у случају када обавезе уговорних страна које представљају спецификум једне подврсте уговора уткане у ову комплексну структуру постану неизвршиве или дође до њиховог кршења.

3.7. Уговори са споразумно одређеном садржином, индивидуални уговор, генерални и/или посебни уговори

Према општим правилима облигационог права, основна подела уговора према техници и начину закључења је подела на уговоре са споразумно одређеном садржином и на уговоре

¹⁰⁴ Правни лексикон, 578.

по приступу.¹⁰⁵ За разлику од уговора по приступу код којих једна уговорна страна унапред одређује елементе и услове уговора, према својој општој и сталној понуди, а друга уговорна страна само приступа таквој понуди, уговори са споразумно одређеном садржином су уговори код којих су уговорне стране у поступку преговора, међусобно усагласиле елементе уговора који су закључиле и који их обавезује.

Како се код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, од случаја до случаја, и у зависности од специфичности сваког појединачног пројекта које ови уговори уређују, установљава већи или мањи степен уговорног или институционалног партнерства, чија мера и појединости су условљени природом пројекта, те како су његови учесници различити субјекти који носе прерогатив јавних ентитета (држава, јавна предузећа, јединице локалне самоуправе) и приватни субјект, који се бира у јавном поступку, јасно је да се ови уговори не могу закључивати на основу општих услова или сталне понуде који нису применљиви на овакву врсту уговора.

Уговори који су предмет ове анализе могу своје полазиште наћи у међународним, најчешће билатералним уговорима (када је уговорна страна држава или јавно предузеће одређено самим билатералним уговором или одлуком надлежних државних органа, у свему у складу са садржином билатералног уговора), али могу настати и као резултат комерцијалног преговарања, након спроведеног јавног поступка. И у случају када су ови уговори изведени и спроводе се на основу билатералних уговора, важно је напоменути да билатерални уговори не личе увек једни на друге а, следствено томе, ни уговори који се из њих изводе немају значајнијих сличности, чак ни онда када за свој предмет имају изградњу сличне врсте објекта, постројења, односно система, или пружање сличне врсте услуге од општег интереса. Разнородност ових уговора је утолико више распрострањена у случају уговора који су се преговарали на строго комерцијалној основи и који немају упориште у међународном уговору.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта се, дакле, према критеријуму технике и начина закључења одређују као уговори са споразумно одређеном садржином, са читавим низом специфичности које их и у овом смислу даље суштински одређују.

Иако овај уговор преговарају и уговарају уговорне стране – јавни и приватни субјект, реализација појединих пројеката, како смо то већ помињали, подразумева претходну анализу финансијске изводљивости пројеката тзв. *процену банкабилности пројекта*, коју спроводе финансијери пројекта, који диктирају и условљавају садржину ових уговора, на начин да захтевају мање или више значајне измене закључених уговора, или њихово ново преговарање, намећући одређене одредбе које, неретко, не одговарају ни јавном, а ни

¹⁰⁵ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 144-145; С. Перовић, 217.

приватном субјекту. Отуда се, у односу на поједине врсте ових уговора, легитимно може поставити питање одражавају ли они у својој бити споразум уговорних страна, или представљају ултиматум финансијера пројекта или резултат притиска задовољења општег интереса. Како захтеви финансијера пројекта, али и крајњих корисника услуга од општег интереса морају да буду рефлектовани у одговарајућим одредбама уговора, чије измене и допуне закључују уговорне стране, заједничка воља и споразум уговорних страна, макар и наметнут, ипак постоји, с тим што се диктирање услова за измену ових уговора зарад обезбеђивања банкабилности пројекта, или одржања пројекта по сваку цену под притиском корисника услуга од општег интереса, не може квалификовати као мана воље, у смислу како је одређују општа правила облигационог права.

- Индивидуални уговор

Други ниво поделе према критеријуму технике и начина закључења уговора је подела уговора на индивидуалне и колективне уговоре.¹⁰⁶ За разлику од колективних уговора који производе правна дејства у односу на сва лица која припадају одређеној групи и код којих је сагласност већине чланова опредељујући критеријум за доношење одлуке о закључењу уговора, индивидуалне уговоре карактерише то што обавезују само она лица која су изразила своју сагласност на закључење уговора и на његову садржину. Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта се према овом критеријуму могу одредити као индивидуални уговори.

- Генерални и посебни уговор

Трећи ниво поделе уговора према критеријуму технике и начина закључења је подела уговора на генералне и посебне уговоре.¹⁰⁷ Генералне уговоре карактерише споразумно утврђивање само основних елемената и општих услова уговора који се, по правилу, извршавају у дужем временском периоду, док посебне уговоре карактерише даље разрађивање и прецизирање одредаба уопштено уређених генералним уговором.¹⁰⁸

Према овом подкритеријуму поделе, највећи број уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта могли би да се одреде као генерални уговори, којима уговорне стране уређују основне принципе сарадње током читавог века трајања пројекта. За разлику од велике већине генералних уговора који су по својој природи веома начелни, сумарни, сажети и недовољно одређени, уговори који су предмет ове анализе су значајно детаљнији од других генералних уговора, у смислу да прописују периодичне и финалне рокове за њихову реализацију, фазе реализације пројекта, вредности уговора по фазама, као и конкретне обавезе уговорних страна у свакој од предвиђених фаза. Оваква особеност

¹⁰⁶ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 148.

¹⁰⁷ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 148-149; Ј. Радишић, 139; С. Перовић, 229.

¹⁰⁸ *Правни лексикон*, 295.

уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта изводи се из околности да ови уговори представљају почетни и најважнији документ који финансијери пројекта разматрају и анализирају приликом оцене финансијске изводљивости пројекта. Да би могли да оцене финансијску изводљивост пројекта, финансијери пројекта морају да имају минимум података који одређује конкретан пројекат, као што су: (а) одређење предмета пројекта и његова ближа спецификација, како према оквирној вредности, тако и према техничким карактеристикама објекта, постројења, односно система;¹⁰⁹ (б) пројектована цена изградње постројења, односно објекта; (в) начин финансирања пројекта, укључујући и релевантне проценте учешћа капиталних улагања од стране оснивача пројектног друштва (енг. *equity*) у односу на пројектно финансирање (енг. *debt*); (г) фазе у реализацији пројекта, укључујући и њихов оквирни календарски приказ, и обавезе уговорних страна у свакој од фаза реализације пројекта, (д) пројектовани финални рок окончања изградње; (ђ) обезбеђење за извршење обавеза уговорних страна; (е) институционални вид сарадње јавног и приватног субјекта, уз дефинисање основних принципа корпоративног управљања и последица поступања супротно утврђеним принципима, и др.

На основу генералних уговора, даље се закључују посебни уговори којима се на детаљнији начин уређују поједини аспекти реализације пројекта. Као посебни уговори најчешће се издвајају: (а) уговор о пројектовању; (б) уговор о изградњи; (в) уговор о управљању и одржавању постројења односно објекта; (г) уговор о оснивању пројектног друштва; (д) уговор о оснивању концесионог предузећа; (е) уговор чланова друштва/уговор акционара, и слично. Посебни уговори, чија природа то допушта због комплексности задатка, могу се спустити на још један ниво ниже, што резултира закључењем уговора са подизвођачима, којима се делегирају поједини послови или групе послова на пројекту изградње постројења, односно објекта, затим, уговори са, у ту сврху основаним, привредним друштвима којима пројектно друштво делегира део или читав спектар послова у вези са управљањем и одржавањем постројења, односно објекта, као и уговори са *call* и *put* опцијом као посебни уговори који се закључују на основу уговора чланова/акционара друштва.

Даљу специфичност посебних уговора који се закључују у вези са уговорима који су предмет ове анализе, представља и околност да за разлику од општих правила која се примењују на генералне и посебне уговоре, према којима су уговорне стране у генералним и посебним уговорима увек иста лица, код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта то није нужно случај. Тако, на пример, генерални уговор закључују јавни и приватни субјект,

¹⁰⁹ На пример, у случају изградње ауто-пута прецизно се уређује траса, број километара који треба да се изгради, стандард изградње и слично. С друге стране, у случају изградње гасовода или нафтовода, такође, се прецизира траса, оквирна дужина преносног транспортног система, пропусна моћ, притисак у транспортном систему, право на коришћење транспортних капацитета и степен коришћења предметног права, и слично.

док посебни уговор о грађењу¹¹⁰ закључује пројектно друштво, које је инвеститор, и правно лице, односно конзорцијум правних лица који се појављују у својству извођача радова. Даље, уговор о управљању и одржавању закључују пројектно друштво и привредно друштво које је најчешће наменски основано у циљу обављања управо ових делатности.¹¹¹

Такође, за разлику од обележја велике већине генералних уговора код којих се обавеза уговорних страна установљава закључењем генералног уговора, док посебни уговор представља само инструмент извршења престације уговорних страна, код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, права и обавезе се суштински установљавају тек закључењем посебног уговора, док генерални уговор суштински само установљава обавезу на закључење посебног уговора. Ова разлика проистиче из горе описане специфичности ове врсте уговора, према којој генерални и посебни уговор не морају нужно да буду закључени између истих уговорних страна.

И на крају, за разлику од општих правила која се примењују на генерални уговор, према коме се генерални уговор разликује од пунктације по томе што пунктација претпоставља да међу странкама нису потпуно окончани преговори, већ да су се уговорне стране сагласиле само о битним елементима уговора и ту сагласност документовале у писменој форми, а генерални уговор подразумева да су преговори окончани и да је договор уговорних страна на снази до даљњег, најчешће до пуног извршења уговора, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, иако се начелно дефинишу као генерални уговори, веома су блиски и теоријском одређењу пунктације. Околност да су уговори који су предмет ове анализе под лупом финансијских институција, које редовно захтевају измене и допуне већ закључених уговора, а често захтевају и отварање потпуно нових преговора у вези са конкретним пројектом, утиче на то да уговорне стране још у тренутку закључења ових уговора најчешће унапред рачунају на апсолутну флексибилност у извршењу ових уговора, односно на нове преговоре, те се условно може закључити да се и међу уговорним странама претпоставља да преговори нису окончани, чак ни у погледу битних елемената уговора.¹¹²

¹¹⁰ Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Удружење правника у привреди Србије, Београд 2014¹⁴, 213-217.

¹¹¹ Иако се послови управљања и одржавања објекта/постројења у сврси пружања услуга од општег интереса у пракси најчешће поверавају друштву посебне намене чији је оснивач, такође, приватни субјект из генералног уговора, у једном броју уговора послове управљања и одржавања објекта/постројења обавља пројектно друштво које је било носилац посла изградње тог објекта/постројења. Послови изградње објекта/постројења и управљања објектом/постројењем, дакле, могу, али и не морају нужно да буду подељени између више друштава посебне намене које је основао приватни субјект.

¹¹² Преговарање дужине трајања концесионог уговора, односно његово продужење за додатних пет година у случају концесионог пројекта изградње ауто-пута из домаће Студије случаја 3 садржане у Прилогу бр. 1, представља један од упечатљивих примера из домаће праксе у којима је након закључења уговора дошло до поновног отварања преговора у погледу измене, између осталог, и једног од битних елемената уговора – трајања концесије.

3.8. Самостални и/или акцесорни уговори

Према општим правилима облигационог права, основна подела уговора према критеријуму зависности једних уговора од других је подела на самосталне уговоре и на акцесорне уговоре.¹¹³ За разлику од самосталних уговора који постоје сами за себе и као такви производе правна дејства, акцесорни уговори се не могу закључити ако не постоји самосталан уговор и не могу одвојено од самосталних уговора да егзистирају у правном промету.

Према овом критеријуму поделе, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта се одређују као самостални уговори. Међутим, као и код горе анализираних критеријума поделе, они су само условно речено самостални, јер у суштини зависе од обезбеђивања финансирања. Иако формално-правно гледано ови уговори јесу самостални, они су у реалном животу „мртво слово на папиру“ и неспроводиви су ако њихово извршење не постане условљено закључењем другог уговора – уговора о кредиту који представља инструмент којим се обезбеђују слободна финансијска средства за финансирање изградње, односно реконструкције објекта/постројења/система посредством кога ће се обављати делатност, односно пружати услуге од општег интереса. На овакву врсту „несамосталности“ ових уговора у правном промету указују и раскидни услови које ови уговори прописују. Тако, као један од стандардних раскидних услова у првој фази извршења уговора обавезно се прописује раскид уговора у случају неусвајања студије изводљивости пројекта, недоношења финалне инвестиционе одлуке и, коначно, у случају изостанка финансијске исплативости/банкабилности пројекта. Док је доношење студије изводљивости пројекта, односно доношење финалне инвестиционе одлуке у контроли уговорних страна – јавног субјекта и пројектног друштва, односно његових оснивача (спонзора), одлучивање о финансијској исплативости пројекта, и, с тим у вези, оцењивање пројекта као (не)банкабилног, је ван контроле учесника у пројекту, будући да главну реч у овом процесу имају трећа лица, формално-правно ван овог односа, али по њега од суштинског значаја – банке, односно финансијери пројекта. Стога се ови уговори могу посматрати као „условно“ самостални, односно као самостални под претпоставком испуњења услова – обезбеђења финансирања пројекта. Међутим, имајући у виду улогу и значај финансијских институција и након обезбеђења финансирања, мислећи посебно на њихово право да током трајања уговора спроводе различите интервенције у уговорном односу учесника у реализацији пројекта, а посебно имајући у виду право финансијера да преузму пројекат и са њим, даље, слободно располажу, овај уговор, чини се, остаје на посебан и индиректан начин услован током читавог свог трајања, или барем до конзумације уговора о кредиту.

¹¹³ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 150; С. Перовић, 231; Ј. Радишић, 138.

Посебности на које је горе указано никако не чине овај уговор ни акцесорним, односно споредним, јер ови уговори представљају основ за закључење уговора о кредиту којим се обезбеђује финансирање изградње постројења/објекта у служби пружању услуга од општег интереса. Без овог уговора не би било ни уговора о кредиту будући да управо он опредељује сврху обезбеђивања финансијских средстава, те следствено томе и намену кредита, из ког разлога овај уговор економски и логички претходи уговору о кредиту, обезбеђујући му намену. Међутим, након закључења уговора о кредиту, кад ова два уговора паралелно постоје и извршавају се, уговор о кредиту се, захваљујући посебним механизмима који се уговарају, а о којима ће посебно бити речи, намеће као супериорнији, односно као „контролни“ самостални уговор у њиховом међусобном односу.

3.9. Уговори *intuitu personae*

Према општим правилима облигационог права, основна подела уговора према критеријуму личности уговорника је подела на уговоре који се закључују *intuitu personae*,¹¹⁴ тј. уговоре који се закључују с обзиром на својства личности уговарача и на уговоре који се закључују без обзира на својства личности уговарача.¹¹⁵ Уговори *intuitu personae*¹¹⁶ су они уговори код којих лична својства уговарача представљају одлучујући елемент сагласности уговорних страна да уђу у одређени уговорни однос, у тој мери и на тај начин да је извршење обавеза, односно стицање права из уговорног односа, односно у вези са њим, тесно повезано са уговорником због чијих се личних својстава уговор и закључује. Код уговора који се закључују без обзира на лична својства уговарача, личност и особености уговорника нису од значаја, ни у односу на мотив закључења уговора, нити у односу на извршење уговорних обавеза.

Иако уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта почивају на принципу конкурентности и равноправног третмана у поступку доделе ових уговора, чиме се на први поглед релативизују особености потенцијалних уговорника, лична својства уговарача се у коначном одабиру уговорне стране сматрају одлучујућим, те се може рећи да ови уговори имају обележја уговора *intuitu personae*.¹¹⁷ Међутим, као што се то показало са сваким од горњих критеријума поделе који су показали одређене специфичности ових уговора, такве специфичности долазе до изражаја и код овог критеријума поделе.

Обележја личности су најчешће, али не и нужно, одлучујућа у закључењу уговора са физичким лицима, мање у уговорима са правним лицима, а још мање у уговорима у

¹¹⁴ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 150.

¹¹⁵ С. Перовић, 232.

¹¹⁶ *Правни лексикон*, 357.

¹¹⁷ С. Г. Средојевић, 37.

привреди. На то индиректно, лексички и етимолошки указује и сам латински назив – *intuitu personae* – при чему се код велике већине ових уговора лична својства заиста и везују за личност физичког лица.¹¹⁸ Затим, лична својства која су код већине именованих уговора *intuitu personae* одлучујућа су заиста лична својства – стручне, етичке, моралне или какве друге особине личности или посебна знања, вештине и особености које одређеног појединца издвајају у односу на остала лица и чине га прикладним или подобним за закључење одређеног уговора. И додатно, најчешће су лична својства само једне уговорне стране та која уговору дају карактер уговора који се закључује с обзиром на лична својства уговорника. Која су то, међутим, лична својства уговорника која уговоре о сарадњи јавног и приватног субјекта чине уговорима *intuitu personae*?¹¹⁹

За разлику од осталих уговора који се закључују с обзиром на лична својства уговорника, код којих су лична својства само једне уговорне стране довољна и уобичајена да таквом уговору дају прерогатив уговора *intuitu personae*,¹²⁰ код ових уговора лична својства уговорних страна¹²¹ су важна за обе уговорне стране, а посебно добијају на значају у вези са обезбеђивањем финансирања пројекта, када су лична својства уговорних страна од пресудног значаја за финансијере пројекта. Јавни субјект који најчешће иницира пројекат и у потрази је за приватним партнером¹²² посебно цени и разматра следеће критеријуме, појединачно и у њиховој међусобној повезаности: (а) искуство приватног субјекта у пројектима исте и/или сличне врсте (на локалном, регионалном и међународном нивоу, као и вредност и комплексност до тог тренутка реализованих пројеката); (б) репутацију приватног субјекта (чист пословни досије, одсуство повезаности у сарадњи или финансирању забрањених група, односно организација, јер ће ово бити од посебног значаја у каснијој фази пројекта када се буду укључили финансијери пројекта који имају строге критеријуме у вези са проценом пословања и особености партнера у послу – енг. *proof of good standing criteria*); (в) власничку структуру приватног субјекта односно облик његовог

¹¹⁸ На пример, код уговора о ортаклуку, уговора о делу, уговора о поклону, уговора о доживотном издржавању, уговора о давању овлашћења за заступање, односно пуномоћја и другим именованим уговорима код којих су лична својства физичког лица битна за закључење уговора.

¹¹⁹ Вид. *Proposal for a Directive on the Award of Concession Contracts, Position of CCIP, Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris*, Paris 2012, 5.

¹²⁰ Yan Wei, *Regulating Municipal Water Supply Concessions, Accountability in Transitional China*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2014, 63.

¹²¹ *OECD Working Paper No. 2 on Competition and Regulation, Auction Procedures and Competition in Public Services: the Case of Urban Public Transport in France and London*, DAF/COMP/WP2 (2013)2. 9, доступно на:

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2\(2013\)2&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2(2013)2&docLanguage=En) - 15.4.2015.

¹²² Eshien Chong *et al.*, „Public Private Partnerships and Prices: Evidence from Water Distribution in France“, *Review of Industrial Organization* 29/2006, Springer 2006, 154, доступно на: http://www.webssa.net/files/chongetal2006_s9.pdf - 15.4.2015.

организовања;¹²³ (г) стање пословања приватног субјекта које одражава дугорочну оперативну и финансијску стабилност приватног субјекта, његову постојећу и пројектовану финансијску изложеност;¹²⁴ (д) финансијску стабилност приватног субјекта и његову способност да обезбеди финансирање пројектног друштва кроз капитална улагања приликом оснивања и кроз касније докапитализације (енг. *equity financing*); (ђ) способност приватног субјекта да самостално реализује целокупан пројекат ангажовањем свог људства, технике и експертских знања, односно код комплексних пројеката, способност приватног учесника да брзо, економично и повезано генерише, контролише и преузме одговорност за мрежу подизвођача,¹²⁵ и слично.

Приватни субјект, у прерогативу јавности на страни јавног субјекта, види гаранцију да ће се пројекат спровести, да ће увек имати присутног и ангажованог партнера у пројекту који ће моћи да благовремено одговори својим уговорним обавезама, те да ће подршку јавног партнера имати током читавог века трајања пројекта. Међутим, оно што представља једну од упечатљивих специфичности овог уговора у односу на друге именоване и често закључиване уговоре *intuitu personae* је то што се уговори ове врсте у пракси најчешће закључују између јавног субјекта и пројектног друштва, чији је оснивач приватни субјект чије је референце ценио јавни субјект у селективном поступку одабира. Пројектно друштво, међутим, представља друштво које се оснива у циљу реализације конкретног пројекта и представља друштво без корпоративне и финансијске историје (енг. *no record company*). Дакле, само пројектно друштво које постаје уговорна страна јавног субјекта, суштински само не поседује лична својства која су битна код свих других уговора *intuitu personae* јер је тек основано са циљем да буде формални носилац пројекта, већ ова обележја „црпи“ од свог оснивача, односно од својих оснивача који су испунили све квалификационе, корпоративне, техничке и финансијске критеријуме. Отуда је обележје *intuitu personae* на страни пројектног друштва у ствари квази-обележје ове врсте уговора јер је оно суштински супротно логици овог правног односа и природи личног својства субјекта са којим се уговор закључује.

¹²³ Јавна друштва посебно држе до репутационог ризика те је њихово пословање предмет комплексних *compliance* процедура, а пословање са јавним друштвима даје одређену врсту сигурности њиховим сауговорачима будући да је њихово пословање транспарентно и предмет је контроле бројних институција и регулаторних тела.

¹²⁴ Стање пословања приватног субјекта се детаљно испитује кроз анализу документације која се доставља на оцену у поступку одабира приватног субјекта, као и у поступку израде дијагностичког извештаја (енг. *due diligence*) који спроводе саветници јавног субјекта.

¹²⁵ У случају кад се у својству потенцијалног приватног субјекта нађе друштво из одређене пословне групе, околност да је то друштво део разгранате и успешне пословне групе може да представља додатан мотив да се управо то друштво одабере за партнера у пројекту будући да ће оно кроз групу очекивано моћи да мобилише средства, људство, технологију, опрему и да обезбеди друге погодности у односу на друге приватне учеснике којима би претпостављено требало више времена, а њихова услуга подангажовања би била потенцијално скупља и спорија у смислу покретања поступака набавке, ово посебно у међународним инвестиционим пројектима велике вредности.

Међутим, управо када би нас овај закључак могао навести на размишљања која воде оспоравању *intuitu personae* природе овог правног односа, важно је тежиште овог разматрања пренети на други ниво анализе – перспективу финансијера пројекта, које односу *intuitu personae* придају посебан значај, при чему неретко више инсистирају на одлучујућим личним својствима уговорних страна, него оне саме. Финансијске институције које обезбеђују финансирање перципирају јавног субјекта на исти начин како то чини и приватни субјект, односно пројектно друштво. Јавни субјект, самим својим прерогативом јавности, представља гарант благовременог и потпуног извршења обавеза на страни јавног учесника у пројекту. Међутим, и са становишта финансијера пројекта, лични карактер јавног учесника у пројекту се црпи из два нивоа – непосредног јавног учесника у пројекту, и његовог оснивача, кога, чак и онда када он то формално није, финансијске институције посматрају као јемца или гарантора да ће јавни учесник у послу – на пример, јавно предузеће, извршити обавезе из уговора, јер јавно предузеће у погледу извршења његових уговорних односа поистовећују са његовим оснивачем – државом или јединицом локалне самоуправе.

Ово посебно добија на сложености, али и на аргументацији, у случајевима када се уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта закључују на основу билатералних или мултилатералних уговора, кад се држава међународним уговором обавезује да ће обезбедити да учесник у пројекту у име државе, извршава уговорне обавезе на начин предвиђен конкретним уговором. У таквим случајевима се „лично обележје“ државе, односно јединице локалне самоуправе заиста пресликава на друштво које су они основали и које је учесник у пројекту у име државе, односно јединице локалне самоуправе. Али, без обзира на околност што су „лична својства“ јавних предузећа у таквим случајевима изведена из прерогатива јавности и моћи државе, односно јединице локалне самоуправе, тј. тежиште те моћи и сигурности у извесност благовременог извршења уговорних обавеза је на оснивачу, финансијери пројекта то обележје, како им одговара, фиксирају и на јавно предузеће, забрањујући одређене промене на страни јавног учесника у пројекту.¹²⁶

Све горе наведено заиста води у правцу уверења да је фиксирање уговора за одређене уговорне стране, односно његова непреносивост на друга лица, што и јесте особина традиционалних уговора *intuitu personae*, још један од аргумената који говори у прилог оваквом одређењу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Међутим, околност да уговори са финансијерима пројекта често уређују преузимање пројекта на страни пројектног друштва од стране финансијских институција (енг. *step-in rights of the lenders*) наводи на закључак да финансијери пројекта, који овим уговорима додатно дају карактер уговора

¹²⁶ Тако, на пример, финансијери пројекта често својим уговорима којима обезбеђују финансирање забрањују промену делатности јавног предузећа, његове статусне поделе, реорганизације и слично, тиме задирући у ексклузивна овлашћења оснивача – на пример, државе, односно јединице локалне самоуправе да приступи корпоратизацији својих друштава и њиховом претварању у друштва капитала.

intuitu personae са становишта обезбеђивања континуитета и непроменљивости у односу јавног субјекта и пројектног друштва, истовремено, онда кад њихов интерес то захтева, овим уговорима практично одузимају тај карактер. То се дешава зато што, када реализација пројекта постане отежана од стране пројектног друштва, на основу уговора закљученог са пројектним друштвом, на који јавни субјект унапред даје сагласност, финансијери пројекта преузимају пројекат и тако, посредно, улазе у уговорни однос са јавним субјектом, мимо начела конкурентности и равноправног одабира учесника у пројекту, ступајући на место субјекта односно пројектног друштва.

На основу свега горе наведеног, могу се изводити убедљиви аргументи у прилог *intuitu personae* природе ових уговора, али и једнако убедљиви аргументи који опонирају оваквом одређењу ових уговора, али оно што је недвосмислено јасно, а на шта је аутор желео да укаже су управо специфичности, значај и посебна конотација овог концепта у анализи уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.

3.10. Каузални уговори

Према општим правилима облигационог права, основна подела уговора према критеријуму видљивости каузе је подела на каузалне и апстрактне уговоре.¹²⁷ Код каузалних уговора¹²⁸ видно је означен његов циљ, тако да је препознатљиво и јасно због којих разлога и са којом намером се уговорне стране међусобно обавезују. Код апстрактних уговора, с друге стране, није јасно назначен циљ уговора, те тако није ни јасно који је разлог обавезивања уговорних страна.

Како се уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта закључују у циљу обезбеђивања пружања услуга од општег интереса, то је њихова кауза препознатљива из саме њихове природе, и они се, без икакве сумње, сврставају у категорију каузалних уговора. Оно што није на први поглед препознатљиво, чак и у оним случајевима у којима закон прописује обавезне елементе ових уговора, а што је предмет преговора и разликује се од случаја до случаја, су посебне обавезе уговорних страна које произлазе из специфичности пројекта чијој реализацији треба да допринесу, и подела ризика, те сходно томе, и одговорности у различитим фазама реализације пројекта, о чему ће бити речи касније.

¹²⁷ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 151-153; С. Перовић, 239; Ј. Радишић, 132-136.

¹²⁸ *Правни лексикон*, 435.

4. Природа односа јавног и приватног субјекта – „партнерство“ или вишеструко узајамно ограничавајући однос

Однос јавног и приватног субјекта је сложен, дуготрајан, изнутра и споља динамичан, супротстављен, али уговорно изнивелисан однос бројних учесника у вишеслојној структури односа комплексне пословно-комерцијално-технички-финансијско-правне архитектуре.

Окупљеност учесника у пројекту на његовој реализацији указује на постојање минимума заједничког интереса који окупља и повезује све учеснике у овом односу. Иако установљењу односа јавног и приватног субјекта претходе веома удаљене позиције и обрнути интереси, њихова појединачна ограничења представљају њихову иницијалну спону. Међутим, непотпуно и неправедно би било рећи да се однос јавног и приватног субјекта заснива на немоћи и ограничењу. Напротив, њихов однос се управо заснива на настојању да се појединачна ограничења премосте у циљу постизања вишег циља – обезбеђивања задовољења интереса шире групе крајњих корисника производа, односно услуга од општег интереса. Из ограничења и нужности, овај однос слободном вољом учесника у пројекту постаје договор око спровођења заједничког подухвата, у коме јавни и приватни субјект међусобно сарађују, остављајући по страни своје почетне удаљене позиције и супротстављене интересе.

Жеља и намера уговорних страна да свом односу дају и формална и фактичка обележја „савеза“, „синергије“, „сарадње“ и партнерства“ садржана је у појединим одредбама уговора које експлицитно указују да уговорне стране везује управо сарадња и да су оне у овом односу равноправне.¹²⁹ Међутим, бројни односи јавног и приватног субјекта који наизглед делују као израз равноправности уговорних страна и њиховог паритета, у суштини, како ће се то касније видети, представљају управо одраз међусобног неповерења, међусобног условљавања и инструменте обезбеђивања међусобне контроле уговорних страна.

Оно што представља спецификум односа јавног и приватног субјекта је то да је овај однос континуирано динамичан и контрадикторан. Таман, када реализација пројекта, односно поступање уговорних страна наведе на закључак да је њихов однос парадигма диспропорције и супротстављености, онда кад се то најмање очекује, јавни субјект, у ситуацији када приватни субјект не извршава поједине своје обавезе или из неког разлога не може да их изврши, супротно иницијалној подели обавеза и одговорности, преузима на себе извршење и појединих обавеза приватног субјекта, како би омогућио да пројекат преживи.

¹²⁹ Као пример таквих одредаба могу да послуже одредбе о сарадњи у погледу испуњавања различитих услова које уговор прописује, међусобног обавештавања о проблемима насталим у вези са реализацијом пројекта и заједничког настојања да се проблеми превазиђу, како би се уговор одржао на снази, а у случају оснивања заједничког привредног друштва, настојање за обезбеђивањем равнотеже огледа се у одредбама о паритету уговорних страна у погледу њихове заступљености у корпоративним органима друштва и начину доношења одлука.

Овакво поступање јавног субјекта заиста представља *par excellence* пример односа партнера али, нажалост, не одсликава прави мотив поступања јавног субјекта, будући да је исто најчешће производ нужности да пројекат преживи и спречи се негативан ефекат раскида уговора, у коме би значајан трошак раскида уговора преузео управо јавни субјект, а неретко представља поступање условљено ултимативним захтевима финансијера пројекта. Отуда, овај документ и настоји да прикаже и објасни да однос учесника у пројекту није једноставно одредити као однос *паритета* и *сарадње* или однос *диспропорције* и *условљавања*, јер овај однос јесте и једно и друго, будући да се клатно интереса уговорних страна током века реализације пројекта динамично креће у оба смера.

Однос јавног и приватног субјекта се никако не сме фиксирати и замрзнути ни у једном сегменту, будући да на овај однос одлучујуће утиче време реализације пројекта које се мери у деценијама, бројне околности од којих учесници у пројекту на поједине немају никаквог утицаја, и, коначно, интереси других субјеката који имају важну улогу у реализацији пројекта, и који додатно проблематизују, детерминишу и условљавају понашање јавног и приватног субјекта.

5. Општи интерес – кауза уговора или нешто друго

Једно од централних питања које опредељује сврху закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, а следствено томе далекосежно утиче и на одређење битних елемената уговора, трајање уговора и обавезе уговорних страна, јесте општи интерес. Општи интерес условљава, диктира и одређује читав живот уговора који су предмет ове анализе. Критеријум задовољења општег интереса мора да буде препознат у фази припреме пројекта, будући да пројекат треба да се спроводи управо у циљу обезбеђивања задовољења општег интереса. Општи интерес надаље „оправдава“ поступак одобравања одређеног пројекта, одабир најповољнијег понуђача и право јавног субјекта да, под одређеним условима, преузме пројекат уколико његова реализација запрети да угрози било само остварење општег интереса, било економске ефекте пружања услуге од општег интереса.

Општи интерес се у литератури и у регулаторним актима дефинише на различите начине, с тим да не постоји општеприхваћена дефиниција општег интереса која је довољно широка да обухвати све оно што општи интерес може да представља или укључи. Општи интерес се најчешће дефинише аналогним тумачењем,¹³⁰ дескриптивно, навођењем *exempli causa* примера услуга од општег интереса и упућивањем на тзв. јавни интерес.¹³¹

¹³⁰ Општи интерес се најчешће одређује набрајањем делатности у вези са чијим обављањем се омогућава његово остваривање – „...интерес који укључује услуге као што су: водоснабдевање, снабдевање електричном енергијом, телекомуникационе и поштанске услуге, јавни превоз, у вези са чијим пружањем су субјекти који их пружају обавезани одређеним универзалним обавезама које се везују за пружање ових услуга...“, вид. Steven Van de Walle,

Питање одређења општег интереса мучило је и европску заједницу држава које су се појединачно обраћале Европској комисији у настојању да својим одређењем отклони недоумице шта се има сматрати општим интересом, односно услугама од општег интереса. Европска комисија је у одређивању услуга од општег интереса, ослањајући се на донета обавезујућа правила комунитарног права, али и на релевантну судску праксу, успела да дефинише неколико сродних услуга које би се могле сматрати услугама од општег интереса, указујући при томе и на њихове битне међусобне разлике:¹³² (а) *услуге од општег интереса* (енг. *services of general interest*), које се најуопштеније могу дефинисати као услуге које надлежни органи сваке појединачне државе чланице у складу са својим приоритетима дефинишу као услуге од општег интереса у складу са одређеним обавезама јавног сектора, дефинисаним принудним прописима сваке појединачне државе чланице. Овакво најшире одређење услуга од општег интереса обухвата и даље подкатегије услуга од општег интереса које имају економски ефекат и услуге од општег интереса које немају економски, већ социјални ефекат. Услуге од општег интереса које немају економски ефекат не подлежу обавезујућим правилима комунитарног права, нити мандаторним нормама које уређују право конкуренције, али могу да подлежу примени других општих принципа који проистичу из Уговора о Европској унији – на пример правилу забране дискриминације; (б) *услуге од општег интереса са економским ефектом* (енг. *services of general economic interest*), које се најуопштеније могу дефинисати као услуге од општег интереса које имају значајније економске ефекте по субјекте којима су намењене, а које се без интервенције јавног сектора не би могле обезбедити,¹³³ или би се обезбеђивале најширем кругу корисника уз разлике у квалитету услуге, сигурности услуге, доступности услуге, једнаког третмана или једнаког приступа.¹³⁴ Овакве врсте услуга се пружају широком кругу корисника на основу уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса и на основу општих критеријума којима се обезбеђује да се ова услуга пружа на контролисан начин, чиме се омогућује циљ и сврха пружања ове посебне подкатегије услуга од општег интереса; (в) *социјалне услуге од*

„What services are public? What aspects of performance are to be ranked? The case of 'services of general interest'“, *International Public Management Journal* 3/2008, 256-274.

¹³¹ Детаљније о одређењу јавног интереса вид. Theodore M. Benditt, „The Public Interest“, *Philosophy & Public Affairs* 3/1973, 291-311; као и: Carol W. Lewis, „In Pursuit of the Public Interest“, *Public Administration Review* 5/2006, 694-701.

¹³² У вези са одређивањем појма услуга од општег интереса и одговарајућег стандарда у њиховом пружању Европска комисија је дана 20. децембра 2011. године објавила документ који садржи комуникацију, инструкције и препоруке Европске комисије Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона – вид. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Quality Framework for Services of General Interest in Europe, Brussels, 20.12.2011, COM(2011) 900 final*, доступно на:

http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/comm_quality_framework_en.pdf - 15.4.2015.

¹³³ Malcolm Ross, „Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?“, *European Law Review* 1/2000, 22-38.

¹³⁴ Wolf Sauter, „Services of general economic interest and universal services in EU law“, TILEC Discussion Paper DP 2008-17, *European Law Review* 2/2008, 1-36.

општег интереса (енг. *social services of general interest*), које се најуопштеније могу дефинисати као услуге од општег интереса које обавезно укључују одговарајуће шеме социјалног осигурања којима се обезбеђује покриће за главне ризике који прете животу грађана, а укључују и широк спектар услуга које се пружају најширем кругу лица којима се обезбеђује социјална превентива или се њима обезбеђује социјална кохезија унутар одређене заједнице.¹³⁵ Појам социјалних услуга од општег интереса је такође доста широко постављен у смислу да укључује и категорију услуга од општег интереса са економским ефектом, али и услуге од општег интереса без социјалног ефекта. Пракса Европског суда се разликовала у погледу одређења социјалне услуге од општег интереса. Наиме, Европски суд правде је у неколико случајева стао на становиште да социјална услуга од општег интереса може уједно да буде и услуга од општег интереса са економским ефектом, односно да социјална компонента овакве услуге не мора нужно да искључи и постојање одговарајућег економског ефекта као резултата пружања конкретне услуге,¹³⁶ (г) *универзалне услуге од општег интереса* (енг. *universal services of general interest*), које се најуопштеније могу дефинисати као услуге од општег интереса, намењене су најшире замисливом кругу корисника у одређеној држави чланици, без обзира на критеријум територијалне примене, квалитет у пружању услуге, и које се свим корисницима пружају по повољним ценама.¹³⁷ Под универзалним услугама од општег интереса могу се сматрати поштанске услуге, услуге јавног превоза, услуге електронских комуникација и друге сличне услуге; (д) *јавне услуге* (енг. *public services*), које се тумаче у контексту члана 93 Уговора о Европској унији и односе се на услуге јавног превоза, али обухватају и широк круг услуга које пружају јавна предузећа, односно привредна друштва у искључивом или претежном власништву државе, односно јединица локалне самоуправе која се баве обављањем делатности односно пружањем услуга од општег интереса.¹³⁸

Уговор о оснивању Европске заједнице¹³⁹ је оставио државама чланицама приличну флексибилност у погледу одређивања стандарда квалитета у пружању услуга од општег интереса, док је овако постављена слобода донекле ограничена Лисабонским уговором који

¹³⁵ Вид. *Implementing the Community Lisbon programme: Social services of general interest in the European Union* (COM(2006) 177 final of 26 April 2006) доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0177&from=EN> - 15.4.2015.

¹³⁶ Вид. праксу Европског суда: Joined Cases C-180/98 to C-184/98 *Pavlov and Others* [2000] ECR I-6451, paragraph 118; Case C-218/00 *Cisal and INAIL*, [2002] ECR I-691, paragraph 37; and Case C-355/00 *Freskot* [2003] I-5263.

¹³⁷ W. Sauter, 172.

¹³⁸ Adrienne Héritier, „The Politics of Public Services in European Regulation“, *Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie*, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn 2001/1, 1-30; Adrienne Héritier, „Public Interest Services Revisited“, *Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie*, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn 2002/10, 1-23.

¹³⁹ *Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union*, C 115, Volume 51, 09.05.2008, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2008:115:FULL&from=EN> - 15.4.2015.

је предвидео унеколико строжији режим у вези са пружањем услуга од општег интереса (члан 14 Уговора о функционисању Европске уније) као и Протоколом бр. 26 о пружању услуга од општег интереса, а све ово у циљу обезбеђивања и гарантовања квалитета у пружању услуга од општег интереса, сигурности у њиховом обезбеђивању, доступности оваквих услуга,¹⁴⁰ једнаког третмана свих корисника услуга од општег интереса, јединственом приступу овим услугама и унифицираности права која остварују корисници услуга од општег интереса.

У националним изворима права, општи интерес се, такође, најчешће посредно дефинише кроз одређење *делатности од општег интереса* односно *добара од општег интереса*. Тако, Закон о јавним предузећима одређује као делатности од општег интереса делатности које су, као такве, одређене законом у области: производње, преноса и дистрибуције електричне енергије; производње и прераде угља; истраживања, производње, прераде, транспорта и дистрибуције нафте и природног и течног гаса; промета нафте и нафтних деривата; железничког, поштанског и ваздушног саобраћаја; телекомуникација; издавања службеног гласила Републике Србије; издавања уџбеника; управљања нуклеарним објектима; коришћења, управљања, заштите и унапређивања добара од општег интереса (воде, путеви, минералне сировине, шуме, пловне реке, језера, обале, бање, дивљач, заштићена подручја), производње, промета и превоза наоружања и војне опреме; управљања отпадом, комуналних делатности, делатности од стратешког значаја за Републику Србију, као и делатности неопходних за рад државних органа и органа јединица локалне самоуправе, које су утврђене законом или актом Владе.¹⁴¹

Општи интерес, дакле, опредељује обављање делатности односно пружање услуга које су намењене најширем кругу корисника, а везане су за задовољење основних потреба тих лица.¹⁴² Обављање делатности односно пружање услуга од општег интереса традиционално припада јавном сектору и то тако што држава, односно јединице локалне самоуправе посредством јавних предузећа или привредних друштава у искључивом власништву државе односно јединице локалне самоуправе, обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса. Осим ових субјеката, у улози непосредног пружаоца услуге од општег интереса све се чешће срећу субјекти који нису јавна предузећа иза којих не стоји држава или јединица локалне самоуправе, већ приватни сектор,¹⁴³ и то услед различитих фактора: (а) све израженијег процеса дерегулације, који корак по корак искључује државни

¹⁴⁰ Judith Clifton, Francisco Comin, Daniel Diaz-Fuentes, „Empowering Europe’s Citizens? Towards a Charter for Services of General Interest“, *Public Management Review* 3/2005, 417-443.

¹⁴¹ ЗЈП, чл. 2.

¹⁴² У поједним изворима, општи интерес се доводи у везу са „задовољством и срећом заједнице“, вид. Т. М. Benditt, 294.

¹⁴³ ЗЈП, чл. 3.

интервенционизам у обављању привредних делатности, чак и у оним секторима у којима је обављање делатности било под монополом јавног сектора; (б) отварања тржишта пружања најширег спектра услуга, и омогућавање и другим учесницима да, под конкурентним условима, обављају оне делатности које су раније биле резервисане за јавни сектор; (в) промењене потребе и очекивања корисника услуга и гарантовање права на лични избор; (г) буџетских ограничења државе, односно јединица локалне самоуправе; (д) заостајања државе, односно јединица локалне самоуправе, у праћењу најмодернијих трендова, односно недостатка одговарајућих знања, обука, тренинга и усавршавања, који гарантују обезбеђивање најбоље услуге најширем спектру корисника услуга, и др.

Из одређења ових уговора као вида сарадње јавног и приватног субјекта, у којима ограничења како јавног, тако и приватног субјекта чине основну тачку дотицања и главни разлог да удруже заједничке напоре на реализацији пројеката који доприносе задовољењу општег интереса, поставља се питање може ли се општи интерес сматрати каузом ових уговора. Кауза се у правној теорији дефинише као разлог за заснивање, односно циљ заснивања одређеног односа, односно закључења одређеног правног посла.¹⁴⁴ Како јавни субјект жели да створи услове за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса, које спадају у његову надлежност, али то не може самостално да учини, то користи могућности приватног сектора који има финансијска средства, поседује знање, искуство, техничку и кадровску оспособљеност да може да обезбеди задовољење општег интереса одређеног квалитета, односно стандарда. Дакле, јавни и приватни субјект улазе у конкретан пројекат који за свој предмет има изградњу објекта/постројења/система посредством кога се обезбеђује обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса, или којим се непосредно, без обавезе изградње, односно реконструкције објекта/постројења/система, обезбеђује обављање делатности од општег интереса.

Отуда се и може закључити да обављање делатности од општег интереса, те тако, посредно, и сам општи интерес, представљају каузу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Овакав закључак додатно ојачава континуирана провера испуњења главног разлога због кога се уговор и закључује. Јавни субјект, како ћемо видети касније, континуирано упоређује, прати и контролише вредност уложеног, у смислу оправданости саме инвестиције и њених трошкова у односу на вредност коју реализација пројекта обезбеђује. Та вредност се одражава у одговору да ли се реализацијом пројекта обезбеђује остваривање основног разлога због кога се пројекат реализује, односно конкретније, да ли се пројектом обезбеђује континуирано, стабилно, редовно, квалитетно, ефикасно и економично задовољење потреба најширег круга корисника, и да ли је квалитет услуге, стандард њеног пружања и цена која

¹⁴⁴ О. Антић, 266-278.

се плаћа у пропорцији са вредношћу уложеног у стварање техничких предуслова за обављање делатности од општег интереса.

Глава IV

ВРСТЕ УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА

1. Одабир врсте и модела уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта у литератури се, како смо видели, најчешће помињу у контексту јавно-приватног партнерства, а у пракси имају веома различите облике.¹⁴⁵

Одабир конкретне врсте и модела уговора¹⁴⁶ део је сложенијег поступка који задире у домен дугорочне стратегије државе, јавних предузећа, односно јединица локалне самоуправе у одређеној области.¹⁴⁷ Стога, сврха и циљ конкретног уговора јавног и приватног субјекта практично пресликава, вертикално наниже, циљеве који се желе остварити, а који су предложени дугорочном стратегијом јавног ентитета одређеног нивоа. Поједини циљеви могу се одредити на нивоу државе као део глобалне државне стратегије у одређеној области,¹⁴⁸ а они се даље могу разрађивати у више детаља одговарајућим актима надлежних органа на нижем нивоу организације власти.

Одабир конкретног уговорног модела, из палете модела која стоји на располагању, а која је детаљније обрађена у наредним одељцима 4.2 – 4.8, треба да буде заснован на детаљној анализи која ће се базирати на правилној оцени и процени следећих услова, ограничења и формалних и фактичких задатости:¹⁴⁹ (а) институционалних особености одређеног система и специфичности законодавног оквира; (б) финансијских и техничких ограничења на страни јавног субјекта и пропорционалних предности приватног сектора; (в) општих и појединачних циљева који се дугорочно желе остварити у одређеној области,

¹⁴⁵ Michael Geddes, *Making Public-Private Partnership Work: Building Relationship and Understanding Cultures*, Gower Publishing, London 2005, 8-15; Слађана Бенковић, Слађана Барјактаревећ Ракочевић, „Модел јавно-приватног партнерства у финансирању инфраструктурних пројеката“, VIII Скуп привредника и научника: *Операциони менаџмент у функцији одрживог економског раста и развоја Србије 2011-2020*, Факултет организационих наука, Београд 2011, 492-494.

¹⁴⁶ *A Guidebook on Public-Private Partnership in Infrastructure*, United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, 2011, 4-10.

¹⁴⁷ Yong Hee Kong, „Different Models of PPP“, Cross-Border Infrastructure Toolkit, Public Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), доступно на: http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Cross-Border-Infrastructure-Toolkit/Cross-Border%20Compilation%20ver%2029%20Jan%2007/Session%204%20-%20Private%20Sector%20Participation/Private%20Sector_02%20Diferent%20Models%20of%20PPP%20-%2029%20Jan%2007.pdf – 15.4.2015.

¹⁴⁸ Република Србија је усвојила низ стратешких докумената који су подељени по следећим областима: (а) привреда и финансије; (б) инфраструктура (информационе и телекомуникационе технологије, енергетика и саобраћај); (в) пољопривреда, шумарство и животна средина; (г) запошљавање, социјална питања и здравље; (д) просвета и наука, омладина и спорт; (ђ) јавна управа, судство и људска права, и (е) одбрана и спољна политика, доступно на сајту Генералног секретаријата Владе Републике Србије на: <https://www.gs.gov.rs/lat/strategije-vs.html> - 15.4.2015.

¹⁴⁹ *Public-Private Partnership Handbook*, Asian Development Bank, доступно на: <http://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/31484/public-private-partnership.pdf> - 15.4.2015.

односно у одређеној индустрији; (г) комерцијалних захтева и могућности за обезбеђивањем финансирања пројекта од стране приватног субјекта, односно потребе, обима и начина обезбеђивања финансијског учешћа јавног субјекта у реализацији пројекта; (д) тржишне анализе која треба да пружи одговоре на питања да ли на одређеном тржишту постоји објективна потреба за одређеном врстом производа, односно услуге од општег интереса, затим, ко би били актуелни и потенцијални корисници те услуге, какви су трендови раста потражње за одређеним производом односно услугом које би пројекат обезбеђивао, да ли постоје конкуренти у истој индустрији на истом подручју или у регионалној близини, који су очекивани трендови раста конкурената, и др; (ђ) посебних услова који су иманентни конкретном пројекту, пре свега у контексту његових техничких карактеристика и оперативне спроводивости, који се одражавају на комерцијалну, финансијску и правну конструкцију односа уговорних страна; (е) предности појединачних модела уговора на генералној основи и њихове применљивости на конкретан пројекат, и слично.

Након генералне анализе према наведеним критеријумима, даља анализа се спушта корак ниже, разматрајући следеће основне параметре који конкретније одређују модел уговора који ће потенцијално бити закључен: (а) да ли се делатност, односно пружање услуга од општег интереса који су предмет уговора јавног и приватног субјекта по први пут обавља, или је овакву делатност до одређеног тренутка ексклузивно обављао само јавни субјект, а закључењем уговора врши се делегирање већ постојећег портфеља делатности приватном субјекту¹⁵⁰ (што, практично, чини разлику између *green-field* инвестиције и *brown-field* инвестиције);¹⁵¹ (б) у случају да се већ обавља делатност, односно већ се пружају услуге од општег интереса, претпоставља се да постоји и објекат/постројење/систем посредством кога се обавља делатност, односно пружају услуге од општег интереса. То може да укаже, али не мора нужно да наведе на закључак, да ли ће предмет конкретног пројекта бити реконструкција већ постојећег, или изградња потпуно новог објекта/постројења/система који ће бити у функцији обављања делатности од општег интереса, или комбинација реконструкције постојећег, уз изградњу новог објекта/постројења/система који могу, али и не морају нужно да буду, у међусобној функционалној повезаности. Одговор на ово питање директно је условљен објективним потребама у тренутку кад се одлука доноси, али, што је још важније, и пројекцијом потражње у будућности; (в) од приватног субјекта се очекује и захтева да учествује у финансирању обављања делатности односно пружању услуга од општег интереса, али је

¹⁵⁰ Larry D. Qui, Wang Shengzu, „*FDI Policy, Greenfield Investments and Cross-Border Mergers*“, *Review of International Economics* 5/2011, 836-851.

¹⁵¹ Ryan J. Ott, *The Rise of Infra Funds*, Global Infrastructure Report 2007, 2-12, доступно на: https://gpc.stanford.edu/sites/default/files/j007_0.pdf - 15.4.2015; Klaus E. Meyer, Saul Estrin, „*Brownfield Entry in Emerging Market*“, *Journal of International Business Studies* 3/2001, 575-584.

ствар конкретног договора уговорних страна, да ли ће приватни субјект, односно пројектно друштво ово самостално финансирати, или ће јавни субјект, такође, пројекат потпомоћи на одређени начин, укључујући и питање да ли ће непосредно или посредно обезбедити и одређена финансијска средства; (г) природа пројекта, у зависности од индустрије којој припада одређена делатност, одређује и то коме се делатност пружа – да ли се производ продаје тј. услуга пружа само једном кориснику (конкретном јавном субјекту), ограниченем броју корисника (конкретном јавном субјекту и другим јавним ентитетима) или неограниченом броју крајњих корисника услуга; и (д) круг субјеката за које се делатност обавља, односно којима се пружају услуге, одређује и начин опредељења цене. У случају кад се услуге пружају једном или ограниченем броју субјеката, накнаду пројектном друштву плаћају најчешће само ти субјекти. С друге стране, кад се услуге пружају неограниченом броју крајњих корисника, пројектно друштво се, по правилу, наплаћује из цене обављања делатности односно пружања услуга, која се одређује у складу са применљивим тарифним системом.¹⁵²

У бројним изворима права, како у праву Европске уније, тако и у националним законодавствима, као и у литератури, као основна подела модела уговора јавног и приватног субјекта, који се одређују генеричким појмом јавно-приватно партнерство, је подела на *уговорно* и *институционално (статусно) јавно-приватно партнерство*. Ову поделу по први пут је увела Зелена књига о јавно-приватним партнерствима и праву Европске заједнице у области јавних уговора и концесија,¹⁵³ која као основне моделе јавно-приватног партнерства одређује *уговорни модел* (који се заснива искључиво на уговорном односу јавног и приватног субјекта) и *институционални модел* (који сарадњу јавног и приватног субјекта обезбеђује кроз посебно привредно друштво, чији су они оснивачи/чланови/акционари, и посредством кога остварују сарадњу на конкретном пројекту у обављању делатности, односно пружању услуга од општег интереса),¹⁵⁴ а ова подела одражава начин заснивања односа сарадње између јавног и приватног субјекта.

Уговори јавног и приватног субјекта обухватају широку палету различитих уговора¹⁵⁵ који у економском, комерцијалном, финансијском и правном животу фигурирају између две

¹⁵² Jeffrey Delmon, *Understanding Option for Public-Private Partnerships in Infrastructure: Sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease...*, Policy Research Working Paper 5173, The World Bank, Finance Economics & Urban Department, Finance and Guarantees Unit, 7.

¹⁵³ *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*, Commission of the European Communities, Brussels, 30.04.2004, COM(2004) 327 final, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=EN> - 15.4.2015.

¹⁵⁴ ЗППК уређујући облике јавно-приватног партнерства, такође, говори о уговорном јавно-приватном партнерству (чл. 8) и институционалном јавно-приватном партнерству (чл. 9).

¹⁵⁵ Властимир Лековић, Владан Ивановић, „Јавно-приватно партнерство у функцији обезбеђења квалитетније инфраструктуре“, доступно на: <http://www.cqm.rs/2009/pdf/36/37.pdf> - 15.4.2015, Б-95 – Б-101; Jose Luis Guasch, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*, WBI Development Studies, the World Bank, Washington 2004, 24-25.

крајности – обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса искључиво од стране јавног субјекта, и обављања делатности односно пружања услуга од стране приватног субјекта (који је делимично или у целости приватизован).¹⁵⁶ У том прилично широком и на различите начине захтевном међупростору,¹⁵⁷ своје одвојене животе пронашли су доле анализирани модели уговора.¹⁵⁸ Дисертација не садржи детаљан приказ различитих модела уговора¹⁵⁹ будући да појединачни уговори нису њен предмет, већ само даје приказ могућих модела уговора¹⁶⁰ који се у пракси најчешће срећу, указујући на њихове основне карактеристике и то само у контексту одабира модела који је компатибилан са пројектом у сврху чије реализације се и закључује. Редослед приказивања модела уговора је заснован на критеријуму обима преноса овлашћења са јавног на приватног субјекта, и то у виду градирајуће скале, почев од модела уговора код којих се преноси мањи део овлашћења, ка моделу приватизације који дугорочно води у правцу обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса искључиво од стране приватног субјекта.

2. Уговор о пружању услуга

Уговор о пружању услуга (енг. *service agreement, contracting out* или *sourcing out*)¹⁶¹ представља модел уговора о сарадњи између јавног и приватног субјекта код кога јавни субјект ангажује приватног субјекта за извођење ограниченог броја активности односно

¹⁵⁶ „*I possibili schemi di Partenariato Pubblico Privato*“, Osservatorio collegamento ferroviario Torino-Lione, Quaderno 5, Valutazione dei progetti Esternalità e ricadute territoriali, costi e benefici, finanza di progetto, Valutazioni Economiche, доступно на:

http://www.utfp.it/docs/documenti/Audizione_UTFP_I_possibili_schemi_di_PPP_osservatorio_Torino_Lione.pdf - 15.4.2015, 63-65.

¹⁵⁷ *Closing America's Infrastructure Gap: the Role of Public-Private Partnerships*, A Deloitte Research Study, 2007, Deloitte Development LLC, доступно на:

http://worldbank.mrooms.net/file.php/251/docs/optional_readings/Closing_America_s_Infrastructure_Gap.pdf - 15.4.2015, 8.

¹⁵⁸ Вид. *Public-private partnerships and concession act Serbia, Practitioners's guide*, Schonherr, 28/03/2014, доступно на: <http://www.ppp.gov.rs/lt/modeli-dokumenata> - 15.4.2015; Ikechukwu Ikea Chinyere, Xialin Xu, „Public-Private Partnerships: The Underlining Principles of Infrastructure Investment, Finance and Development Projects“, *International Journal of Business and Management* 1/2012, 109.

¹⁵⁹ Н. Ђирић, 8-10.

¹⁶⁰ Chris Skelcher, „Public-Private Partnerships and Hybridity“, *The Oxford Handbook on Public Management* (eds. Ewan Ferlie, Laurence E. Lynn Jr, Christopher Pollitt), Oxford 2005, 351-359, доступно на: <http://hum.ttu.ee/failid/oppematerjalid/PPP/SkelcherPPP%20overview.pdf> - 15.4.2015; Joane Evans, Diana Bowman, „Getting the Contract Right“, *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experiences* (eds. Graeme A. Hodge, Carsten Greve), Edward Elgar Publishing Limited 2005, 63-66.

¹⁶¹ Уговор о пружању услуга може имати различит предмет, а општи принципи на којима се ови уговори заснивају утврђени су великим бројем докумената. Светска банка је, унутар свог Центра за јавно-приватна партнерства, прикупљањем најбољих искустава широм света, и њиховим обједињавањем у документа која ће уважити различитости случајева и различитости правних система широм света, унификовала правила која одражавају основне принципе и начелне стандарде и смернице на којима ови уговори треба да буду засновани. Детаљније о томе вид.: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/civil-works-and-service-contracts> - 15.4.2015.

радњи или за пружање ограниченог обима услуга од општег интереса¹⁶² на одређени уговорени период, у пракси најчешће између једне и три године.¹⁶³

Однос јавног и приватног субјекта који се остварује према овом моделу сарадње увек се одређује као уговорни модел сарадње јавног и приватног субјекта.

Оно што ову врсту уговора, већ на први поглед, издваја од осталих уговора о сарадњи између јавног и приватног субјекта је дужина њиховог трајања, те се, с тим у вези, поставља и питање могу ли се ови уговори сматрати дугорочним будући да је њихово трајање значајно краће у односу на остале уговоре који су предмет ове анализе. Иако се ови уговори закључују на краћи период, оно што их додатно карактерише је сукцесивно закључивање уговора на бази принципа максималне конкурентности. За овај модел уговора је типично да, након истека уговора, на основу изнова спроведеног поступка одабира приватног субјекта, уз пуно обезбеђивање принципа равноправности свих учесника у поступку, јавни субјект поново закључује уговор са истим приватним субјектом, са промењеном ценом која се плаћа за пружене услуге, у свему у складу са тржишним условима. Дакле, иако строго формално посматрано, ови уговори не би прешли праг дугорочности који испуњавају други уговори ове врсте, они га практично достижу јер се током трајања одређеног пројекта занавља уговорни однос између јавног и приватног субјекта.

Уговором о пружању услуга јавни субјект уступа део услуга од општег интереса приватном субјекту, који их обавља у своје име, а за рачун јавног субјекта, добијајући од јавног субјекта одговарајућу накнаду која је уговором прецизирана као цена за пружање овакве врсте услуге. Оваквим уговором, дакле, јавни субјект преноси, односно делегира приватном субјекту део услуга које он уобичајено и редовно пружа, односно део услуга које су у обавезном изворном портфељу услуга јавног субјекта, а које представљају „вишак“ потражње за том услугом, коју јавни субјект не може да пружи због ограничености својих капацитета.¹⁶⁴

¹⁶² *Public-Private Partnership Handbook*, 29-30; Вид. *EU Commission Guidelines for Successful Private-Public Partnerships*, March 2003, 20, доступно на: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf - 15.4.2015. У пракси се ови уговори најчешће закључују у вези са прикупљањем путарине, инсталирањем опреме, одржавањем система са прераду пијаће воде, очитивањем система за мерење у водним системима, и др.

¹⁶³ Предраг Цветковић, Слађана Средојевић, *Јавно-приватно партнерство, Приручник за спровођење на нивоу локалне самоуправе*, Стална конференција градова и општина у сарадњи са Швајцарском агенцијом за развој и садању (*SDC*), Досије студио д.о.о., Београд 2013, 23-25; П. Цветковић (2015), 95-97.

¹⁶⁴ Као пример пројекта који се реализује према моделу пружања услуга може да послужи домаћа Студија случаја 4 садржана у Прилогу бр. 1, који представља однос јавног и приватног субјекта у пројекту који се реализује на ужој територији града Београда, односно на ужој територији Републике Србије. У свим случајевима који су генерички приказани као Студија случаја 4, потреба за пружањем различитих врста здравствених услуга значајно надмашује могућности јавног субјекта да их пружи, како на одређеној територијалној/географској основи, тако и начелно. Будући да пружање конкретних здравствених услуга потпада под режим обавезног здравственог осигурања у односу на које осигураници остварују право на бесплатно лечење, мањак капацитета јавног субјекта надомешта се пружањем ових услуга од стране приватног субјекта. Корисници здравствених услуга не плаћају никакву цену приватном субјекту, већ само долазе или бивају спроведени од стране јавног субјекта, у центре у власништву приватног субјекта, у којима им се према највишим медицинским стандардима пружају конкретне здравствене услуге. Ниво и квалитет услуга које се пружају корисницима услуга, услови у којима им се услуге пружају и поступак у коме корисници

Оно што представља основну специфичност овог модела уговора је то што је јавни субјект изворни носилац обавезе у односу на кориснике услуга од општег интереса и сходно томе, *примарни* односно *изворни* пружалац услуге од општег интереса, док је приватни субјект, у суштини *секундарни*, односно *изведени* пружалац услуге од општег интереса, што постаје тако што му јавни субјект уговорно препушта, односно уступа му мањи или већи део услуга из свог портфеља.

Приватни субјект је дужан да делатност, односно услуге које су на њега пренете пружи према уговореној цени коштања и уз обезбеђивање одређеног квалитета и стандарда пружања услуге, према критеријумима и мерилима које одреди јавни субјект, а који су најчешће компатибилни са квалитетом и стандардом услуга које пружа сам јавни субјект.¹⁶⁵

Јавни субјект најчешће препушта приватном субјекту одређену врсту услуге у пуном капацитету, односно део радова, односно услуга одређене врсте у случају када је пружање одређене услуге физички одвојиво од пружања друге врсте услуге из портфеља јавног субјекта.¹⁶⁶ Додатно, јавни субјект остаје све време једино одговоран за све врсте услуга из његовог изворног портфеља, а крајњи корисници услуга од општег интереса најчешће и не знају да им одређене услуге из портфеља јавног субјекта фактички пружа неко други, као делегирану делатност. Међутим, специфичности сваког конкретног случаја намећу обавезу избегавања генерализација, те се природа односа јавног и приватног субјекта у односу на трећа лица мора анализирати од случаја до случаја, у свему у светлу појединости конкретног пројекта. Тако, на пример, постоји значајна разлика у видљивости приватног субјекта у инфраструктурним пројектима, када подизвођач може бити „невидљив“, посматрано из визуре крајњих корисника услуга, и његове видљивости у пројектима пружања одређених специјализованих услуга, на пример, здравствених услуга, кад је приватни субјект упечатљиво видљив.¹⁶⁷

услуга примају здравствене услуге су значајно виши од нивоа, квалитета и услова у којима им се конкретне здравствене услуге пружају од стране јавног субјекта. Приватни субјект накнаду за пружене услуге прима од стране јавног субјекта, у складу са уговором, и то према ценама у чијем учествовању учествује јавни субјект, који ресорном министарству доставља предлог цена услуга.

¹⁶⁵ У пракси се најчешће дешава да су услуге које пружа приватни субјект значајно бољег квалитета у односу на оне које редовно пружа јавни субјект, што може да узрокује проблеме у случајевима кад крајњи корисници услуга могу да бирају пружаоца услуга између јавног и приватног субјекта, кад се опредељују за приватног субјекта, креирајући при томе тзв. лажну потражњу за услугом, која, у суштини, тада одражава само несразмеру у обиму услуга које пружају јавни и приватни субјект.

¹⁶⁶ На пример, јавни субјект делегира приватном субјекту конкретну услугу, серију функционално повезаних услуга, физичку деоницу или је пружање услуга географски одредиво, локализовано и регионално подељено.

¹⁶⁷ У Студији случаја 4 садржаној у Прилогу бр. 1, која се управо односи на пружање здравствених услуга, приватни субјект је, према трећим лицима, континуирано и упадљиво видљив, будући да приватни субјект у својим просторијама, уз ангажовање својих средстава за рад, применом својих лекова и медицинских средстава и ангажовањем свог стручног кадра пружа услугу која примарно, односно изворно представља обавезу јавног субјекта, који услед ограничених капацитета није у стању да у условима из дана у дан повећане потражње за конкретним здравственим услугама, одговори нивоу потражње и пружи здравствене услуге свим лицима којима је таква услуга неопходна.

Приватни субјект за пружање услуга добија одговарајућу унапред одређену накнаду која се може одредити на различите начине, као: (а) једнократна накнада, за коју се може уговорити да се плаћа на крају уговореног периода (што је за приватног субјекта неповољно, посебно у случају када он мора да улаже сопствена средства у пружање уговорене услуге, чију цену коштања, због инфлације или курсних разлика, најчешће не може да наплати у целости), или се уговорено плаћа унапред (овај модел је неповољнији за јавног субјекта и стога се значајно ређе среће у пракси, јер у овом сценарију јавни субјект авансом практично субвенционише приватног субјекта); (б) плаћање према јединици пружене услуге (што је могуће у случајевима у којима су услуге дељиве, обрачунљиве и могуће их је нумерички исказати према критеријуму броја, односно количине); (в) на дручи начин.

Приватни субјект у оваквим пројектима има могућност да додатно заради, ако је у могућности да смањи своје оперативне трошкове, све док то не утиче на квалитет услуге која се пружа. Ово такође треба узети само као генералну напомену будући да је могућност профитирања на страни приватног субјекта у овим пројектима увек условљена врстом услуге која се пружа, тако да се ова погодност, а можемо рећи и предност овог уговорног модела, треба посматрати само условно.¹⁶⁸

Како пројекти који се реализују по овом моделу уговора подразумевају делегирање обављања делатности, односно пружања услуга која је у изворном портфељу јавног субјекта, то је јавни субјект дужан да обезбеди финансирање изградње постројења/објеката/система посредством којих се овакве услуге пружају, односно да обезбеди сва потребна капитална улагања с тим у вези, те отуда ову врсту ризика преузима искључиво јавни субјект.

Међутим, могући су и други модели сарадње по овом моделу уговора, кад је приватни субјект већ за своје потребе изградио одређени објекат/постројење/систем, и кад он са јавним субјектом улази у реализацију пројекта који се заснива искључиво на пружању услуга од стране приватног субјекта и то на објекту, постројењу, односно систему који је приватни учесник у пројекту сам изградио. У таквим случајевима, цена услуге укључује и вредност коришћења објекта/постројења/система, стручно особље које пружа конкретну услугу, оперативне трошкове приватног субјекта и друго.

Уговоре о сарадњи јавног и приватног субјекта који су засновани на моделу пружања услуге не карактерише ексклузивност. Јавни субјект може, и најчешће то и чини, да делегира обављање одређених услуга различитим приватним субјектима, најчешће делећи

¹⁶⁸ Оваква могућност постоји код инфраструктурних пројеката, у којима је приватни субјект, заиста, у контроли оперативних трошкова, а значајно се ређе среће код других врста услуга. На примеру горе поменутих здравствених услуга, у пракси се ретко може постићи оваква погодност, посебно у случају кад пружалац услуге није део шире пословне групе, која има и производњу медицинских средстава и материјала те у том смислу може да оствари неку врсту уштеде у односу на набавку материјала, односно медицинских средстава од другог учесника на тржишту.

услуге према њиховој врсти – на пример услуге обављања одређених специфичних радова, читавања, мерења, обраде података и слично. Такође, ако је време и ефикасност у пружању услуге и географска локација битан елемент пружања услуге крајњим корисницима те услуге, јавни субјект може паралелно да ангажује неколико приватних субјеката према критеријуму њихове географске распрострањености. Међутим, могући су и комплекснији видови сарадње јавног и приватног субјекта у којима један уговор подразумева пружање читаве палете повезаних услуга.

Како су ексклузивност и трајање уговора обрнуто сразмерни са принципом конкурентности, за овакве моделе уговора се може рећи да су базирани на конкурентнијим условима у односу на остале моделе уговора, јер након истека иницијалног уговора, јавни субјект поново врши одабир приватног субјекта на основу цене која се одређује у том тренутку под тржишним условима, а не на основу дугогодишњег уговора. Приликом доношења одлуке да настави сарадњу са истим приватним субјектом, јавни субјект такође цени и дотадашња искустава у њиховој међусобној сарадњи.

Предности овог модела уговора су углавном на страни јавног субјекта и огледају се у: (а) превазилажењу ограничења на страни јавног субјекта у случајевима када су његови капацитети за пружањем услуга, односно обављањем одређених радова ограничени у времену, организационо или технички; (б) задржавању квалификације пружаоца услуга од општег интереса;¹⁶⁹ (в) побољшавању ефикасности јавног сектора; (г) уговарању цене најчешће као фиксне, чиме јавни субјект штеди, посебно код уговора који трају дуже од једне године.

Предност овог модела из перспективе приватног субјекта чини: (а) укључење на тржиште на коме јавни субјект најчешће има монопол; (б) могућност да се приватни субјект промовише; (в) приходовање од услуга које су најчешће у ексклузивном портфељу јавног субјекта.

Недостаци овог модела се огледају пре свега у немогућности адекватне контроле реализације уговора у појединим индустријама,¹⁷⁰ потенцијално слабијој заинтересованости приватног субјекта да узме учешћа у пројекту услед ограниченог обима посла условљеног делегирањем само дела портфеља услуга, као и услед дефинисања цена које се најчешће налазе под искључивом контролом јавног субјекта, што пројекат може да учини неисплативим или нерентабилним за приватног субјекта.

¹⁶⁹ Јавни субјект је увек тај који се приказује као пружалац услуга, јер он обезбеђује средства из којих се финансира приватни субјект и једини је одговоран према крајњим корисницима услуга.

¹⁷⁰ На пример, у случају сложених инфраструктурних пројеката са више ангажованих приватних субјеката, на различитим локацијама.

3. Уговор о управљању

Уговор о управљању (енг. *management contract* или *outsourcing contract*) представља модел сарадње јавног и приватног субјекта којим јавни субјект преноси на приватног субјекта управљање и руковођење обављањем делатности,¹⁷¹ односно пружањем услуга од општег интереса.¹⁷² Преношење обављања делатности управљања и руковођења на приватног субјекта састоји се у преношењу надлежности, активности и одговорности у управљању и руковођењу¹⁷³ објектом/постројењем/системом посредством кога се обезбеђује пружање услуга од општег интереса.¹⁷⁴

Однос јавног и приватног субјекта који се остварује према овом моделу сарадње увек се одређује као уговорни модел сарадње јавног и приватног субјекта.

Овај модел сарадње јавног и приватног субјекта подразумева да објекат/постројење/систем, који је у функцији пружања услуга од општег интереса, већ постоји и да предстоји фаза пружања услуга крајњим корисницима таквих услуга. Такав објекат/постројење/систем је у искључивом власништву јавног субјекта који је сам инвестирао средства у његову изградњу. Околност да објекат/постројење/систем већ постоји не искључује могућност његовог унапређења, доградње, дораде и техничког и оперативног побољшања, за шта, ако се за тим укаже потреба, средства обезбеђује његов власник – јавни субјект. Изузетно од овог општег правила, јавни и приватни субјект могу договорити да, у случају потребе за унапређењем објекта/постројења/система, одређени мањи износ финансијских средстава обезбеди приватни субјект, коме ће ова средства бити сукцесивно исплаћивана. У том смислу, овај модел сарадње јавног и приватног субјекта подсећа на модел уговора о концесији, код кога, обрнуто од овог модела, јавни субјект, изузетно од општих правила, на одређено време и са занемарљивим средствима, у односу на укупну вредност пројекта, субвенционише концесионара у интересу превазилажења проблема са мањком слободних новчаних средстава и обезбеђивања веће ефикасности и скраћења рокова, најчешће у фази изградње.

Овом моделу уговорне сарадње јавног и приватног субјекта се прибегава онда кад је за обезбеђивање квалитета, континуитета и побољшања општих карактеристика услуга од

¹⁷¹ Вид. *EU Commission Guidelines for Successful Private-Public Partnerships*, March 2003, 20; Центар за јавно-приватна партнерства, формиран унутар Светске банке, утврдио је основна обележја уговора јавног и приватног учесника у пројекту према моделу управљања. О основним елементима овог модела уговора вид. <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/management-and-operating-contracts#features> - 15.4.2015.

¹⁷² *Public-Private Partnership Handbook*, 31-32.

¹⁷³ Saša Marenjak *et al.*, „Јавно-приватно партнерство и његова примјена у Хрватској“, *Građevinar* 59/2007, 598.

¹⁷⁴ П. Цветковић, С. Средојевић, 25-27; Hrvoje Kačer, Dejan Kružić, Ante Perković, „Јавно-приватно партнерство: Атрактивност DBFOOT модела“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 3/2008, 610-611; П. Цветковић (2015), 97-99.

општег интереса које се пружају битан не толико технички аспект (сам објекат, постројење односно систем), већ начин на који се одређена услуга од општег интереса пружа.

За разлику од других овде елаборираних модела уговорне сарадње јавног и приватног субјекта, код којих је њихово удруживање у заједнички подухват круцијално у фази извођења радова, код овог модела сарадње кључан је тренутак отпочињања пружања услуга и начин пружања услуга. Отуда се овом моделу сарадње прибегава онда када: (а) јавни субјект нема адекватну професионалну управу, односно довољно стручне кадрове који треба да осмисле, у конкурентским условима, најбољи начин на који ће се одређена услуга понудити, пласирати крајњим корисницима и фактички пружити; (б) пружање услуге захтева одређени иновативни приступ, који даје додатну вредност услузи која се пружа и чини је пријемчивом за крајњег корисника услуге; (в) пружање услуге одређеног квалитета захтева познавање одређене технологије или друга посебна знања за која јавни субјект није обучен или није довољно обучен, а време започињања пружања услуге у пуном капацитету и квалитету је од кључног значаја за успех пројекта и његову конкурентност. Отуда се ова врста уговора најчешће у пракси закључује у вези са управљањем и руковођењем изграђеним болницама, школама и образовним центрима, и слично.

Закључењем уговора по моделу управљања, јавни субјект преноси, односно уговорно препушта, приватном субјекту свакодневно управљање објектом/ постројењем/системом који је у функцији пружања услуга од општег интереса¹⁷⁵. Другим речима, јавни субјект препушта управљање и руковођење пројектом професионалном менаџменту, који би, кад би се говорило о привредном друштву практично означавао именовање директора, односно других чланова управе друштва, док се у оваквом моделу сарадње ово подиже на још виши ниво, кроз ангажовање приватног субјекта са искуством, референцама у индустрији која је компатибилна оној која је предмет пројекта, који треба да обезбеди најбољи могући пласман услуга које се пружају, захтевани квалитет, одговарајуће цене, и да такве услуге учини конкурентнијим и, за крајње кориснике услуга, пријемчивијим од услуга исте или сличне врсте које нуде други учесници на тржишту. Са либерализацијом тржишта, што је императив данашњег времена, тржишна утакмица постаје све немилосрднија, а исплативост инвестиције све проблематичнија будући да се никада не може поуздано рачунати на то

¹⁷⁵ Као пример пројекта који се реализује по моделу управљања може да послужи домаћа Студија случаја 5 садржана у Прилогу бр. 1. У овом пројекту је јавни субјект власник објекта на коме се обавља делатност, односно пружају услуге, а који је уговором предао на управљање реномираном приватном субјекту, који има богато искуство и препознатљиве референце у обављању сличних делатности. Објекат у коме се обавља делатност је потпуно нов и веома конкурентан на тржишту, а приватни субјект је ангажован како би објекту, који сам по себи испуњава високе стандарде, обезбедио да пронађе пут до корисника услуга, и то тако што ће обезбедити његову максималну искоришћеност у континуираном трајању, на коју неће утицати ни доба године, нити конкурентска делатност других учесника на тржишту. Осим услуга које се већ пружају, приватни субјект има обавезу да обезбеди бољи пласман ових услуга, прошири њихову понуду и осигура увећан приход јавном субјекту, а што се последично одражава и на накнаду коју прима приватни субјект, у случају испуњења задатих финансијских прагова.

каква и колика ће бити потражња крајњих корисника услуге, посебно у ситуацији кад они имају право на слободан избор између више учесника на истом тржишту.

Уговорно преношење овлашћења у погледу управљања и руковођења објектом/постројењем/системом најчешће се чини на бази ексклузивитета, тако што јавни субјект, након спровођења одговарајућег поступка одабира, целокупно управљање и руковођење препушта једном приватном субјекту. Међутим, може се догодити да јавни субјект неколицини приватних субјеката повери управљање, односно руковођење објектом/постројењем/системом који је у функцији пружања услуга од општег интереса. Ова ситуација, колико год она некад била неопходна и оправдана, посебно у случајевима када је потребно комбиновати различита експертска знања која се не могу пронаћи у једном приватном субјекту, већ захтевају паралелно ангажовање више њих, може да буде проблематична, како са становишта комбиновања различитих стратегија, приступа и процеса, тако, још важније, и у погледу одговорности, за случај да управљање и руковођење поверено приватном субјекту не донесе очекивану корист за јавног субјекта.

За разлику од уговора по моделу пружања услуга, код кога приватни субјект најчешће не остварује никакав директан контакт са крајњим корисницима услуга, код уговора по моделу управљања и руковођења тежиште је управо на остваривању непосредног контакта са крајњим корисницима услуга, у задобијању њиховог поверења и остваривању што је могуће бољег пласмана услуга које се пружају.

Цена коју јавни субјект плаћа приватном субјекту најчешће се одређује у фиксном износу, који у себи садржи обрачун оперативних трошкова и трошка ангажовања стручног кадра који ефективно спроводи управљање. Задатак приватног субјекта је да услугу, чије му је пружање поверено, пласира, да развије одговарајућу стратегију у пружању и продаји услуга од општег интереса, да интерно, што је могуће више, оптимализује систем, учини га ефикаснијим, бржим, финансијски исплативијим и флексибилнијим. Поједини уговори јавног и приватног субјекта сачињени по овом моделу, садрже и одредбу у складу са којом, приватном субјекту, уз уговорени фиксни износ накнаде, припада и право на одређени варијабилни износ, који се исплаћује најчешће на почетку наредне пословне године, кад се сумирају резултати пословања из одређене пословне године, и који представља одређену врсту бонуса, за случај постизања или премашивања уговореног нивоа услуга. Приход од обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса припада јавном субјекту, из кога се исплаћује приватни учесник субјект, а од умећа приватног субјекта зависи и укупан приход који припада јавном субјекту. Иако се цена услуге најчешће одређује у складу са тарифним системом који одређује јавни субјект, умеће приватног субјекта се може огледати у повећању квалитета услуге, оптимизацији начина пружања услуге, али и у постизању боље наплативости у односу на пружене услуге. Интерес обе

уговорне стране да се објектом/постројењем/системом управља на најбољи могући начин је јасан – јавни субјект остварује приход од пружених услуга од општег интереса, док се приватни субјект финансира од накнаде која се исплаћује из средстава која је јавни субјект прикупио на основу пружених услуга од општег интереса.

Сарадња јавног и приватног субјекта по моделу управљања последњих година се најчешће среће у пројектима који су везани за водни сектор, а у мањем обиму у пројектима који се везују за одржавање железница, путева и превоза електричним погоном (трамваји, жичаре и слично), као и у енергетским пројектима.¹⁷⁶ У зависности од специфичности појединих индустрија, израђени су приручници, упуства и смернице за различите области.¹⁷⁷

Уговор о управљању се у пракси најчешће закључује на период између једне и пет година, а друга година спровођења уговора је најчешће први озбиљан тест за успех и исплативост пројекта.

Предности модела уговора о управљању уживају, пре свега, јавни субјект и крајњи корисници услуга. Јавни субјект ангажовањем приватног субјекта комерцијализује вредност коју има, будући да он сам нема знања, умећа и вештине за управљање и руковођење, нити за пласирање услуге од општег интереса. Највећу предност од професионалног управљања и руковођења пројектом остварују крајњи корисници услуга, који добијају бољи квалитет услуга за исту или повољнију цену.

Овај модел сарадње јавног и приватног субјекта се релативно брзо тестира у пракси, заснован је на јасној подели надлежности и улога између јавног и приватног субјекта, што га чини релативно једноставним у спровођењу, и, најчешће, није повезан са великим трошковима у односу на друге моделе сарадње јавног и приватног учесника субјекта.

Недостатак уговора по моделу управљања може се огледати у потенцијалном неслагању између јавног и приватног субјекта у вези са потребом за додатним улагањима у објекат/постројење/систем. Приватни субјект у оваквим ситуацијама сматра да је успех управљања и руковођења условљен додатним улагањима која би требало да изврши јавни субјект. У таквим случајевима може да се догоди да јавни субјект својим одбијањем да изврши техничко-оперативно унапређење објекта/постројења/система непосредно утиче на квалитет услуге, када ни професионално управљање пројектом не може да обезбеди додатну

¹⁷⁶ Извор: подаци Светске банке; доступно на: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/water-and-wastewater-operations-and-maintenance-agreement-example-1> - 15.4.2015.

¹⁷⁷ За детаљније смернице у области регулисања услуга управљања и одржавања у области процесуирања, прераде и третмана пијаће воде и отпадних вода вид. http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector/water-sanitation/management-operation-maintenance#management_contracts - 15.4.2015; за област енергетике, вид. <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:21595520~isCURL:Y~menuPK:84284~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html> - 15.4.2015, за управљање путевима, вид. <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20646773~isCURL:Y~menuPK:84284~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html> - 15.4.2015, и за области железничког превоза и пружања услуга управљања у областима превоза на електрични погон (трамваји, жичаре и слично) вид. <http://ptv.vic.gov.au/about-ptv> - 15.4.2015.

вредност коју сама услуга нема по себи, већ зависи од одређених техничких елемената и унапређења чије извођење је у искључивој контроли и надлежности јавног субјекта. Посебан проблем код овог модела уговора може да настане у случају када је управљање и руковођење пројектом поверено већем броју приватних субјеката, чије се стратегије, пословне политике и визије управљања и руковођења не поклапају, што може непосредно да се одрази на квалитет и цену услуге, када штету трпе крајњи корисници услуга

4. Уговор о закупу

Сарадња јавног и приватног субјекта по моделу закупа (енг. *lease contract*) подразумева уговорни однос у коме јавни субјект предаје објекат у свом власништву приватном субјекту на коришћење,¹⁷⁸ све време трајања уговора задржавајући право својине над објектом/постројењем/системом, док приватни субјект закључењем овог уговора преузима на себе обавезу пружања услуге од општег интереса крајњим корисницима,¹⁷⁹ уз обавезу да услуга која се пружа буде одговарајућег квалитета¹⁸⁰ који је прецизиран предметним уговором, чије стандарде пружања одређује јавни субјект.¹⁸¹

Однос јавног и приватног субјекта који се остварује према овом моделу сарадње увек се одређује као уговорни модел сарадње јавног и приватног субјекта.

Пружање услуге од општег интереса посредством објекта/постројења/система у власништву јавног субјекта врши се о искључивом трошку приватног субјекта. Накнаду за пружене услуге од општег интереса крајњи корисници услуга плаћају приватном субјекту у складу са тарифом коју је одредио јавни субјект. У случају да настане потреба за каквом додатном инвестицијом у објекат/постројење/систем, односно за било каквом оправком већ постојећег објекта/ постројења/система, оваква улагања су обавеза власника – дакле, јавног субјекта. С друге стране, приватни субјект је одговоран за обезбеђивање финансирања управљања пројектом, као и за одржавање објекта/постројења/система. Све трошкове текућег одржавања сноси приватни субјект. Додатно, приватни субјект сноси све трошкове неуспеха у пружању услуга од општег интереса, а одговара јавном субјекту и у случају да крајњи корисници услуга не измирују своје обавезе редовно.

¹⁷⁸ Вид. *EU Commission Guidelines for Successful Private-Public Partnerships*, March 2003, 21. Детаљније о смерницама, упутствима и најбољим праксама Светске банке у вези са уговором јавног и приватног учесника у пројекту по моделу закупа вид. <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/leases-and-affermage-contracts#features> - 15.4.2015.

¹⁷⁹ *Public-Private Partnership Handbook*, 33-34.

¹⁸⁰ П. Цветковић, С. Средојевић, 28-30; П. Цветковић (2015), 100-102.

¹⁸¹ Н. Каџер, Д. Кружић, А. Перковић, 611-612.

Модел уговора о закупу познаје два под-модела.¹⁸² Према првом (енг. *lease*), у пракси чешће заступљеном, приватни субјект, на име накнаде за закуп објекта/постројења/система који користи, исплаћује јавном субјекту уговорени фиксни износ закупнине. Приватни субјект, дакле, из средстава које је прикупио наплатом накнаде, која се обрачунава по тарифи чију висину одређује јавни субјект, исплаћује јавном субјекту уговорени фиксни износ закупнине, а остатак средстава користи за потребе текућег одржавања, а по измирењу истих, остатак припада њему. Код овог под-модела, имајући у виду да је висина тарифе одређена од стране јавног субјекта, комплетан ризик реализације пројекта преузима на себе приватни субјект, док је јавни субјект у лагоднијој позицији, која му омогућава да из фиксног износа закупнине коју прима, измирује своја ранија задужења настала током периода изградње објекта/постројења/система. Према другом под-моделу, (енг. *affermage*) приватни субјект наплаћује од крајњих корисника услуга накнаду за обављену делатност/пружене услуге према тарифи коју је одредио јавни субјект, али од крајњих корисника наплаћује и додатну накнаду која је типична за ову под-варијанту, коју задржава за себе, односно из које не исплаћује закупнину јавном субјекту. Економски ефекат овог под-модела је значајно лагоднија позиција приватног субјекта, коме је осигуран приход јер осим основног прихода који остварује кроз тарифу, има и приход из додатне накнаде коју наплаћује корисницима услуга, док повраћај инвестиције јавног субјекта практично зависи од плаћања закупнине, која зависи од наплате основне накнаде.

Како се код овог модела уговора пружање услуга од општег интереса практично преноси на приватног субјекта, што подсећа на горе поменути модел уговора о управљању, поставља се питање у чему се разликују ова два модела сарадње јавног и приватног субјекта. За разлику од сарадње по моделу управљања и руковођења, који карактерише фиксна накнада која припада приватном субјекту коју му исплаћује јавни субјект, сарадњу јавног и приватног субјекта по моделу закупа карактерише другачији начин плаћања. Наиме, приватни субјект се код сарадње по моделу закупа наплаћује од крајњих корисника услуга. Код модела сарадње јавног и приватног учесника у пројекту на бази закупа, приватни учесник у пројекту преузима на себе значајно већи ризик за успешан пласман услуга од општег интереса које се пружају на објекту/постројењу/систему у власништву јавног субјекта управо зато што му накнаду за обављање делатности/пружање услуга плаћају крајњи корисници, и то по тарифи коју је одредио јавни субјект. И, коначно, за разлику од ангажовања професионалног приватног субјекта који поседује тражена стручна знања у циљу ефикасног управљања и руковођења, са ким уговор закључује јавни субјект, што је спецификум претходно обрађеног модела сарадње, модел сарадње заснован на закупу

¹⁸² За више детаља о разлици између ових под-модела вид. <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/leases-and-affermage-contracts#leases> - 15.4.2015.

подразумева ангажовање појединаца, експерата за управљање и руковођење, непосредно од стране приватног субјекта, који је одговоран за његов избор и, отуда, сноси и ризик наплате за пружене услуге од општег интереса.

Како укупан трошак управљања пројектом, али и комплетан финансијски ризик успеха пројекта сноси приватни субјект, он најчешће настоји да се заштити у односу на јавног субјекта захтевом да му се дају одговарајуће гаранције у односу на висину тарифе коју одређује јавни субјект, као и да се утврди одговарајући механизам компензације, односно обештећења приватног субјекта од стране јавног субјекта, у случају да се током извршења уговора догоди да приходи од пружања услуга од општег интереса, у складу са тарифним системом, не буду у нивоу очекиваног, односно не обезбеде исплативост пројекта.

Сарадња јавног и приватног субјекта по моделу уговора о закупу се, по правилу, заснива на ексклузивној основи, што је захтев приватног субјекта који је релевантан и утемељен на аргументу значајног ризика који приватни субјект преузима на себе.

Уговор о закупу се најчешће закључује на период између осам и 15 година, с тим да је уобичајено да се уговором предвиђа ревизија уговора на сваких пет година, посебно у делу који се односи на висину тарифе, начин управљања пројектом, финансијске перформансе пројекта и његову исплативост.

Основна предност сарадње јавног и приватног субјекта по моделу закупа огледа се у томе што се овим моделом сарадње може обезбедити значајна ефикасност у пружању услуга од општег интереса и увећање квалитета услуга од општег интереса.

Основни недостатак сарадње јавног и приватног субјекта по моделу закупа огледа се у томе што потенцијално може доћи до размимоилажења стратегија јавног и приватног субјекта онда кад је по мишљењу приватног субјекта неопходно додатно капитално улагање које ће као крајњи ефекат имати пружање квалитетнијих услуга, док јавни субјект може да сматра да је додатно капитално улагање непотребно и да је до знања, умећа и вештине приватног субјекта да обезбеди бољи пласман услуга од општег интереса и начина њиховог пружања, јер на њему у целости лежи извршење ових обавеза. Додатни недостатак овог модела огледа се у томе што приватни субјект убира приход од пружених услуга од општег интереса и то према тарифи коју одређује јавни субјект. У оваквом сценарију често се дешава да јавни субјект одреди нереалне тарифе према којима је приватни субјект дужан да наплати пружене услуге и да исплати закупнину јавном субјекту, те тако њему, практично, остаје оно што преостане од износа на чије одређење он нема утицаја, те у таквим околностима приватни субјект, ради увећања сопственог профита, штеди на једином чиниоцу који је у његовој контроли – на текућим трошковима. Ово дугорочно може да има утицај на умањење вредности објекта/постројења/система који је у власништву јавног субјекта, будући да ови објекти не добијају онај степен одржавања који им је неопходан да

би достигли свој максимални оперативни век. Будући да је дужина трајања овог уговора, по правилу, значајно краћа од дужине оперативног века трајања објекта/постројења/система, приватни субјект ову околност може да користи у ситуацији кад јавни субјект одбија да повећа тарифу, тако што ће, ради увећања сопствене добити штедети на одржавању објекта/постројења/система, чиме су и јавни субјект и крајњи корисници услуга дугорочно на губитку, јер се ово прогресивно одражава на квалитет услуга које ће бити пружане у будућности.

У литератури¹⁸³ се, осим модела закупа, среће и модел закупи-изгради-управљај/*LDO* (енг. *lease-develop-operate*) код кога приватни субјект од јавног субјекта узима у закуп објекат/постројење/систем, технолошки, функционално и оперативно га унапређује (не дограђује објекат/постројење/систем, већ унапређења спроводи на техничко-технолошко-оперативном нивоу), користи објекат/постројење/систем и управља њиме током уговореног временског периода. По својим особеностима, овај модел је веома сличан горе наведеном моделу закупа и практично има сва његова обележја.

5. Уговор о концесији

Уговор о концесији¹⁸⁴ (енг. *concession agreement*) представља дугорочни уговорни однос установљен између јавног субјекта, у својству концедента, и приватног субјекта,¹⁸⁵ односно пројектног друштва у својству концесионара.¹⁸⁶

Однос јавног и приватног субјекта који се остварује према овом моделу сарадње увек се одређује као уговорни модел сарадње јавног и приватног субјекта.

Концесија¹⁸⁷ се најчешће даје ради комерцијалног коришћења природног богатства или добра у општој употреби који су у власништву државе¹⁸⁸ или у циљу обављања делатности од општег интереса,¹⁸⁹ посебно у области:¹⁹⁰ (а) истраживања и експлоатације минералних сировина и геолошких ресурса; (б) коришћења заштићених природних ресурса;

¹⁸³ Н. Каџер, Д. Кружић, А. Перковић, 610.

¹⁸⁴ Е. Р. Јескомбе (2007), 5.

¹⁸⁵ Ј. Л. Гуасч, 27-32.

¹⁸⁶ За детаље у вези са битним елементима уговора о концесији према смерницима, упутствима и најбољим праксама Светске банке, вид. <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/concessions-bots-dbos#Concessions> - 15.4.2015.

¹⁸⁷ *EU Commission Guidelines for Successful Private-Public Partnerships*, March 2003, 24-25.

¹⁸⁸ М. Кнежевић, 91.

¹⁸⁹ О разлозима за закључивање уговора јавног и приватног субјекта по моделу концесија детаљније погледати материјал Организације за европску безбедност и сарадњу (ОЕБС) *Global Forum on Competition – Concessions*, ОЕCD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, 20/04/2007, доступно на: <http://www.oecd.org/daf/competition/39531515.pdf> - 15.4.2015.

¹⁹⁰ *Public-Private Partnership Handbook*, 34-37; П. Цветковић, С. Средојевић, 30-32; П. Цветковић (2015), 102-106.

(в) енергетике; (г) лука; (д) јавних путева;¹⁹¹ (ђ) јавног превоза; (е) аеродрома; (ж) образовања; (з) спорта; (и) културних добара; (ј) комуналних делатности; (к) железница; (л) комерцијалног коришћења жичара; (љ) здравства; (м) туризма, и (н) у другим областима.¹⁹²

Већ сама природа добра, односно предмета у власништву државе који су у сврси обављања делатности од општег интереса, одређује овај модел као преовлађујући, онда кад конкретан пројекат има за предмет неко од горе поменутих општих добара. Овај модел уговора којим се установљава сарадња јавног и приватног субјекта је преферабилан за јавног субјекта¹⁹³ будући да се претежни део ризика и највећи део обавеза у вези са спровођењем пројекта преноси на приватног субјекта-концесионара, односно на друштво посебне намене/концесионо предузеће. Додатно, овај модел не подразумева финансијску изложеност јавног субјекта и најчешће не захтева никакво буџетско задужење јавног субјекта, што га чини атрактивним за јавног субјекта¹⁹⁴ будући да се сав терет финансирања и највећи део ризика преносе на приватног субјекта.¹⁹⁵

Уговором о концесији, у зависности од конкретног предмета концесије, концесионар преузима на себе најчешће обавезу реконструкције, а знатно ређе обавезу изградње одређеног објекта/постројења/система који је у функцији обављања делатности од општег интереса. Додатно, приватни субјект преузима и обавезу пружања услуге од општег интереса на одређено време, за које је одобрена концесија, као и обавезу обезбеђивања функционисања предметног објекта/постројења/система и његово управљање и одржавање.

Предмет концесије – опште добро или објекат/постројење/систем који је предмет реконструкције или који се гради, све време трајања концесије остаје у искључивом власништву јавног субјекта, који се у циљу његовог настанка (у случају изградње), односно у циљу увећања његове вредности (у случају реконструкције), за одређено време, на које је концесија одобрена, суздржава од његовог комерцијалног искоришћавања, препуштајући исто концесионару, у замену за цену вредности изградње, односно реконструкције предмета концесије коју концесионар треба да поврати у фази комерцијалног коришћења изграђеног, односно реконструисаног објекта/постројења/система, и током ове фазе, очекивано, и заради одређени новац, којим оправдава своје учешће у конкретном пројекту. Током трајања концесије, концедент преноси на концесионара економска права која проистичу из права својине – *usus* и *fructus*, а за време трајања концесије се суздржава располагања предметом

¹⁹¹ Eduardo Engel, Ronald D. Fischer, Alexander Galetovic, *The Economics of Public-Private Partnership: A Basic Guide*, Cambridge University Press, New York 2014, 30, 32, 64, 66-67.

¹⁹² ЗППК; С. Бенковић, С. Барјактаревић Ракочевић, 492.

¹⁹³ Miranda Nicolas, „Concession Agreements: From Private Contract to Public Policy“, *The Yale Law Journal* 3/2007, 515 и 532-549.

¹⁹⁴ М. Кнежевић, 89-102.

¹⁹⁵ Lilia Bylos, „Typical Transaction Structure for Concession Based Financing“, *Financial and Corporate Law Issues for Lawyers in Transition Economies* (selected excerpts, ed. Alexis Rwabizambuga), The London School of Economics and Political Science (LSE) and the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), June 2008, 6-13.

концесије у корист другог лица, будући да је овакво право закључењем уговора о концесији дао само и искључиво концесионару.

Концесија се може дати и за јавне радове, у ком случају концедент уговором о концесији ангажује концесионара за извођење јавних радова, а концесионару на основу овог уговора припада накнада за јавне радове, која се састоји или од самог права на комерцијално коришћење изведених радова или од тог права заједно са додатним плаћањем.¹⁹⁶

Концесија се, такође, може дати и за пружање услуга,¹⁹⁷ у ком случају концедент уговором о концесији ангажује концесионара за пружање услуга, а концесионару на основу овог уговора припада накнада за пружене услуге која се састоји или од самог права на комерцијално пружање услуга или од тог права заједно са додатним плаћањем.

По својој правној природи, концесија представља ексклузивно право које се једним концесионим уговором даје искључиво једном концесионару. Концесионар је најчешће правно лице, дакле један правни субјективитет, али се у својству концесионара може појавити и уговорна форма удруживања више правних или физичких лица – конзорцијум, који су сви заједно према концеденту неограничено и солидарно одговорни за извршење обавеза преузетих закључењем уговора о концесији. Ово ексклузивно право даје се на уговорени период важења концесије, који ни у ком случају не може бити дужи од законом максимално одређеног трајања концесије.

Закључењем уговора о концесији концесионар преузима неколико обавеза:¹⁹⁸ (а) обавезу финансирања изградње, односно реконструкције предмета концесије, и то кроз капитална улагања (улагања приватног субјекта у капитал концесионог предузећа) најчешће у комбинацији са пројектним финансирањем;¹⁹⁹ (б) обавезу реконструкције односно изградње објекта/постројења/система који је у јавној својини; (в) обавезу управљања и одржавања; (г) обавезу пружања конкретне услуге од општег интереса одређеног квалитета. Уговор о концесији се, тако, по правилу састоји из следећих фаза које се сукцесивно спроводе: (а) фазе припреме за реализацију уговора (фаза испуњења претходних услова); (б) фазе извођења радова на изградњи, односно реконструкцији објекта/постројења/система, и (в) оперативне фазе, која укључује управљање и одржавање објекта/постројења/система.

Кад је реч о правима концесионара из уговора о концесији, концесионар закључењем уговора стиче право на комерцијално коришћење предмета концесије. Комерцијално коришћење предмета концесије представља убирање накнаде за омогућавање коришћења

¹⁹⁶ ЗППК, чл. 10, ст. 2.

¹⁹⁷ *Ibid.*, чл. 10, ст. 3.

¹⁹⁸ П. Цветковић (2012), 12.

¹⁹⁹ Sandro Amorosino, Romana Sciuto, „La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore“, *DeJure, Archivio selezionato: Dottrina, Riv. giur. edilizia* 1999, 02, 61, 1-10.

добра од општег интереса, односно за пружање услуге од општег интереса. Накнаду за пружене услуге од општег интереса плаћају крајњи корисници услуга,²⁰⁰ у складу са тарифом за пружање услуга, а ова накнада се исплаћује концесионару. Висина тарифе се најчешће уређује самим уговором који, такође, садржи одредбу и о томе на који начин промене околности на тржишту могу да утичу на промену тарифа утврђених уговором. Све то је зато што се уговор о концесији закључује на дужи временски период, те се у том смислу принцип еквивалентности давања уговорних страна поштује само онда ако се приватном субјекту – концесионару, односно друштву за посебне намене/концесионом предузећу, омогућава да током трајања уговора испуни своју каузу закључења уговора, дакле омогући исплату пројектног финансирања и кроз накнаду коју прима „исплати“ уложену капиталну инвестицију и још додатно заради.

Уговори о концесији се у пракси најчешће закључују на период од 25 до 30 година, који укључује изградњу, односно реконструкцију објекта/постројења/система и период њиховог комерцијалног коришћења од стране концесионара, а током којег концесионар, како је то већ поменуто, треба да оствари повраћај средстава уложених током фазе изградње, односно реконструкције, као и да оствари одговарајућу добит.

Највећи део ризика пројекта, код овог модела уговора, сноси приватни субјект, будући да је на њему и највећи део обавеза. То никако не значи да концесионар односно друштво за посебне намене/концесионо предузеће нема могућност да своју позицију унеколико олакша кроз одговарајућу дисперзију ризика на друге учеснике у пројекту, али он формално-правно, све до истека века трајања пројекта, остаје директно одговоран јавном субјекту – концеденту, и финансијерима пројекта, док ће предметна дисперзија ризика практично значити релативно удаљавање ризика од приватног субјекта, односно друштва за посебне намене/концесионог предузећа, које ће пре свега бити установљено на принципу регреса од оног учесника у пројекту који „скриви“ наступање ризика, односно својим чињењем, односно нечињењем, допусти настанак штете.

Изузетно од општег правила према коме комплетан трошак извођења пројекта сноси приватни субјект – концесионар, односно друштво посебне намене/концесионо предузеће, уговором о концесији се може предвидети могућност да концедент потпомогне, односно субвенционише, концесионара у вези са капиталним улагањима, тако да концедент концесионару стави на располагање одређена средства за капитална улагања. Интерес концедента за овакво одступање од општег правила је најмање тројак и увек са тежиштем интереса на крајњем исходу реализованог концесионог пројекта: (а) концесионар улаже поверена му средства у објекат/постројење/систем који је у искључивом власништву јавног

²⁰⁰ На пример, плаћање путарине у случају изградње ауто-пута, транзитне таксе у случају гасовода, односно нафтовода, лучке таксе у случају коришћења лука, аеродромске таксе у случају аеродрома и слично.

субјекта – концедента, чиме практично оваквим субвенционисањем концедент увећава вредност добра у сопственом власништву; (б) у оваквим случајевима концедент најчешће осигурава краће рокове изградње, односно реконструкције објекта/постројења/система, или обезбеђује бољи квалитет услуга, будући да слободна финансијска средства није лако пронаћи, а иста некад могу да буду од одлучујућег значаја у одређеној фази пројекта; (в) концедент засигурно обезбеђује повраћај датих средстава уговарајући повраћај субвенционисаних средстава кроз део тарифе коју концесионар убира од крајњих корисника услуга, чиме јавни субјект, практично, трошак субвенционисања пребацује на крајње кориснике услуга, односно не плаћа га у крајњем исходу из сопствених средстава, а истовремено увећава вредност имовине у свом власништву.

Уговору о концесији претходи одлука (управни акт) јавног субјекта – концесиони акт, за којим даље следи одговарајући поступак²⁰¹ (јавни позив, достављање понуда, оцена понуда, одлука о избору најповољније понуде, преговори око уговора и закључење уговора о концесији). Оваква врста поступка за одобравање концесије, односно ових неколико обавезних корака за закључење уговора о концесији, овом уговору дају још једно посебно обележје, које је у француској и немачкој правној литератури посебно описано²⁰², означавајући уговор о концесији као управни уговор,²⁰³ будући да испуњава три обавезна услова: (а) укључује јавног субјекта; (б) његов предмет је обављање делатности од општег интереса, и (в) одредбе овог уговора уређују посебна правила, односно закон.²⁰⁴

Концесија има бројне предности за све учеснике у уговорном односу односно бенефицијаре – за концедента, концесионара, крајње кориснике и трећа лица укључена у реализацију пројекта.

Предности концесије у односу на концедента су следеће: (а) изградња новог постројења/објекта/система, односно унапређење постојећег, и увећање његове вредности; (б) потпуно преbacивање трошка изградње, управљања и одржавања на концесионара; (в) задржавање својине над добрима од општег интереса, односно задржавање својине на објекту/постројењу/систему који се реконструише, односно оперативно-технички унапређује или гради; (г) након истека концесионог периода, добијање објекта/постројења/система од кога приходује јавни субјект – концедент у добром стању и преузимање развијене мреже услуга, терет чијег развијања и одржавања је годинама као свој ризик сносио концесионар.

²⁰¹ Branko Babac, „Problematiziranje 'javno-privatnoga ortaštva' u suvislosti uređivanja 'javne nabave' i 'koncesioniranja' – prethodni iskazi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 1/2008, 197-274.

²⁰² Dario Đerđa, „Ugovor o koncesiji“, *Hrvatska javna uprava* 3/2006, 108-114.

²⁰³ Ivo Borković, „Upravni ugovori“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 2/1993, 423-426.

²⁰⁴ Marko Šikić, Frane Staničić, „Pravna narav ugovora o koncesiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 2/2011, 424-428.

Предности концесије у односу на концесионара су следеће: (а) ексклузивност у остваривању права на конкретном предмету концесије; (б) контрола над пројектом у фази комерцијалног коришћења предмета концесије; (в) приходовање од крајњих корисника услуге, кроз плаћање накнаде у складу са тарифом, која може да расте временом и најчешће се тако и уговара, уз могућност да се уговором предвиди и да јавни субјект врши један део плаћања; (г) улазак на одређено тржиште које, у каснијој фази, значајно увећава прилике за добијање нових послова у држави у којој се пројекат реализује; и (д) установљавање, односно увећање кредибилитета, такође значајно за будућност, код финансијских институција које обезбеђују финансирање, за будуће пројекте, без обзира на то у ком делу света су ти пројекти реализовани.

Предности концесије у односу на крајње кориснике огледају се у: (а) бољем квалитету услуге; (б) већој ефикасности у добијању услуге; (в) подстицају даљем развоју области, односно региона у којима се пројекат реализује, што може да утиче на пораст инвестиција у конкретној области, као и на опште побољшање квалитета живота.

Предности концесије у односу на трећа лица укључена у реализацију пројекта се односе на: (а) ангажовање подизвођача, будући да период изградње траје најчешће неколико година и концесионар веома ретко може сам да изведе све радове, те стога ангажује бројне подизвођаче, што увећава круг лица укључених у реализацију пројекта и обезбеђује њихову упосленост; (б) извесност у наплати за ангажована трећа лица, јер се највећи део трошкова изградње обезбеђује кроз пројектно финансирање; (в) значајно ангажовање домаћих фирми, коопераната, (г) повезивање на шире системе.

С друге стране, основни недостаци концесије огледају се у: (а) ризику исплативости пројекта за концесионара, што се сумира на самом крају, након истека века трајања пројекта, а повезано је са бројним ризицима који прате како фазу изградње, тако и оперативну фазу реализације пројекта; (б) ризик прилагодљивости, односно прихваћености пројекта након неколико деценија трајања пројекта – ово посебно код пројеката код којих је имајући у виду конкретан предмет пројекта, идејно решење, односно иновација, од утицаја како на оперативну фазу реализације пројекта, тако и на техничку исплативост објекта/постројења/система након истека века трајања пројекта, (в) политички ризик због дугог трајања пројекта посебно потенцијално подстакнут реакцијама јавног мњења у случају неадекватног квалитета услуга или повећања тарифе.

6. BOT уговор

– Уговор по моделу *изгради-управљај-пренеси* – BOT уговор²⁰⁵ представља модел сарадње јавног и приватног субјекта који је по својим обележјима најсличнији уговору о концесији,²⁰⁶ те се у литератури, али и у пракси веома често и одређује као посебна врста концесионог уговора.²⁰⁷ Иако се у пракси истиче концесиона природа BOT уговора, овакво поједностављивање обележја овог уговора је неприкладно и погрешно из бројних разлога. BOT уговор представља модел сарадње јавног и приватног субјекта у коме приватни субјект уговором преузима обавезу изградње новог објекта/постројења/система,²⁰⁸ или његовог значајног дела, у свему у складу са спецификацијом, инструкцијама и стандардима које је одредио јавни субјект.²⁰⁹ Изузетно од овог општег правила, BOT уговор може се закључити и за доградњу, унапређење, односно реконструкцију већ постојећег објекта/постројења/система, с тим да је број оваквих BOT уговора значајно мањи у односу на оне који се закључују у вези са изградњом потпуно нових објеката. Финансијери пројекта су, по правилу, наклоњенији да подрже пројекат који укључује изградњу потпуно новог објекта, с обзиром на то да реконструкција већ изграђеног објекта/постројења/система може да повлачи питање одговорности у вези са претходном употребом објекта, са техничким ограничењима, пропустима или недостацима које треба отклонити, и скопчана је са значајно већим ризицима, него изградња потпуно новог објекта/постројења/система, где се не отварају сложена питања историјске одговорности, нити технолошке компатибилности новог и старог дела система.

За разлику од концесије која се даје за коришћење добра у општој употреби или за реконструкцију објекта/постројења/система који је у функцији обављања делатности од општег интереса, BOT уговор обележава унеколико другачији пројектни задатак – изградња новог објекта/постројења/система, дакле тзв. *greenfield* инвестиција, док се концесија најчешће обележава као тзв. *brownfield* инвестиција којом се најчешће реконструише, дорађује, унапређује, реновира, техничко-технолошки или оперативно унапређује већ постојећи објекат/постројење/систем.

Однос јавног и приватног субјекта који се остварује према овом моделу сарадње увек се одређује као уговорни модел сарадње јавног и приватног субјекта.

²⁰⁵ Вид. *EU Commission Guidelines for Successful Private-Public Partnerships*, March 2003, 21-23.

²⁰⁶ Одређења, битни елементи, смернице и упутства која се односе на уговоре јавног и приватног субјекта према BOT моделу, које је припремио Центар за јавно-приватна партнерства Светске банке, детаљније се могу наћи на: http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/concessions-bots-dbos#BOT_Projects - 15.4.2015.

²⁰⁷ Драго Дивљак, „BOT модел пројектног финансирања инфраструктуре“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад* 3/2006, 275-288.

²⁰⁸ *Public-Private Partnership Handbook*, 37-41.

²⁰⁹ Вид. П. Цветковић, С. Средојевић, 33-36; П. Цветковић (2015), 107-109.

Према *BOT* моделу сарадње, приватни субјект финансира изградњу објекта/постројења/система и комерцијално управља објектом/постројењем/системом за одређени уговорени прериод, након чега га, без накнаде, предаје у власништво јавном субјекту.²¹⁰

Будући да изградња потпуно новог објекта/постројења/система захтева значајна финансијска средства која ретко који приватни субјект може самостално да обезбеди, изградња објекта који је предмет *BOT* уговора најчешће се изводи на основу пројектног финансирања. Међутим, терет сношења ризика пројеката који се реализују по *BOT* моделу који је претежним делом на приватном субјекту, односно друштву које он оснива за потребе извођења пројекта, представља обесхрабрујући моменат за финансијере пројекта. За разлику од концесије код које, најчешће, постоји већ угодан систем наплате коришћења добра од општег интереса, односно добра у функцији пружања услуга од општег интереса, код објекта/постројења/система који се граде по *BOT* моделу, најчешће не постоји унапред установљена линија прилива прихода, а с обзиром на то да не постоје претходне студије случаја и на проверљивим параметрима заснована прогноза будућих прилива, финансијска исплативост ових пројеката је за финансијере пројекта веома неизвесна и несигурна. Отуда је адекватна расподела ризика између учесника у реализацији пројекта који се спороводи по *BOT* моделу од изузетног значаја будући да финансијери код ове врсте пројеката посебну пажњу посвећују управо елементу ризика и његове расподеле, чини се, са додатном опрезношћу у односу на друге горе описане моделе сарадње јавног и приватног субјекта. С тим у вези, интерес финансијера пројекта је да се што је могуће већи број ризика пренесе, односно делегира са приватног субјекта, односно друштва које он оснива, на трећа лица – подизвођаче, осигуравајућа друштва, па чак и и на јавног субјекта. Такође, пошто је код ове врсте пројеката тежиште могућих средстава обезбеђења која се дају у корист финансијера пројекта управо на друштву које се оснива за потребе реализације овог пројекта, које је, док пројекат траје, власник објекта/постројења/система, и које најчешће касније врши делатност управљања пројектом, то финансијери пројекта настоје да имовину друштва које се оснива за потребе реализације овог пројекта сачувају само за потребе сопственог обезбеђења, што може да буде посебно деликатно у случају субординирања финансирања.

Приход који се остварује код уговора по овом моделу сарадње јавног и приватног субјекта, остварује приватни субјект односно, још прецизније, друштво које се оснива за потребе реализације пројеката. По *BOT* моделу, приход од коришћења новоизграђеног објекта/постројења/система најчешће, али не и нужно, долази из једног извора – од јавног субјекта – и то, најчешће, од државе, јавног или комуналног предузећа. Последњих година, уговори по *BOT* моделу се веома често закључују код енергетских пројеката у вези са

²¹⁰ С. Бенковић, С. Барјактаревић Ракочевић, 493.

изградњом хидроелектрана, електрана и великих система за напајање електричном енергијом, кад се након изградње оваквог објекта/постројења, као једини клијент друштва које управља постројењем пружајући услугу од општег интереса појављује најчешће јавно предузеће које се бави делатношћу у области дистрибуције и снабдевања струје, те се у таквим случајевима закључују уговори о откупу укупно произведене количине струје (енг. *power purchase agreements/PPA*). Ово није нужно случај, будући да се код значајног броја пројеката који се реализују на основу *BOT* уговора, приход од пружања услуга од општег интереса, остварује непосредно од крајњих корисника услуге од општег интереса, који за пружене услуге плаћају одговарајућу накнаду друштву које је основано за потребе спровођења пројекта, и то, најчешће, на основу утврђеног тарифног система.²¹¹

За потребе реализације пројекта, код уговора по *BOT* моделу, по правилу се, увек оснива посебно друштво које је задужено за изградњу објекта/постројења/система, које ће касније и управљати пројектом до истека његовог века трајања. Оснивач овог друштва је приватни субјект, који ће, осим личног учешћа у капиталу и управљању овим друштвом, желети да, ради успеха самог пројекта, укључи лица која имају значајна, најчешће интернационална, искуства у изградњи објеката, односно постројења идентичне или сличне намене, а код пројеката код којих ће се услуге пружати ширем кругу корисника, дакле не само једном клијенту (држави, јавном предузећу и слично), веома је значајно да у пројекат буду укључени и субјекти који имају знања, искуства и вештине у управљању објектом/постројењем/системом посебне намене какав може бити изграђен у конкретном пројекту. Учешће других лица, уз приватног субјекта, који могу да допринесу успешној реализацији пројекта, може да буде и интерес јавног субјекта, који након истека века реализације пројекта постаје власник објекта/постројења/система, али и финансијера пројекта, јер пружа додатну гаранцију да пројекат има значајне изгледе за успех, односно за повраћај уложених средстава и за остваривање прихода од будућег обављања делатности од општег интереса.

Интересовање како јавног субјекта, тако и финансијера пројекта се протеже и корак даље. Ради сигурности у извесност реализације пројекта, јавни субјект, односно финансијери пројекта могу, свако из својих разлога, да буду веома заинтересовани и за то кога све пројектно друштво, које се оснива за потребе реализације пројеката који се изводе по принципу *BOT* послова, ангажује као своје подизвођаче у фази изградње објекта/постројења/система, али и за привредно друштво са којим се закључује уговор о управљању објектом/постројењем/системом, у случају када се овим пословима не бави само пројектно друштво. Иако интереси јавног субјекта и финансијера пројекта могу да се

²¹¹ S. Marenjak *et al.*, 599.

поклопе, посебно у првој фази пројекта када се објекат/постројење/систем гради, јавни субјект након окончања фазе изградње може и да изгуби интересовање за пројекат, али га финансијери пројекта не губе до краја, те тако могу да буду заинтересовани и за одабир добављача, посебно у случају када се ради о добављачу значајним енергентом који је неопходан да би пројекат могао да се реализује све до истека његовог века трајања. У таквим случајевима, захтев финансијера пројекта може да буде закључење уговора о снабдевању одређеним енергентом са јавним субјектом или другим субјектом под непосредном или посредном контролом јавног субјекта.

Слично као и код концесије, и код *BOT* уговора приватни субјект обезбеђује финансирање изградње објекта/постројења/система, изводи радове на изградњи, с тим да током трајања пројекта, што је суштинска разлика у односу на концесију, приватни субјект јесте, код одређених под-модела овог уговора, и власник објекта/постројења/система који је у функцији пружања услуга од општег интереса, за разлику од концесије, код које јавни субјект све време трајања пројекта остаје власник општег добра, односно објекта/постројења/система посредством кога се обавља делатност од општег интереса. И концесију и *BOT* уговор даље карактерише то да приватни субјект током периода комерцијалног коришћења објекта/постројења/система, настоји да поврати вредност уложених средстава кроз накнаду за коришћење објекта/постројења/система, односно накнаду за услуге пружене посредством ових објеката, коју му плаћају корисници услуга.

Дужина трајања уговора по *BOT* моделу зависи од врсте пројекта, с тим, да се у пракси ови уговори најчешће закључују на период од пет до десет година, а могуће је да њихово трајање буде и дуже, до 25 година.

Улога јавног сектора у *BOT* уговорима је двојака. Поред одређивања стандарда, давања инструкција и спецификација у погледу објекта/постројења/система који треба да буде предмет изградње и који је у функцији пружања услуга од општег интереса, што се сматра контролно-инструктивном улогом, јавни субјект преузима обавезу да од приватног субјекта откупи одређени уговорени минимални пакет, односно портфељ услуга које се пружају посредством објекта/постројења/система који приватни субјект гради, чиме приватни субјект има загарантован и сигуран повраћај дела средстава које је уложио у изградњу објекта/постројења/система који је предмет *BOT* посла.²¹² Тако, јавни субјект добија улогу корисника услуге од општег интереса, практично постајући клијент приватног субјекта, односно пројектног друштва.

²¹² Вид. детаљније о уговорима о откупу енергије (*Power Purchase Agreements*) – E. R. Yescombe (2007), 6-7; Jeffrey Delmon, *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure, An Essential Guide for Policy Makers*, Cambridge University Press, New York 2011, 178 и 227-228; Peter Gevorkian, *Large-Scale Solar Power Systems, Construction and Economics*, Cambridge University Press, New York 2012, 71-84; Michael B. McElroy *et al.*, „Potential for Wind-Generated Electricity in China“, *Science* 5946/2009, 1378.

Минимални пакет услуга, односно минимални портфељ у односу на који се јавни субјект обавезује на откуп према приватном субјекту, заснован је на процени јавног субјекта у раној фази припреме пројекта колика ће бити заинтересованост и потражња за одређеном врстом услуге од општег интереса која се пружа у фази управљања објектом/постројењем/системом који ће бити изграђен на основу *ВОТ* уговора. Ризик процене потражње за одређеном врстом услуге је на јавном субјекту, будући да су у овој раној фази пројекта практично сви ризици измештени у будућност и пренети на приватног субјекта који објекат/постројење/систем треба да изгради, а потом њиме управља и комерцијално га користи током века трајања пројекта. Иако је у иницијалној фази већина ризика по јавног субјекта измештена у будућност и пренета на приватног субјекта, ризик процене потражње за одређеном врстом услуге од општег интереса, може се касније показати као веома велик, те тако уговорена накнада коју јавни субјект плаћа приватном субјекту може да буде значајно већа у односу на реалну потражњу за конкретном услугом, чиме, практично, јавни субјект сноси ризик за пружање услуга од општег интереса у односу на које нема никакву контролу, већ само обавезу да их откупи, односно плати приватном субјекту за уговорени износ на који се јавни субјект унапред обавезао. Иако се, на први поглед, може учинити да је овакав расплет неповољан за јавног субјекта, он је са становишта расподеле ризика правичан, јер јавни субјект не сноси никакве трошкове изградње потпуно новог објекта/постројења/система, не сноси никакве оперативне и текуће трошкове одржавања, нити се бави обављањем делатности од општег интереса на новоизграђеним постројењима, за шта готово све ризике, преузима на себе приватни субјект.

Однос јавног и приватног субјекта може додатно да се компликује у случају великих инвестиционих пројеката значајне вредности који се реализују по принципу „преузми или плати“ (енг. *take-or-pay*). Овакви пројекти карактеристични су за изградњу система за транспорт и дистрибуцију нафте и гаса (нафтоводи/гасоводи). Систем „преузми или плати“ везује се за куповину капацитета преносног система. Капацитети се купују значајно унапред, кад још увек није могуће проценити потребу за одређеним добром односно услугом.²¹³ У реализацији ових уговора може да се догоди, а у пракси се најчешће и догађа, да реалне потребе не одговарају укупној количини резервисаних капацитета, а да гас који се номинује нема где да се складишти, односно нема коме даље да се прода у количини која је номинувана и повучена. Другим речима, купац чак и када жели, нема могућности да располаже количином која надмашује његове реалне потребе у том тренутку, увећане за ону количину гаса која се продаје трећим лицима, за чије потребе се врши уговорени транспорт

²¹³ У случају гасовода, на пример, капацитети се најчешће резервишу, односно купују на основу вишегодишњих уговора којим корисник капацитета унапред резервише капацитете којима му се допрема онолика количина гаса коју номинује на дневном или недељном нивоу, а чија укупна годишња количина се прецизира уговором.

и дистрибуција гаса. У том случају мање објективне потражње, не повлаче се оне количине гаса у односу на које је извршена резервација капацитета, већ мања количина. Међутим, како власник капацитета не сме да трпи штету (будући да су капацитети ограничени и унапред се продају различитим корисницима, а најчешће није дозвољено давање у подзакуп капацитета) то он наплаћује пуну цену резервисаног капацитета, и онда када се гасоводом за потребе конкретнoг купца гаса превезе мања количина од оне у односу на коју је резервисан већи капацитет.

Сарадњу јавног и приватног субјекта код овог модела уговора, такође обележава ексклузиван однос у вези са одређеним објектом/постројењем/системом, међутим, за разлику од концесије код које је ово право дато уговором, код *BOT* посла оно проистиче из саме природе уговорног односа према коме, код појединих подмодела овог типа уговора, приватни учесник има право својине на објекту/постројењу/систему, те је отуда и јасно да се његов ексклузивитет током века трајања пројекта, код под-модела *BOT* уговора који укључују власништво над објектом/постројењем/системом, изводи из његовог права својине. Отуда је ексклузивитет код ове подврсте уговора практично квази-ексклузивитет, будући да га приватни субјект не изводи из права које се уговара, већ из власништва над објектом/постројењем/системом, које му припада.

Након истека века трајања *BOT* пројекта, јавни субјект стиче својину над објектом/постројењем/системом који је изграђен по *BOT* моделу. Преузимање власништва над објектом/постројењем/системом врши се без плаћања било какве накнаде. Оно може бити извршено на начин да јавни субјект потпуно преузме сва овлашћења која произлазе из права својине те да он сам започне управљање и руковођење објектом/постројењем/системом, а може ово преузимање извршити и на начин да формално-правно преузме власништво, а да управљање и руковођење објектом/постројењем/системом препусти приватном субјекту и за додатни уговорени период, а може након истека века трајања пројекта да потражи другог приватног партнера коме ће поверити управљање и руковођење објектом/постројењем/системом. Поступање јавног субјекта претежно зависи од природе објекта/постројења/система, природе услуге од општег интереса која се пружа, али и од успешности управљања, односно руковођења коју је показао приватни субјект. У случају када је приватни субјект постројењем добро управљао, те није штедео на текућем и оперативном одржавању, а јавни субјект нема довољно искуства, кадровског потенцијала нити поседује потребна техничка или каква друга стручна знања да самостално може да управља и руководи објектом/постројењем/системом, за очекивати је да ће приватном субјекту поверити обављање оних дужности које је приватни субјект до тада успешно обављао. На тај начин ће јавни субјект, уз задржавање права својине над

објектом/постројењем/системом, омогућити ваљано продужавање његовог века трајања, уз уобичајену амортизацију, али адекватан пласман услуга од општег интереса.

Предности сарадње јавног и приватног субјекта по *BOT* моделу за јавног субјекта се садрже у: (а) изградњи новог објекта/постројења/система према задатим стандардима и датим инструкцијама; (б) потпуном пребацивању трошка изградње објекта/постројења/система на приватног субјекта; (в) стицању својине над објектом/постројењем/системом, након истека века трајања пројекта, који су најчешће у добром стању и преузимање развијене мреже услуга, од чега јавни субјект остварује даљи приход.

Предности *BOT* модела у односу на крајње кориснике се огледају у: (а) обезбеђивању бољег квалитета услуге; (б) већој ефикасности у добијању услуге; (в) подстицају даљем развоју области, односно региона у којем се пројекат реализује, што може да утиче на пораст инвестиција у конкретној области и да допринесе општем побољшању квалитета живота.

Предности *BOT* модела у односу на трећа лица укључена у реализацију пројекта су следећа: (а) приватни субјект најчешће ангажује бројне подизвођаче, што увећава круг лица укључених у реализацију пројекта и обезбеђује њихову упосленост; (б) извесност у наплати за ангажована трећа лица, јер се највећи део трошкова изградње обезбеђује кроз пројектно финансирање; (в) значајно ангажовање домаћих фирми, коопераната; (г) повезивање на шире системе.

С друге стране, основни недостаци *BOT* модела огледају се у ризику исплативости пројекта за приватног субјекта, као и високом степену изложености ризицима током читавог века трајања пројекта.

BOT модел сарадње јавног и приватног субјекта представља основни модел сарадње из кога је пракса реализације ових пројеката искристалисала,²¹⁴ а касније и теорија и литература одредила неколико под-модела,²¹⁵ са свим њиховим специфичностима, како следи, при чему ова листа не укључује све могуће моделе већ је ограничена на оне који се у пракси најчешће јављају.²¹⁶

²¹⁴ С. Ђорђевић, 45-48.

²¹⁵ С. Бенковић, С. Барјактаровић Ракочевић, 489-496; Н. Каџер, Д. Кружић, А. Перковић, 609-611.

²¹⁶ У литератури се помињу, мада се у пракси релативно ређе срећу и модели: изгради-поседуј-управљај-продај/*BOOS* (енг. *build-own-operate-sell*); изгради-поседуј-управљај-субвенциониши-пренеси/*BOOST* (енг. *build-own-operate-subsidize-transfer*); изгради-управљај-обнови/*BOR* (енг. *build-operate-renewal*); изгради/издај/пренеси/*BRT* (енг. *build-rent-transfer*); изгради-пренеси/*BT* (енг. *build-transfer*); пројектуј-изгради-управљај-финансирај/*DCMF* (енг. *design-construct-manage-finance*). Вид. Ј. Delmon, 220-222; Стефан Владков, Ангел Марков, „Јавно-приватно партнерство у Бугарској: Маркетизација јавних услуга на општинском нивоу“, *Партнерство јавног и приватног сектора: Добра и лоша искуства у одабраним земљама у транзицији* (ур. Душан Дамјановић, Татијана Павловић-Крижанић, Габор Петери), Палго центар д.о.о., Београд 2010, 26.

(а) модел изградње-пренеси-управљај (енг. *build-transfer-operate/BTO*) – означава модел сарадње јавног и субјекта према коме одмах после изградње објекта/постројења/система исти прелази у власништво јавног субјекта, док приватни субјект до истека века трајања пројекта комерцијално искоришћава објекат/постројење/систем и настоји да кроз управљање, одржавање и добро руковођење обезбеди очување вредности објекта/постројења/система, уз постизање ефекта који је за приватног субјекта најважнији – што је могуће бољи економски ефекат комерцијалног коришћења објекта/постројења/система кроз које приватни субјект обезбеђује исплативост инвестиције, и након исплате свих трошкова изградње који су само његов трошак, ствара услове да приходује и остварује добит. Дакле, према *BTO* под-моделу, долази до раздвајања власништва над објектом/постројењем/системом, који прелази на јавног субјекта одмах након изградње, док приватни субјект задржава функцију управљања, одржавања и руковођења;

(б) модел изградње-поседуј-управљај (енг. *build-own-operate/BOO*) – означава модел сарадње јавног и приватног субјекта код кога приватни субјект гради објекат/постројење/систем и управља, одржава и руководи објектом/постројењем/системом уз задржавање права својине, без обавезе да након истека уговора својину над објектом/постројењем/системом пренесе на јавног субјекта. Јавни субјект врши контролу над обављањем делатности, односно над пружањем услуга од општег интереса, у свему у складу са уговореним условима.

(в) модел изградње-поседуј-управљај-пренеси (енг. *build-own-operate-transfer/BOOT*) – означава модел сарадње јавног и приватног субјекта код кога приватни субјект гради објекат/постројење/систем, задржава га у власништву за уговорени временски период, управља објектом/постројењем/системом обављајући делатност, односно пружајући услуге, а истеком уговореног рока, приватни субјект је дужан да јавном субјекту, без накнаде, пренесе власништво над објектом/постројењем/системом. Током трајања уговора, јавни субјект плаћа уговорену накнаду приватном субјекту, а уговор може бити и такав да се приватни субјект наплаћује директно од крајњих корисника услуга или комбинацијом плаћања накнаде од јавног субјекта и крајњих корисника услуга;

(г) модел пројектуј-изградње-пренеси (енг. *design-build-operate/DBO*) – означава модел сарадње јавног и приватног субјекта код кога је од самог почетка века пројекта па до његовог истека, и у сваком будућем тренутку, право својине над објектом/постројењем/системом увек на јавном субјекту, а *DBO* уговором се утврђује обавеза приватног субјекта на пројектовање, изградњу и управљање објектом/постројењем/системом. Након изградње објекта/постројења/система, приватни

субјект најчешће закључује са јавним субјектом уговор о дугорочном закупу објекта, постројења, односно система који је изградио;

(д) модел пројектуј-изгради-финансирај-управљај (енг. *design-build-finance-operate/DBFO*) – означава модел сарадње јавног и приватног субјекта код кога је на приватног субјекта пренета јединствена и недељива обавеза пројектовања, изградње, финансирања и управљања изграђеним објектом/постројењем/системом на уговорени временски период;

(ђ) модел изгради-дај у закуп-управљај-пренеси (енг. *build-lease-operate-transfer/BLOT*) – означава модел сарадње јавног и приватног субјекта код кога приватни субјект преузима обавезу да изгради објекат/постројење/систем, који након изградње прелази у својину јавног субјекта. Јавни субјект тада приватном субјекту даје у закуп изграђени објекат/постројење/систем да га користи и њиме управља и обавља делатност, односно пружа услуге на уговорени временски период, након чијег истека, приватни субјект враћа јавном субјекту објекат/постројење/систем које је користио на основу закупа;

(е) модел купи-поседуј-управљај-пренеси (енг. *buy-own-operate-transfer/BuyOOT*) – означава модел сарадње јавног и приватног субјекта код кога приватни субјект купује објекат/постројење/систем од јавног субјекта, користи га током уговореног периода, обављајући посредством њега делатност, односно пружајући услугу. Истеком уговореног периода, приватни субјект је дужан да објекат/постројење/систем без накнаде пренесе у поновно власништво јавног субјекта;

(ж) модел пројектуј-изгради-финансирај-поседуј-управљај-пренеси (енг. *design-build-finance-own-operate-transfer/DBFOOT*) – означава модел сарадње јавног и приватног субјекта код кога приватни субјект преузима обавезу да пројектује, изгради и финансира објекат/постројење/систем који након изградње постаје његово власништво, да користећи објекат/постројење/систем обавља делатност, односно пружа услуге за уговорени временски период, након чијег истека је дужан да објекат/постројење/систем пренесе у власништво јавног субјекта, без накнаде;

(з) модел купи-изгради-управљај (енг. *buy-build-operate/BBO*) – означава модел сарадње јавног и приватног субјекта код кога приватни субјект купује од јавног субјекта објекат/постројење/систем, унапређује га, реконструише или оперативно-технички усавршава, за чим, током уговореног временског периода, обавља на њему, односно посредством њега делатност, односно пружа услуге најширем кругу корисника или јавном субјекту. Након истека рока на који је уговор закључен, приватни субјект задржава својину над објектом/постројењем/системом, а обављање делатности односно пружање услуга преузима јавни субјект.

7. Уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса

Уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса представља модел сарадње јавног и приватног субјекта којим јавни субјект обављање делатности од општег интереса поверава, односно препушта на обављање приватном субјекту.

Однос јавног и приватног субјекта који се остварује према овом моделу сарадње увек се одређује као уговорни модел сарадње јавног и приватног субјекта.

Уз недвосмислену испуњеност неколико услова, који овај модел уговора кандидују за разматрање његових специфичности унутар овог поглавља (сарадња јавног и приватног субјекта у обављању делатности од општег интереса и дугорочна природа овог односа), у вези са овим уговором може се поставити неколико принципијелних питања која задиру у неопходност приказивања овог модела уговора као засебног модела: (а) која је разлика између овог уговора и уговора о пружању услуга односно уговора о концесији, и (б) да ли је овај уговор самосталан модел уговора или се он увек комбинује са другим моделима сарадње јавног и приватног субјекта, односно да ли се овај уговор закључује тек након закључења неког другог уговора, постајући на тај начин секундаран у односу на основни закључен уговор, или у односима јавног и приватног субјекта може да егзистира као посебан уговор са одвојеном правном судбином.

У давању одговора на ова питања, неопходно је вратити се корак уназад и размотрити правни оквир који уређује закључивање уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса. Уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса представља именовани уговор који је, због свој правног значаја, у највећем броју законодавстава на свету регулисан посебним прописом. У домаћем праву, овај уговор уређен је Законом о јавним предузећима.²¹⁷ Уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса у домаћим условима закључују Република Србија, коју представља ресорно министарство, односно надлежни орган покрајине, односно јединице локалне самоуправе, у зависности од конкретне врсте делатности од општег интереса која се поверава,²¹⁸ и јавно предузеће, друштво капитала чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе и њихова зависна друштва која обављају делатност од

²¹⁷ ЗЈП, чл. 8.

²¹⁸ У чл. 2 ЗЈП као делатности од општег интереса, у смислу предметног закона, одређене су делатности у области: производње, преноса и дистрибуције електричне енергије; производње и прераде угља; истраживања, производње, прераде, транспорта и дистрибуције нафте и природног и течног гаса; промета нафте и нафтних деривата; железничког, поштанског и ваздушног саобраћаја; телекомуникација; издавања службеног гласила Републике Србије; издавања уџбеника; управљања нуклеарним објектима; коришћења, управљања, заштите и унапређивања добара од општег интереса (воде, путеви, минералне сировине, шуме, пловне реке, језера, обале, бање, дивљач, заштићена подручја); производње, промета и превоза наоружања и војне опреме; управљања отпадом, као и комуналне делатности. Додатно, делатностима од општег интереса сматрају се и делатности од стратешког значаја за Републику Србију, као и делатности неопходне за рад државних органа и органа јединица локалне самоуправе, утврђене законом или актом Владе Републике Србије.

општег интереса, кад надлежни орган утврди да су испуњени услови за обављање конкретне делатности од општег интереса у погледу техничке опремљености, кадровске оспособљености, безбедности и заштите здравља на раду, заштите и унапређења животне средине и других услова прописаних посебним прописима.

Како надлежни орган треба да цени испуњеност услова за обављање делатности од општег интереса, посредно се изводи закључак да се овај уговор закључује тек након што су испуњени технички услови (постоји објекат/постројење/систем посредством кога се обавља делатност од општег интереса), кадровски услови (друштво има запослена лица која испуњавају опште и посебне услове – у вези са обављањем појединих делатности од општег интереса захтева се да одређени број представника стручног кадра друштва има положене посебне испите и да поседује посебне сертификате и лиценце, којима се доказује испуњеност овог услова) и други услови. Другим речима, могао би се извести закључак да закључење овог уговора следи за пуном реализацијом неког другог уговора између јавног и приватног субјекта, као резултат чијег извршења односно испуњења постоји у најмању руку објекат/постројење/систем који су у функцији обављања делатности од општег интереса. Отуда, овај уговор би се могао сматрати секундарним уговором у односу на неке друге моделе уговора који уређују однос јавног и приватног субјекта, односно уговором који се закључује тек након што уговор који уређује саму изградњу постројења/објекта/система буде извршен. Међутим, управо када би нас ова лексичка одредница могла навести у правцу таквог размишљања, намеће се потреба да кренемо историјски још један корак уназад, када су у већини законодавстава на свету, па и нашем, једини законом предвиђени уговори којима се уређује однос јавног и приватног субјекта били уговор о концесији и уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса. Пракса закључења ових уговора говори управо у прилог томе – уговори о поверавању обављања делатности од општег интереса представљају један од најчешћих модела уговора којима се регулисао однос јавног и приватног субјекта у пројектима у области комуналних делатности²¹⁹, и то на начин да такви уговори нису уређивали само обављање делатности од општег интереса, већ и поступак изградње, односно реконструкције одређеног постројења/објекта/система. Дакле, иако на први поглед изгледа да се ови уговори закључују онда када је одређени пројекат већ изграђен, пракса је показала управо супротно – да се ови уговори могу закључити и са

²¹⁹ ЗКД у чл. 9 прописује да се под поверавањем обављања комуналне делатности подразумева временски орочено уговорно уређивање односа у вези са обављањем комуналне делатности или појединих послова из оквира комуналне делатности између једне или више јединица локалне самоуправе и вршиоца комуналне делатности, које имају за циљ пружање комуналних услуга на територији једне или више јединица локалне самоуправе или на делу територијалне јединице локалне самоуправе. Истим чланом је прописано да се на поступак поверавања обављања комуналне делатности, кад вршилац добија право да финансирање обављања комуналне делатности обезбеђује у целисти или делимично наплатом накнаде од корисника услуга, примењују одредбе закона који уређује концесије, док се у случају кад се финансирање врши из буџета јединице локалне самоуправе, примењују одредбе закона којим се уређују јавне набавке.

интенцијом да уреде односе уговорних страна и у вези са изградњом објекта/постројења/система који је у функцији обављања делатности од општег интереса. Како, у зависности од предмета уговора или, још значајније, предмета услуге од општег интереса која се пружа, нису сви уговори подобни подвођењу под концесиони модел, овај модел уговора је дуго фигурирао као паралелан модел концесионом уговору, посебно, у домену комуналних делатности.²²⁰

На овом месту бисмо додали и то да је након унапређења законског оквира, како у погледу концесија тако и у погледу прописа који уређују комуналне делатности, недавна пракса поступања домаћих органа још једном потврдила да закључење уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса може да се догоди у веома раној фази реализације пројекта, кад још увек не постоји објекат/постројење/систем посредством кога се пружа услуга од општег интереса.²²¹

Такође, према својим битним елементима уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса суштински се разликује од уговора о концесији, чак и онда када и један и други уређују питање изградње постројења/објекта/система. Овакве разлике произилазе из предмета конкретних уговора а уређују их, као што је то горе већ истакнуто, и посебни прописи.

У односу на горе елаборирани модел уговора о пружању услуга, уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса се разликује у томе што код модела пружања услуга јавни субјект практично ангажује приватног субјекта за пружање одређених услуга које остају у портфељу јавног субјекта, који их пружа трећим лицима, односно крајњим корисницима услуга, док код модела поверавања обављања делатности од општег интереса јавни субјект практично уступа приватном субјекту целокупан портфељ услуга које произлазе из обављања делатности од општег интереса која се поверава, те је на основу тако поверених му, односно уговорно уступљених делатности, приватни субјект обвезник њиховог пружања и у том смислу одговоран према крајњим корисницима услуга за њихов

²²⁰ Под комуналним делатностима, у складу са чл. 3 ЗКД сматрају се следеће делатности: (а) снабдевање водом за пиће; (б) пречишћавање и дистрибуција атмосферских и отпадних вода; (в) производња и дистрибуција топлотне енергије; (г) управљање комуналним отпадом; (д) градски и приградски превоз путника; (ђ) управљање гробљима и погребне услуге; (е) управљање јавним паркиралиштима; (ж) обезбеђивање јавног осветљења; (з) управљање пијацама; (и) одржавање улица и путева; (ј) одржавање чистоће на површинама јавне намене; (к) одржавање зелених површина; (л) димничарске услуге; (љ) делатност зоо-хигијене. Комуналне делатности су законом одређене као делатности од општег интереса.

²²¹ Уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса за делатности транспорта природног гаса и управљања транспортним система за транспорт природног гаса закључила је дана 24. новембра 2013. године Влада Републике Србије са привредним друштвом „*South Stream*“ д.о.о. Нови Сад, кад се према тадашњој пројекцији рокова изградње очекивало да радови на изградњи гасовода „Јужни ток“ буду окончани до краја 2017. године, односно почетка 2018. године, што практично значи да је уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса закључен читаве четири године пре планираног завршетка радова на изградњи гасовода.

квалитет и континуитет у пружању, док је јавни субјект одговоран за контролу благовременог, квалитетног и континуираног пружања услуга крајњим корисницима.

Слично концесији, и код уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса власништво над објектом/постројењем/системом посредством кога се обавља делатност од општег интереса припада увек јавном субјекту јер се ради о објектима, постројењима односно системима који су у јавној својини и према прописима који уређују јавну својину, не могу прећи у приватно власништво. У случају пројеката, у којима је објекте/постројења/системе градио приватни субјект својим средствима, а њему само било поверено обављање делатности од општег интереса, приватни субјект задржава власништво над објектом/постројењем/системом.

Уговори о поверавању обављања делатности од општег интереса се најчешће закључују на период од 20 до 30 година.

И ову врсту уговора обележава ексклузивитет који је ограничен на конкретан пројекат, и у вези са њим повезане објекте/постројења/системе, и то само у односу на конкретне, уговором спецификоване, делатности од општег интереса које су у непосредној вези са предметом пројекта, и на одређено уговором ограничено време. Јавни субјект уговара одговарајуће контролне механизме који у случају повреда уговорних обавеза (укључујући и обавезу редовног извештавања, посебног начина вођења финансијских извештаја, посебних мера заштите животне средине у појединим индустријама, и слично) може довести до раскида уговора и поновног преузимања обављања одређених делатности од стране јавног субјекта.

Сви ризици комерцијалног управљања пројектом, односно објектом/постројењем/системом су на приватном субјекту, који је дужан да се стара о њиховом одржавању, унапређењу и оптималном техничком коришћењу.

Уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса обавезно уређује: (а) рад и пословање друштва капитала односно предузетника коме се поверава обављање делатности од општег интереса;²²² (б) права и обавезе у вези са коришћењем средстава у јавној својини за обављање делатности од општег интереса; (в) обавезе друштва капитала односно предузетника којима је поверено обављање делатности од општег интереса у погледу обезбеђивања услова за континуирано, уредно и квалитетно задовољавање потреба корисника производа, односно услуга;²²³ (г) међусобна права и обавезе у случају када нису обезбеђени економски и други услови за обављање делатности од општег интереса; (д) права и обавезе у случају поремећаја у пословању друштва капитала, односно предузетника;

²²² Кад је реч о јавним предузећима, односно друштвима капитала које оснива Република Србија, покрајина, односно јединица локалне самоуправе, ова питања се уређују оснивачким актом конкретног друштва.

²²³ У случају јавних предузећа, односно друштава капитала које оснива Република, покрајина, односно локална самоуправа ова питања су такође уређена оснивачким актом.

(ђ) друга права и обавезе који произлазе из прописа који уређују обављање делатности од општег интереса, (е) друга питања од значаја за остваривање и заштиту општег интереса.

Предности и недостаци уговора базираног на моделу поверавања обављања делатности од општег интереса су углавном слични предностима и недостацима уговора који почива на концесионом моделу.

8. Модел заједничког привредног друштва

Модел заједничког привредног друштва (енг. *joint venture*) представља модел сарадње јавног и приватног субјекта који подразумева њихов сувласнички однос у привредном друштву које обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса.²²⁴ У литератури се уобичајено среће констатација да модел заједничког привредног друштва представља корак на пола пута до потпуне приватизације привредног друштва које обавља делатност односно пружа услуге од општег интереса, или као „алтернатива приватизацији“.²²⁵

Модел заједничког привредног друштва представља модел институционалног односа јавног и приватног субјекта.

Заједничко привредно друштво може настати на два могућа начина:²²⁶ (а) заједничким оснивањем привредног друштва²²⁷ од стране јавног и приватног субјекта,²²⁸ што је у пракси најчешћи случај настанка заједничког привредног друштва,²²⁹ или (б) приступањем већ основаном друштву, кроз докапитализацију (друштву које је основао јавни субјект приступа приватни субјект, што је чешћи случај из ове подврсте, или обрнут случај када привредном друштву које је основао приватни субјект приступа јавни субјект).²³⁰

²²⁴ Центар за јавно-приватна партнерства, формиран унутар Светске банке, утврдио је основна обележја уговора јавног и приватног учесника у пројекту по моделу управљања. О основним елементима овог модела уговора вид. <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/joint-ventures-empresas-mixtas#overview> - 25.4.2015.

²²⁵ Вид. *Public-Private Partnership Handbook*, 41-42; П. Цветковић, С. Средојевић, 36-37.

²²⁶ Katrin Fischer, „ACT4PPP – A Transnational Initiative to Promote Public-Private Cooperation in Urban Development“, *European Public Private Partnership Law Review* 2/2010, 109.

²²⁷ Друштва капитала – друштва са ограниченом одговорношћу, односно акционарског друштва, односно његових адекватних форми у зависности од прописа конкретне државе.

²²⁸ Оснивању најчешће претходи закључење уговора којим се предвиђа обавеза оснивања заједничког привредног друштва, за чим следи закључивање уговора о оснивању заједничког привредног друштва.

²²⁹ Dawid Sześciło, „PPP in Poland: A Second Attempt to Create a Legislative Framework“, *European Public Private Partnership Law Review* 4/2009, 223-236.

²³⁰ Иако се овај модел формално-правно разликује од модела приватизације, он му је по ефектима веома близак. Уместо куповине удела/акција (карактеристичним за поступак приватизације), докапитализацијом се стиче власништво над друштвом, али се „ступа“ у већ постојеће друштво које има одређену историју, пословање, проблеме, ограничења, и др. Додатно, поједини закони, укључујући и домаћи ЗП, уређују моделе приватизације који су веома слични сарадњи јавног и приватног субјекта по моделу заједничког привредног друштва. Тако, ЗП у чл. 66 као модел приватизације одређује стратешко партнерство кроз институционални однос стратешког инвеститора (домаћег или страног правног лица) са субјектом приватизације, односно Републиком Србијом ради: (i) обезбеђивања финансирања, (ii) повећања продуктивности и запослености, (iii) обезбеђивања професионалне управе, (iv) стварања услова за производњу или пружање услуга крајњим корисницима, и (v) других разлога који ће омогућити обављање делатности. ЗП у чл. 67 уређује да се стратешко партнерство као модел приватизације спроводи: (i) заједничким улагањем путем оснивања новог привредног друштва, или (ii) докапитализацијом постојећег субјекта приватизације.

Заједничко привредно друштво се оснива и послује у циљу обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, а уговор којим се установљава обавеза оснивања заједничког привредног друштва,²³¹ односно уговор о оснивању заједничког привредног друштва,²³² најчешће прати један или више додатних уговора којима се уређује обављање делатности односно пружање услуга од општег интереса. Оснивачи заједничког привредног друштва најчешће су и сами лично заинтересовани да на различите начине допринесу обављању делатности, односно пружању услуга од општег интереса. У том смислу, они могу са заједничким привредним друштвом закључити уговоре о управљању, односно одржавању, а ако пројекат укључује изградњу новог или реконструкцију, односно оперативно-техничко унапређење већ постојећег објекта/постројења/система, уговори који се закључују обавезно укључују ангажман јавног и приватног субјекта у поступку пројектовања, изградње, али и финансирања. Једно од најважнијих питања у вези са реализацијом пројекта који укључује заједничко привредно друштво је питање његове корпоративне структуре и управљања о чему ће бити више речи касније у Глави IX.

Оснивање заједничког привредног друштва, по правилу, предвиђено је у пројектима у вези са изградњом, односно реконструкцијом објеката/постројења/система који имају стратешки или геостратешки значај (изградња енергетских објеката и постројења, аеродрома, лука, постројења за пречишћавање воде, и слично). Ово из разлога што јавни субјект жели да задржи како власничко, тако и управљачко учешће у привредном друштву²³³ које обавља неку од поменутих делатности од општег интереса за које јавни субјект (најчешће сама држава) има стратешки интерес, уз преузимање обавезе финансирања заједничког привредног друштва и сношења ризика пословања заједничког привредног друштва заједно са приватним субјектом.²³⁴

9. Модел приватизације

У правној и економској литератури уговори јавног и приватног субјекта веома често се доводе у везу, а неки од њих и изједначују, са приватизацијом, те отуда можемо говорити и о моделу приватизације као једном од могућих модела сарадње јавног и приватног субјекта.

²³¹ Koksal Kocaaga, „Joint Venture and its Legal Nature in Turkish Law“, *Bracton Law Journal* 1/2009, 151.

²³² S. Marenjak *et al.*, 598.

²³³ Dionis Jurić, „Statusno javno-privatno partnerstvo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Rijeci* 1/2011, 303.

²³⁴ Као пример оснивања заједничког привредног друштва могу да послуже домаће студије случаја и то Студија случаја 1 и Студија случаја 2, садржане у Прилогу бр. 1. У оба пројекта, јавни учесник у пројекту је био један од оснивача друштва са ограниченом одговорношћу у коме има 49% учешћа у капиталу, и пропорционална права у управљању, уз задржавање контроле у вези са свим важним пословним, стратешким и оперативним питањима. Оба пројекта односе се на енергетску област, а овакав приступ је заузет у циљу обезбеђивања енергетске стабилности, континуитета и сигурности у испорукама природног гаса и обезбеђивању одговарајућих резерви природног гаса.

Сам термин „приватизација“ има, међутим, веома различита значења у различитим државама и различитим системима.²³⁵ (а) у бившим социјалистичким државама у којима је преовладавао режим државне или друштвене својине, под приватизацијом се сматрао сваки вид промене власништва над државном, односно друштвеном својином, односно прелазак државне, односно друштвене својине у приватно власништво; (б) под приватизацијом се сматра и промена власништва не само над капиталом правног лица у већинској државној, односно друштвеној својини, већ и промена власништва над имовином која је до преноса припадала правном лицу у већинској државној или друштвеној својини;²³⁶ (в) у Сједињеним Америчким Државама (САД) под приватизацијом се уобичајено сматра поверавање обављања делатности од општег интереса правним лицима у приватном власништву, за шта се у другим јурисдикцијама, укључујући и домаћи систем, срећу посебни уговори; (г) у контексту функционисања финансијских тржишта, делистирање акционарског друштва са берзе се такође назива приватизацијом; (д) корпоратизација јавног предузећа у поједним изворима такође се назива приватизацијом, и, коначно (ђ) јавно-приватно партнерство које се сматра такође обликом приватизације будући да се заснива на уговору јавног и приватног субјекта, којим јавни субјект преноси, односно поверава део својих овлашћења приватном субјекту, који преузима обављање делатности, односно пружање услуга које је традиционално обављао јавни ентитет, а ослањајући се на следеће одређење приватизације – „*приватизација представља начин умањења улоге државе или увећања улоге приватних институција друштва у поступку задовољења општег интереса*“.²³⁷ Према истом извору, модели приватизације који се поистовећују са моделима сарадње јавног и приватног субјекта се даље могу разврстати на:²³⁸ (а) делегирање надлежности у обављању делатности од општег интереса (енг. *delegation*) – према ком моделу јавни субјект остаје одговоран према крајњим корисницима услуга и врши надзор над пружањем услуга односно обављањем делатности који су поверени приватном субјекту на основу: (i) уговора; (ii) у конкурентном поступку сарадње јавног и приватног субјекта; (iii) франшизе; (iv) јавно-приватног партнерства; (v) обезбеђивања финансијских средстава или посебног пореског третмана; (vi) преносом овлашћења на обављање делатности, односно пружање услуга на терет и трошак приватног субјекта; (б) пренос, односно располагање правом над добром

²³⁵ Вид. E. S. Savas, 1-2.

²³⁶ Овакав модел приватизације познаје и ЗП који у чл. 2, тач. 1 дефинише приватизацију као промену власништва над капиталом и имовином правних лица која послују друштвеним и јавним капиталом, а у одређење приватизације укључује и: (i) продају акција, односно удела који су пренети Агенцији за приватизацију после раскида уговора о продаји капитала закљученог између Агенције и купца; (ii) продају имовине у предузећима код којих је раскинут уговор о продаји капитала; и (iii) продају акција, односно удела Акционарског фонда, као и Фонда за развој Републике Србије и Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање, кад се продају заједно са акцијама, односно уделитема Акционарског фонда.

²³⁷ E. S. Savas, 2.

²³⁸ Emanuel S. Savas, *Privatization and Public-Private Partnerships*, New York, Seven Bridges Press, LLC, 2000, 125-137.

посредством кога се обавља делатност, односно пружају услуге од општег интереса (енг. *divestment*)²³⁹ – где се одговорност преноси на приватног субјекта на основу: (i) теретног преноса власништва над уделима/акцијама, односно преносом власништва над имовином – продаја;²⁴⁰ (ii) бестеретним преносом власништва над уделима/акцијама, односно имовином, и (iii) ликвидацијом; и (v) поступном заменом јавног субјекта приватним субјектом у областима и индустријама које су раније традиционално биле резервисане за јавни сектор (енг. *displacement*) до чега долази услед поступне дерегулације, либерализације тржишта, лошег квалитета услуга које пружа јавни сектор, а које компензује приватни сектор кроз професионалну управу и унапређење технологије.

Имајући у виду горе наведене могуће под-моделе или модусе приватизације, тешко је говорити о посебном моделу уговора будући да исти може да преслика или да комбинује елементе већ описаних модела уговора јавног и приватног субјекта. Међутим, ако би се разматрање приватизације довело на линију онога што се у домаћим оквирима сматра приватизацијом, тада бисмо о приватизацији могли да говоримо као о начину и/или инструменту промене власника над капиталом или имовином правног лица, односно привредног друштва које је у претежном или искључивом државном власништву.²⁴¹ Привредна друштва која обављају делатност од општег интереса су традиционално била у државном власништву, а тренд обезбеђивања континуитета искључивог државног власништва у друштвима која обављају делатност од општег интереса приметан је и у државама у којима је изузетно јака приватна инцијатива и тржишна економија. Овакав континуитет се објашњавао политиком државног интервенционизма у одређеним привредним делатностима, али и политиком одржавања социјалног мира.

Приватизацији привредних друштава која обављају делатност од општег интереса прибегава се најчешће из разлога: (a) обнављања, односно реконструкције дотрајале инфраструктуре која захтева значајна улагања која се не могу финансирати из буџета; (б) унапређења технологија; (в) едукације кадра; (г) оптимизације броја запослених; (д) професионалне управе, и др.

Сарадња јавног и приватног субјекта по моделу приватизације представља модел институционалног односа јавног и приватног субјекта.

Уговори о приватизацији се закључују на период од неколико година, најчешће три до пет година, колико траје инвестициона обавеза. Међутим, и код ове врсте уговора, дужину трајања уговора о приватизацији не треба изједначавати са дужином трајања односа јавног и приватног субјекта. Приватни субјект је због вредности инвестиције заинтересован за

²³⁹ *EU Commission Guidelines for Successful Private-Public Partnerships*, March 2003, 25-26.

²⁴⁰ Cento Veljanovsky, *Selling the State: Privatization in Britain*, London, Weidenfeld and Nicolson 1987, 237-258.

²⁴¹ Cesare Amiconi, „Enti pubblici e privatizzazione“, *DeJure, Archivio selezionato: Dottrina, Foro amm.* 1999, 7-8, 1652, 2.

дугорочну сарадњу, једнако као и јавни субјект који, након приватизације остаје члан/акционар друштва, са одређеним процентом учешћа у капиталу, и жели да задржи право доношења одлука у важним питањима која се односе на обављање конкретне делатности од општег интереса.

У уговору јавног и приватног субјекта по моделу приватизације не може се говорити о посебном третману имовине која је настала као производ реализације пројекта односно извршења уговора, на начин како се ово питање разматра код других модела ових уговора. Овакво ограничење код овог модела уговора условљено је природом односа јавног и приватног субјекта. Код модела приватизације однос јавног и приватног субјекта се одражава кроз власништво у капиталу привредног друштва које обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса. Привредно друштво које обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса већ постоји, обавља делатност, поседује своју имовину, али жели да унапреди своје пословање, обнови опрему, постројења, производне погоне, уведе нову технологију, односно модернизује оперативне процесе, и уопште подигне и унапреди свој ниво пословања, своју продуктивност и своју позицију на тржишту, као и да уведе професионалну управу. Имовина која је постојала пре приватизације, односно пре ступања приватног субјекта у власништво над друштвом, представља имовину друштва, а не имовину чланова/акционара друштва. Стицањем власништва у привредном друштву које обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса, приватни субјект је стекао, уз јавног субјекта, као дотадашњег јединог члана/акционара друштва, власништво над капиталом које му даје одређена права – право гласа, право управљања и имовинска права (право на учешће у добити друштва и слично). Такође, имовину коју друштво стекне након промене власништва над капиталом, најчешће кроз обавезне инвестиције (улагања у производњу, опрему, технологију и слично) које је приватни учесник у пројекту дужан да изврши према друштву, такође не представља имовину чланова/акционара друштва, већ одвојену, односно посебну имовину привредног друштва које обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса, и која се ставља у функцију обављања делатности, односно пружања услуга на вишем нивоу и бољег квалитета.

Пројекат се код овог модела уговора сматра реализованим, односно уговор извршеним, након кумулативног испуњења инвестиционих обавеза приватног субјекта према друштву, и реализације социјалног програма, који такође представља обавезну одредбу уговора јавног и приватног субјекта. Спровођењем инвестиција повећава се имовина, односно увећава се вредност имовине друштва, а имовина све време трајања пројекта, односно током спровођења уговора не мења титулара.

Оно што представља спецификум уговора јавног и приватног субјекта, а односи се на имовину, је одредба која се, по правилу, не среће ни у једном другом моделу уговора јавног

и приватног субјекта, којом се установљава обавеза да током извршења уговора не дође до смањења вредности имовине изнад одређеног, најчешће веома ниско постављеног, процента, нити да друштво на било који начин располаже имовином у постављеном проценту (укључујући и установљавање било каквих ограничења права својине – хипотеке, залоге, закупи и слично), без сагласности надлежног државног органа који прати реализацију уговора, чиме се остварује захтев из критеријума „вредности за новац“ за који је јавни субјект посебно заинтересован.

За разлику од других модела сарадње јавног и приватног субјекта, модел приватизације води трајнијој сарадњи јавног и приватног субјекта, која није ограничена на трајање самог пројекта – односно на период инвестирања, већ на значајно дуже време, што се такође може објаснити установљавањем власничког односа над друштвом које није друштво посебне намене, основано једино и искључиво у циљу реализације конкретног пројекта, већ је реч о већ постојећем друштву, регистрованом за обављање конкретне делатности од општег интереса, са развијеном производњом, мрежом клијената, мрежом дистрибуције и препознатљивом улогом на тржишту обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса.

У случају приватизације, највећи део ризика пројекта сноси приватни субјект јер на њему лежи обавеза улагања, а њему се, такође, најчешће препушта професионална управа над друштвом, уз одговарајуће контролне механизме јавног субјекта. Улога јавног субјекта је да са своје стране потпомогне развој субјекта приватизације, да подржава и ни у чему не спречава приватног субјекта у извршењу његових уговорних обавеза, уз нужност обезбеђивања заштите општег и/или јавног интереса.

Приватизација има бројне предности за све учеснике у уговорном односу – за јавног субјекта, приватног субјекта и крајње кориснике услуга од општег интереса.

Предности приватизације у односу на јавног субјекта се огледају у: (а) изградњи новог постројења/објекта/система односно унапређењу постојећег и увећању његове вредности; (б) потпуном пребацивању трошка инвестиција на приватног субјекта; (в) увођењу нових технологија; (г) увођењу одговарајуће дисциплине у вези са наплаћивањем услуга које се пружају, чиме се увећавају и буџетски приходи; (д) рационализацији трошкова, чиме се такође дугорочно обезбеђују буџетски приходи, и др.

Предности приватизације у односу на приватног субјекта су садржане у: (а) омогућавању уласка на одређено тржиште које значајно увећава прилике за добијање нових послова у држави у којој се пројекат реализује, и (б) могућности увећања прихода и развијању даље пословне стратегије у одређеној регији, које може да буде платформа за даљу пословну експанзију на суседна тржишта и суседне државе.

Предности приватизације у односу на крајње кориснике се састоје у: (а) обезбеђивању бољег квалитета услуге; (б) повећању ефикасности у прибављању услуге под економски повољнијим условима; (в) подстицају даљем развоју области односно региона у којој се пројекат реализује, што може да утиче на пораст инвестиција у конкретној области и подизање општег квалитета живота.

С друге стране, основни недостаци приватизације огледају се у: (а) губљењу контроле над обављањем делатности од општег интереса, што може да има значајније политичке, стратешке, геополитичке и економске последице²⁴²; (б) ризику девастирања субјекта приватизације, што су била честа искуства у земљама у транзицији, што има далекосежне последице када је реч о делатностима од општег интереса, и др.

10. Неименовани уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта

Горе описани модели сарадње јавног и приватног субјекта представљају основне моделе по којима се остварује сарадња јавног и приватног субјекта у обављању делатности од општег интереса. Искрпности овог приказа ради, у наставку су дата обележја појединих под-модела сарадње јавног и приватног субјекта из искустава одређених земаља у којима постоји богата пракса закључивања и реализације уговора о сарадњи између јавног и приватног сектора²⁴³.

10.1. Модел уговорног односа који се заснива на аквизицији односно откупу изграђеног објекта односно постројења од стране државе

Модел уговорног односа који се заснива на аквизицији, односно откупу изграђеног објекта односно постројења (енг. *acquisition model*) представља најчешће уговор о изградњи новог објекта/постројења по систему „кључ у руке“, који након истека века трајања конкретног пројекта аутоматски прелази у власништво јавног субјекта. Приватни субјект се, по овом моделу сарадње, уговорно обавезује на пројектовање и изградњу одређеног објекта и на његово управљање и одржавање. Током века трајања пројекта – најчешће 20 до 30 година – изграђени објекат односно постројење у власништву је приватног субјекта, који се

²⁴² На пример у случају доношења одлуке да се производи и услуге искључиво продају у иностранству, чиме целокупна инвестиција губи смисао са становишта јавног субјекта, што се може предупредити одговарајућим одредбама уговора о приватизацији и будућој сарадњи након реализације инвестиционог програма. Међународне економске санкције које се изричу држави чију националну припадност има приватни субјект, могу се одразити на пласман производа/услуга од општег интереса на друга тржишта и општи пад прихода, што последично може значајно може да се одрази и на буџетске приходе, и др.

²⁴³ Вид. Friedrich Ludwig Hausmann, chapter „Germany“, *A Practical Guide to PPP in Europe* (Hrsg. Maurice Button), City & Financial Publishing, UK 2008², 148-150.

о објекту односно постројењу стара са циљем да одржи његову вредност. У периоду док користи објекат, односно постројење, приватни субјект остварује право на накнаду која у себи укључује инвестиционе трошкове, трошкове управљања и одржавања, и трошкове везане за сношење ризика везаних за пројекат. Након протеча века трајања пројекта, објекат, односно постројење се аутоматски преноси на јавног субјекта.

И овај модел у себи носи елемент ексклузивности и заснован је на релативној конкурентности посебно у првој фази – фази одабира приватног субјекта.

У односу на приватног субјекта овај модел је повезан са значајним ризицима будући да приватни субјект обезбеђује средства за финансирање изградње објекта/постројења, припрема пројекат, изводи радове на изградњи објекта/постројења, и управља и одржава објекат, те су, отуда, и сви ризици реализације пројекта на њему. С друге стране, како у овом моделу сарадње јавног и приватног субјекта нема разграничења у субјекту задуженом за финансирање и за извођење изградње, управљање и одржавање, већ се све ове дужности обједињују у једном приватном субјекту, успех оваквог пројекта огледа се у пажљивом планирању и ефикасном и економичном спровођењу пројекта.

С друге стране, овакав модел уговора је пожељан за јавног субјекта који не сноси никакве ризике финансирања и изградње објекта односно постројења и који након истека века трајања пројекта добија у својину објекат/постројење.

10.2. Модел уговорног односа који се заснива на закупу или под-варијанти продаје и издавања у закуп

Модел уговорног односа који се заснива на закупу или под-варијанти продаје и издавања у закуп (енг. *sale-and-lease-back deals*), по многим својим карактеристикама је сличан горе описаном моделу уговорног односа који се заснива на аквизицији односно откупу изграђеног објекта односно постројења, с тим што се, за разлику од поменутог модела, овај модел огледа у томе што објекат/постројење након истека века трајања пројекта не прелазе аутоматски на јавног субјекта.

Јавни субјект има право да одабере да ли жели да стекне власништво над објектом/постројењем или жели да продужи његов закуп. У случају да се јавни субјект одлучи да купи објекат/постројење, купопродајна цена коју плаћа означава обрачунату преосталу вредност објекта/постројења на дан закључења уговора о купопродаји.

Током фазе управљања објектом/постројењем, приватни субјект добија од јавног субјекта месечну или годишњу накнаду, која обавезно укључује трошак управљања и одржавања објекта/постројења и садржи и одговарајућу маргину профита. За разлику од

модела аквизиције, плаћање које врши јавни субјект најчешће не покрива у целисти инвестиционе трошкове приватног субјекта.

10.3. Модел уговорног односа који се заснива на дугорочном закупу

Модел уговора који се заснива на дугорочном закупу (енг. *renting model*) веома је сличан горе описаном моделу закупа као облика сарадње јавног и приватног субјекта.

11. Британски модел уговора о приватној финансијској иницијативи

Британски модел уговора о приватној финансијској иницијативи (енг. *private finance initiative/PFI*) се посебно приказује будући да он представља именовани уговор који је увела конзервативна Влада Велике Британије 1992. године, а који је у међувремену добио стандардизовану форму и извршио огроман утицај на структурисање уговора јавног и приватног субјекта и у другим законодавствима која не уређују експлицитно овај модел сарадње.

Модел приватне финансијске иницијативе представља најчешће дугорочни уговорни аранжман јавног и приватног субјекта који уобичајено траје око 25 до 30 година, иако се у пракси ређе могу срести и уговори краћег трајања.

Основни разлог закључења овог уговора је прибављање слободних финансијских средстава која најчешће обезбеђује конзорцијум, састављен од неколико приватних инвеститора (који уобичајено окупља приватну компанију која ће бити непосредно укључена у извођењу радова на изградњи објекта, постројења, односно система, компанију која ће након окончања фазе изградње објекта, постројења, односно система пружати услуге управљања и одржавања истих) и финансијске институције – банке, које обезбеђује финансирање пројекта давањем кредита.

Приватни субјект има увек следеће обавезе: (а) обезбеђивање финансирања пројекта; (б) изградњу новог објекта/постројења/система, и (в) одржавање објекта/постројења/система током века трајања пројекта.

Оно што представља специфичност ових уговора је то што приватни учесник субјект, након изградње објекта/постројења/система не обавља делатност нити пружа услуге од општег интереса посредством изграђеног објекта/постројења/система, већ пружа услуге управљања и одржавања (енг. *building service*) изграђеног објекта/постројења/система, или обавља веома ограничен обим других услуга, за шта му јавни субјект исплаћује накнаду, док јавни субјект наставља са обављањем делатности, односно пружањем услуга од општег интереса, које традиционално припадају јавном сектору. За потребе обављања услуга

управљања и одржавања објекта/постројења/система, приватни субјект најчешће ангажује један број лица раније запослених код јавног субјекта. Овај модел уговора се обавезно заснива на пројектном финансирању (енг. *project finance*).

Код сарадње јавног и приватног субјекта по моделу приватне финансијске иницијативе обавезно долази до оснивања друштва посебне намене (енг. *special purpose vehicle*), које закључује уговор са јавним субјектом. Међутим, корпоративна структура код овог модела је унеколико сложенија него код горе описаних модела сарадње. Друштво посебне намене које са јавним субјектом закључује уговор представља холдинг друштво, које оснива два посебна правна лица од којих ће се једно бавити изградњом објекта/постројења/система (енг. *capital company*), а друго ће се бавити пружањем услуга управљања и одржавања објекта/постројења/система (енг. *operating company*), и са њима закључује уговоре о сарадњи, а ова друштва као своје подизвођаче даље ангажују друга привредна друштва чији су оснивачи исти приватни инвеститори који су основали друштво посебне намене.

Власништво над објектом/постројењем/системом током трајања пројекта припада приватном субјекту, а након истека века трајања пројекта најчешће прелази на јавног субјекта.

Уговори приватно финансијске иницијативе су у Великој Британији нашироко заживели у поступцима изградње нових објеката/постројења/ система и то најчешће у вези са изградњом болница, затвора, објеката и постројења за прераду отпада или изградње канализационих мрежа.

Приказ модела сарадње јавног и приватног субјекта садржан је у Прилогу бр. 2 под називом „Модел сарадње јавног и приватног субјекта“.

Глава V

УГОВОРНЕ СТРАНЕ

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта представљају, као што је то горе већ речено, двострано-теретне уговоре које ради остваривања међусобне сарадње и реализације заједничког пројекта, закључују јавни и приватни субјект. У зависности од правног основа из кога проистиче и на који се ослања конкретан уговор, у зависности од врсте и природе пројекта, као и природе општег интереса у сврху чијег испуњења се закључује конкретан уговор, у овом вишеслојном и веома сложеном²⁴⁴ правно-економском односу на страни јавног и приватног учесника у пројекту могу се јавити различити субјекти.

1. Јавни субјект

Јавни субјект може да има различите облике²⁴⁵. У зависности од природе пројекта и врсте општег интереса у сврху чијег испуњења се закључује уговор, у улози јавног субјекта се могу појавити²⁴⁶: (а) држава коју репрезентује колективни орган извршне власти – Влада, односно у име Владе одговарајуће ресорно министарство које стоји иза давања предлога за закључење одређеног уговора и које је од стране Владе овлашћено за закључење уговора са приватним субјектом; (б) територијално-аутономне организационе јединице – аутономне покрајине, које имају својство правног лица, које репрезентује Влада аутономне покрајине односно, у име Владе, одговарајући стручни орган, односно тело које стоји иза предлога за закључивање одређеног уговора; (в) јединице локалне самоуправе, које такође имају својство правног лица, које репрезентује скупштина јединице локалне самоуправе; (г) организације, установе и други директни или индиректни корисници буџетских средстава, као и организације за обавезно социјално осигурање, (д) јавно предузеће, и (ђ) друга правна лица основана од стране јавног тела која обављају делатност од општег интереса и која су такође под непосредном или посредном контролом јавног тела.

²⁴⁴ Jurong Zheng, Jens K. Roehrich, Michael A. Lewis, „The dynamics of contractual and relational governance: Evidence from long-term public private procurement arrangements“, *Journal of Purchasing and Supply Management* 1/2008, 9.

²⁴⁵ С. Г. Средојевић, 29; J. Evans, D. Bowman, 68

²⁴⁶ ЗЛПЗК у чл. 4, тач. 7 као јавна тела одређује: (а) државни орган, организацију, установу и другог директног или индиректног корисника буџетских средстава, у смислу закона којим се уређује буџетски систем и буџет, као и организацију за обавезно социјално осигурање; (б) јавно предузеће, (в) правно лице које обавља делатност од општег интереса, уколико су испуњени услови прописани предметним законом, и то: (i) да више од половине чланова органа управљања тог лица чине представници јавног тела, (ii) да више од половине гласова у органу тог правног лица имају представници јавног тела, (iii) да јавно тело врши надзор над радом тог правног лица, (iv) да јавно тело поседује више од 50% акција, односно удела у том правном лицу, (v) да се више од 50% финансира из средстава јавног тела, (г) правно лице основано од јавног тела, а које обавља делатност од општег интереса и које испуњава најмање један од горе поменутих услова.

Који ће се јавни субјект појавити у својству уговорне стране²⁴⁷ и носиоца пројекта зависи од неколико битних фактора, као што су: (а) шира стратегија из које се пројекат изводи, односно на основу које се реализује (усвојена национална стратегија у одређеној области, појединачни акт јавног тела заснован на политичком или економском договору, и др.), (б) правни основ закључења уговора јавног и приватног субјекта (међународни уговор, закон или неки други основ), (в) особености конкретног пројекта и шири друштвени значај за реализацију пројекта.

У планирању свог економског развоја и повећања социјалног благостања, државе воде друштвено одговорну политику, која се заснива на планирању стратегије развоја која може бити генерална, заснована на националној стратегији развоја, а може да буде и секторска, заснована на стратегијама развоја одређених привредних и индустријских грана, које су повезане са обављањем делатности од општег интереса, у смислу који им придају прописи конкретне државе.²⁴⁸ На основу стратегија које предлаже Влада а које усваја Народна скупштина, као и на основу закона који ближе уређује одређену област иницирају се и спроводе пројекти који повезују и удружују јавне и приватне субјекте.

Осим овог, планираног и пројектованог начина унапређења обављања делатности од општег интереса, у коме се на основу неколико аката различите правне снаге који се један на другог ослањају (устав, закон и национална стратегија) обезбеђује правни и економски оквир за планирање пројекта који су замишљени да допринесу задовољењу општег интереса, постоји и другачији пут и начин иницирања и започињања сарадње јавног и приватног субјекта, који је утемељен на закону и другим актима ниже правне снаге, а суштински је заснован на политичким и економским договорима постигнутим на различитим нивоима, који представљају основу сарадње на реализацији конкретног пројекта. Важно је нагласити да се и ови други пројекти иницирају на основу препознате потребе за обезбеђивањем услова за обављање делатности од општег интереса, али је некада прави разлог за иницирање одређених пројекта друге природе – на пример, оживљавање индустријске производње у одређеној области у којој се готово читава регија радно ангажује кроз кооперантске послове или на други начин, запошљавање значајнијег броја запослених,

²⁴⁷ Ch. Skelcher, 351-355.

²⁴⁸ У домаћим условима, у последњој деценији донето је неколико националних стратегија које су биле секторски оријентисане, а које су, непосредно или посредно, биле повезане са обављањем делатности од општег интереса, као, на пример: Стратегија развоја енергетике Републике Србије до 2025. године са пројекцијом до 2030. године, Стратегија развоја у Србији до 2020. године, Стратегија управљања минералним ресурсима Републике Србије до 2030. године, Стратегија и политика развоја индустрије у Републици Србији за период од 2011. до 2020. године, Стратегија безбедности и здравља на раду у Републици Србији за период од 2013. до 2017. године, итд. За више детаља о стратегијама Владе Републике Србије вид. http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678 – 25.4.2015.

посебно у областима у којима су бројне људске судбине повезане са обављањем делатности у одређеној индустрији, куповина социјалног мира, и др.²⁴⁹

Пројекти који се реализују на основу националне стратегије заснивају се на пројектованом планираном развоју државе у предстојећем периоду, за који се благовремено планирају буџетска средства и континуирано прати тренд раста потребе за одређеном делатношћу од општег интереса, и врше неопходна испитивања подстицајних и ограничавајућих фактора за реализацију оваквих пројеката, што гарантује да су полазне основе за планирање пројекта тачне, а економско-финансијски инпут и пројекције развоја потребе за одређеном врстом производа или услуге од општег интереса засновани су на озбиљним студијама и анализама. С друге стране, пројекти који не проистичу из стратегије развоја, већ, чини се, више, из оправданих, нужних, али на неки начин *ad hoc* одлука извршне власти, носе потенцијални ризик недовољне оправданости или барем недовољне испитаности односа вредности у односу на уложени новац (енг. *Value for Money /VfM* критеријум), о чему ће касније бити речи, што носи и потенцијалну опасност за успешну реализацију таквих пројекта.

Правни основ закључења уговора јавног и приватног субјекта такође може да буде различит – међународни уговор, закон или неки други правни основ, што на одређени начин додатно опредељује и то ко ће се, испред јавног сектора, појавити у улози уговорне стране у будућем уговору јавног и приватног субјекта. Међудржавни уговор, како му и сам назив каже, представља уговор две државе којим се уређује њихова међусобна сарадња у одређеној области. И сами међудржавни споразуми по својој природи могу да буду различити – они који на генералан начин уређују будућу сарадњу две државе у различитим областима, без прецизирања конкретних пројеката који ће се реализовати на основу тих

²⁴⁹ У домаћим условима, неколико пројеката који су реализовани последњих година, а који су имали сва обележја уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, били су засновани, пре свега, на економским и политичким основама, потреби да се одређене регије у Републици Србије одрже живим, и да се хиљаде људи који су радили у одређеној индустрији и једнако толики број људи које су запослени издржавали, радно ангажује. Ови пројекти директно су се односили на оживљавање производње у аутомобилској индустрији у Крагујевцу (пројекат започет 2008. године, који се још увек успешно реализује, који би одговарао моделу институционалног јавно-приватног партнерства у поимању ЗППК који је донет три године касније, који није посебно приказан у домаћим студијама случаја, али чија су обележја такође коришћена у изради дисертације), односно пројекат налажења стратешког партнера, такође, по моделу институционалног јавно-приватног партнерства, који је неколико пута покушан у вези са оживљавањем производње у индустрији челика у Смедереву. У првопоменутом пројекту, за потребе обезбеђивања законског основа за његову реализацију, након постизања договора са приватним учесником у пројекту, паралелно са започињањем преговора о уговору који је подразумевао оснивање заједничког привредног друштва које би реализовало предметни уговор, усвојене су измене и допуне неколико прописа који су дали правни основ за реализацију овог пројекта, будући да у време његовог започињања није постојао системски закон који је уређивао овакве моделе сарадње јавног и приватног субјекта, а ни делатност о којој је у конкретном случају реч нема, по својој природи, обележја делатности од општег интереса, те је било неопходно да се одређеном законодавном активношћу обезбеде претходни услови, који би обезбедили законитост овог правног посла, како у материјалном, тако и у процедуралном смислу. У другом пројекту, Влада Републике Србије је покушала да пројекат спроведе по моделу приватизације, али услед прилика на међународном тржишту, овакав модел сарадње није заживео, те се приступило разматрању другог модела сарадње јавног и приватног субјекта, преваходно разматрању модела управљања.

споразума,²⁵⁰ па чак и без навођења индустрије у којој ће се овакви споразуми реализовати, а постоје и међудржавни уговори који уређују индустрију у којој ће се сарадња остваривати,²⁵¹ па чак и пројекте који ће бити реализовани кроз закључени међудржавни уговор, као и субјекте који ће бити непосредно укључени у реализацију конкретног пројекта.²⁵²

У случају међудржавног уговора као правног основа за сарадњу, приметна је још једна важна специфичност – јавни субјект који се појављује као уговорна страна у међудржавном уговору не мора нужно да буде, а најчешће и није, носилац пројекта као јавно тело, што је и логично и правно основано будући да држава, као потписник уговора исти не извршава непосредно већ именује, било у самом међудржавном споразуму, било у одвојеном акту, јавног субјекта који ће непосредно учествовати у реализацији пројекта, а у оним пројектима у којима је предвиђено оснивање заједничког привредног друштва са приватним субјектом, оснива уговором предвиђено заједничко привредно друштво, непосредно или посредством привредног друштва у њеном власништву.

²⁵⁰ Вид. детаљније Закон о потврђивању Споразума о сарадњи између Владе Републике Србије и Владе Уједињених Арапских Емирата, *Службени гласник РС*, бр. 3/2013, којим је уређена сарадња у следећим областима: индустрије, привреде, пољопривреде, улагања, царина и пореза, финансија и банкарства, транспорта, логистике и одговарајуће инфраструктуре (некретнина/непокретне имовине/капацитета), безбедносне сарадње, војне сарадње, сарадње у области правосуђа, медија и информисања, области комуникација, културне сарадње, сарадње у области образовања, здравства, животне средине, енергетике, техничке и технолошке сарадње, спорта, и др. Предметни закон прописује да ће се сви инвестициони аранжмани и аранжмани међусобне сарадње спроводити у складу са правилима и условима договореним од стране уговорних страна из предметног споразума, или сваке стране и приватног сектора, што ће бити регулисано посебним споразумима/уговорима (купопродаја, дугорочни закуп, концесије по БОТ пословима /енг. *built-operate-transfer*/, продаја капитала и/или имовине у постојећим компанијама, пословна сарадња, итд.), а да споразуми, уговори, програми и пројекти закључени у складу са овим споразумом не подлежу јавним набавкама, јавним тендерима, јавним надметањима или другом поступку прописаним законима Републике Србије.

²⁵¹ Погледати детаљније Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Руске Федерације о сарадњи у изградњи гасовода на територији Савезне Републике Југославије, *Службени лист СРЈ*, бр. 4/1996, који предвиђа оснивање у Републици Србији акционарског друштва од стране Руског акционарског друштва „Газпром“ и југословенских предузећа које одреди југословенска страна, у циљу пројектовања, изградње и финансирања радова, експлоатације поменутих гасовода и продаје природног гаса који се транспортује тим гасоводима потрошачима у Савезној Републици Југославији и евентуалног транзита природног гаса преко територије Савезне Републике Србије. У циљу реализације овог међудржавног споразума основано је Предузеће за изградњу гасоводних система, транспорт и промет природног гаса „Yugorosgaz“ а.д. Београд, чији су оснивачи руски „Газпром“ и јавно предузеће „Србијагас“ уз учешће у капиталу њиховог повезаног друштва основаног и регистрованог у другој држави.

²⁵² Вид. детаљније Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Руске Федерације о сарадњи у области нафтне и гасне привреде, *Службени гласник РС*, бр. 83/2008, којим је постигнута сагласност уговорних страна у вези са пројектовањем, изградњом и коришћењем објеката у оквиру реализације следећих пројеката: (а) магистралног гасоводног система у изградњи из Руске Федерације кроз Црно море и на територији трећих земаља и Републике Србије за транзит и испоруке природног гаса у друге земље Европе – изградња на територији Републике Србије деонице гасоводног система; (б) изградња подземног складишта гаса на месту исцрпљеног гасног поља „Банатски Двор“, које се налази 60 км североисточно од Новог Сада; и (в) реконструкција и модернизација технолошког комплекса који припада Акционарском друштву „Нафтна индустрија Србије“. У циљу реализације пројекта гасовода и подземног складишта гаса, уговорне стране пружају помоћ у оснивању заједничких привредних друштава, при чему су учесници у пројекту са руске стране Отворено акционарско друштво „Газпром“ или његова афилирана лица (компаније-кћерке) које оно одреди, а са стране Републике Србије пројекте изводи Јавно предузеће „Србијагас“.

Међутим, управо у овим пројектима, без обзира на то што држава није непосредни учесник у пројекту, приватни субјект из саме чињенице да је држава потписник међудржавног уговора изводи одговорност и саме државе за реализацију пројекта. У пракси то покушава да оствари на различите начине, као, на пример, захтевањем гаранција државе за извршење обавеза другог јавног субјекта кога је држава именовала као непосредног јавног учесника у пројекту, уговорном забраном промене контроле над јавним учесником у пројекту кога је именовала држава (ово се посебно односи на случај када је за непосредног учесника у пројекту на страни јавног дела, држава одредила конкретно јавно предузеће које обавља делатност у одређеној индустрији у којој се пројекат реализује), односно било каквом променом организације јавног учесника у пројекту – забраном статусних промена, промене правне форме и слично,²⁵³ а забрана може да иде и у правцу забране промене претежне делатности, пословног имена и др.

Оваква врста захтева иде у прилог додатног одређења ових уговора као уговора са веома посебним обележјем *intuitu personae*, у којима се предметно обележје не односи само на постојање одређених особености на страни субјекта у тренутку закључења уговора, већ на континуираном инсистирању да исте остану непромењене током читавог века трајања пројекта, а не везује се само и искључиво за субјективитет јавног учесника у пројекту, односно за његова лична обележја нити само за однос поверења,²⁵⁴ већ, пре свега, за имовинскоправни аспект који може да се одрази на могућност реализације пројекта, односно извршења уговора.

Пројекат сарадње јавног и приватног субјекта може, такође, да се остварује и кроз непосредну активност државе. Поједини пројекти подразумевају докапитализацију друштва које је у искључивом власништву државе, а основано је за потребе реализације конкретног пројекта, у коме ће држава и приватни субјект надаље остваривати сарадњу у вези са даљом реализацијом пројекта.²⁵⁵

²⁵³ Статусним променама, посебно статусном променом поделе може доћи и до промене у имовини, која је праћена преносом пропорционалног дела обавеза, али се оваквом променом суштински мења „способност“ одређеног субјекта да одговори својим обавезама, и то тако што се иста најчешће умањује, што није прихватљиво нити приватном субјекту, нити финансијерима пројекта. Овакве одредбе део су стандардних одредаба уговора финансијских институција које обезбеђују финансирање, а биле су део захтева у домаћој Студији случаја 2 приказаној у Прилогу бр. 1.

²⁵⁴ Kit Van Gestel, Joris Voets, Koen Verhoest, „It takes two to tango: The interplay between trust and control in PPPs“, paper presented at IRSPM XIV 2010 – 7-9 April 2010, Universität Bern, Switzerland, 10-14, доступно на: http://steunpuntbov.be/rapport/VanGestelVoetsVerhoest_2010_IRSPM.pdf - 25.4.2015.

²⁵⁵ Као један од примера оваквог пројекта може се навести пројекат у коме је Република Србија, ради учешћа у пројекту који се односио на модернизацију железничког система, основала пројектно друштво у 100% државном власништву, а потом у тендерском поступку покушала да нађе приватног партнера са којим би ушла у стратешко партнерство у циљу реализације конкретног пројекта. Пројекат је био инициран 2010. године, а имао је и регионални значај, будући да је једним делом требало да се реализује и на територији једне од бивших југословенских република, сада посебне државе, са излазом на море. У тренутку иницирања предметног пројекта Република Србија није имала посебан закон који би представљао правни основ за отпочињање предметног пројекта, какав има данас – ЗЈППК, те је пројекат био започет на основу одлуке Владе Републике Србије о оснивању друштва посебне намене за потребе учествовања у регионалном пројекту, која је садржала и основ за докапитализацију предметног привредног друштва

Правни основ на коме се заснива сарадња јавног и приватног субјекта (међудржавни уговор, закон, посебна одлука Владе и слично) суштински утиче на то који јавни субјект ће учествовати у реализацији пројекта, а околност који тачно јавни субјект учествује у пројекту може да се одрази финално и на успех конкретног пројекта.²⁵⁶ У погледу одређења ко ће то конкретно бити учесник у реализацији пројекта са стране јавног сектора, није могуће дати генерално одређење, имајући у виду критеријум индустрије, критеријум вредности пројекта или критеријум значаја и домашаја општег интереса чијем задовољењу пројекат треба да служи, будући да то у свему, па и у овом питању, зависи од специфичности конкретног пројекта који условљава даље све битне елементе сарадње јавног и приватног субјекта, али у великој мери зависи и од тренутка у коме се пројекат реализује, те с тим у вези, зависи и од институционалних, финансијских, буџетских и других ограничења на страни јавног субјекта.

Правни основ из кога се изводи уговор јавног и приватног субјекта одређује још један битан аспект започињања њихове сарадње – начин одабира приватног субјекта. Пројекти који се реализују на основу међудржавних уговора спроводе се на основу самог међудржавног уговора и то између субјеката који су одређени самим међудржавним уговором, односно које ће потписници међудржавног уговора одредити, уз прећутну или експлицитну сагласност друге уговорне стране. Другим речима, одабир приватног субјекта који ће учествовати у реализацији пројекта врши се на основу самог међудржавног уговора, који представља акт јаче правне снаге у односу на друге законе, дакле, без спровођења јавног поступка одабира инвеститора. Поједини међудржавни уговори експлицитно искључују примену закона који уређује јавне набавке, а ако то и не чине, јасно је да навођење конкретних учесника у пројекту у име уговорних страна у самом међународном уговору, представља имплицитно искључење примене закона који уређује јавне набавке.

Основно питање које међународни уговор као основ реализације пројекта намеће је да ли овакав облик сарадње јавног и приватног субјекта дерогира основни принцип на коме почивају овакви уговори – принцип равноправног третмана свих приватних инвеститора, односно принцип конкурентности, будући да овакви пројекти унапред одређују ко ће бити учесници у реализацији пројекта. Иако спровођење ових пројеката на први поглед делује као кршење основних принципа на којима почива сарадња јавног и приватног субјекта, постоји нешто што надвладава значај ових принципа закључења уговора – општи интерес као

улагањем новчаног и неновчаног капитала (*know-how*). Пројекат, нажалост, није успео и заједничко привредно друштво је ликвидирано током 2011. године.

²⁵⁶ Досадашња пракса реализације пројеката сарадње јавног и приватног субјекта показала је највећи степен успешности у пројектима у којима је држава била или непосредно уговорна страна, или у којима је била посредно укључена, одређењем јавног субјекта који је учествовао у реализацији пројекта, и то највећим делом у оним пројектима који се реализују на основу међународних уговора.

врховни интерес којим се уговорне стране воде и који представља видљиву каузу уговора, али и околност да поједини пројекти носе у себи квалификатив не само пројеката од општег интереса, већ и пројеката од националног и стратешког интереса, у којима су обележја субјекта са којим се пројекат реализује (са додатним акцентом на *intuitu personae* обележје које проистиче из националног односно стратешког обележја пројекта) одлучујућа обележја која опредељује одабир баш конкретног учесника у пројекту, а не неког другог, који би евентуално био одабран у јавном поступку. За јавног субјекта, како што је то већ поменуто, пројекат би, поред пројектоване економске исплативости, испуњења критеријума обезбеђивања вредности за уложени новац (енг. *value for money/VfM*), требало да има и шири друштвени значај. Дакле, поред задовољења општег интереса који може да буде рефлектован на различитим нивоима (локалном, регионалном или државном), пројекат ради чије реализације се улази у стратешки, односно партнерски однос са приватним субјектом, треба да има и шири значај који је, такође, економски мерљив – он треба да допринесе даљем развоју привреде, индустрије, образовања, подизања животног стандарда и слично.

У досадашњој домаћој пракси реализације уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта не постоји прецизна јавно доступна евиденција броја пројеката односно броја уговора који су закључени између јавних и приватних субјеката према различитим моделима сарадње. Разлог томе је што све до 2011. године није постојао јединствен пропис који је уређивао ово питање. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама донет је 2011. године и од тада представља основни закон који уређује ову област, док се реализација пројеката пре доношења овог закона спроводила на основу неколико различитих закона – Закона о концесијама, Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса, од којих је само Закон о концесијама утврђивао обавезу евиденције таквих уговора у посебном јавном регистру, као што то чини и данас Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, а концесије у Републици Србији представљају у пракси не тако чест модел сарадње јавног и приватног учесника у пројекту.

2. Приватни субјект

Приватни субјект²⁵⁷ се, у смислу уговора који су предмет овог разматрања, најопштије може одредити као домаће или страно физичко или правно лице које, заједно са јавним субјектом, са којим закључује уговор, удруженим напорима, предузимањем радњи на које се обавезао уговором, обезбеђује спровођење пројекта којим се обавља делатност од општег

²⁵⁷ J. Evans, D. Bowman, 69.

интереса, на добробит свих корисника конкретног производа, односно услуге од општег интереса.

Домаћи пропис који уређује ове уговоре (ЗЛПК), одређење приватног субјекта допуњава одређењем учешћа у капиталу у њему (домаће или страно учешће, или без њега), начином одабира приватног субјекта (поступак јавне набавке или поступак давања концесије), као и обликом сарадње јавног и приватног субјекта (уговор, односно оснивање друштва посебне намене, односно заједничког привредног друштва).²⁵⁸

Приватни субјект, дакле, може бити било које физичко или правно лице (*начело једнаког третмана и равноправности приватних инвеститора*) које испуњава одређене услове у смислу поседовања искуства у реализацији идентичних или сличних пројеката, одговарајуће референце, посебна стручна, техничка или специјализована знања, *know-how*, обучено особље, опрему, машине и технологију за реализацију пројекта, као и неопходну финансијску моћ да, заједно са јавним субјектом, преузме обавезу извођења комплексног, техничко-технолошки најчешће веома захтевног, и, надасве, скупог инвестиционог пројекта. Другим речима, приватни субјект треба да покаже и докаже своју способност да, заједно са јавним субјектом и уз његову помоћ, започне и успешно спроведе пројекат, чије трајање може да се протеже кроз неколико деценија.

Као што је мало вероватно да јавни субјект, без обзира на значај општег интереса и потребу да се исти задовољи, сам поседује и сам у себи обједињује све што се захтева за успешно спровођење дугорочног пројекта, комплексност пројеката, методологија и техника који се примењују, а посебно захтев за финансијским средствима која се морају обезбедити за његову реализацију, и сваког потенцијалног приватног субјекта ставља пред неизванстан подухват, који најчешће надмашује могућности и капацитете једног учесника на тржишту.

Приликом процене приватног субјекта, односно његове „адекватности“ за дугорочни савез, односно уговорно партнерство на конкретном пројекту, јавни субјект не процењује само приватног субјекта, већ гледа и процењује и његове осниваче, јер се за потребе учешћа на јавним тендерима, у пракси веома често, оснивају друштва посебне намене,²⁵⁹ која представљају „празне компаније“ (енг. *empty shell*), или се у својству подносиоца понуде на тендеру јавља друштво које постоји одређено време, али нема значајније пословање нити имовину, те су референце, искуство и финансијска снага оснивача овог друштва, такође

²⁵⁸ ЗЛПК у чл. 4, тач. 10 одређује приватног партнера као физичко или правно лице, домаће или страно, са домаћим или страним учешћем или без њега, или конзорцијум једног или више таквих физичких или правних лица која су одабрана у поступку јавне набавке или поступку давања концесије и који са јавним партнером закључује јавни уговор или у ту сврху оснива друштво посебне намене, или са јавним партнером оснива заједничко привредно друштво.

²⁵⁹ Модалитети оснивања друштва посебне намене могу да буду различити – приватни учесник у пројекту може основати посебно друштво које ће се појавити и као учесник у јавном поступку, што је ређи случај, а може сам приватни учесник у пројекту да учествује у јавном поступку, закључи уговор и, касније, у складу са уговором оснује друштво посебне намене, што у је у пракси чешћи случај.

веома значајни за оцену „способности“ приватног субјекта да реализује пројекат. Приватни субјекти, кад год им правила тендера то допуштају, бирају овакву стратегију – оснивање друштва посебне намене које ће бити непосредни учесник на тендеру, које, као и свако друштво капитала, одговара за своје обавезе целокупном својом имовином (коју, или нема, или је веома мала), док оснивачи тог друштва не одговарају за обавезе друштва, што је у контексту пројеката о којима говоримо, део намерне стратегије издвајања одређеног пројекта у одређено друштво, односно настојање да се ограничи одговорност оснивача друштва посебне намене (енг. *ring-fencing*).

Иако оснивач приватног субјекта није непосредно уговорна страна, јавни субјект испитује и његову пословну историју, чиме се надомешта и/или обезбеђује одређени континуитет, искуство у обављању одређене делатности и пословна репутација, који недостају новооснованом друштву посебне намене, и, што је за ове пројекте веома важно, осигурава финансијска стабилност, на коју јавни субјект озбиљно рачуна, а, што ће се касније показати и као један од најважнијих критеријума исплативости пројекта, чију испуњеност цене финансијери пројекта приликом анализе уговора, приватног субјекта и пројектног друштва.

Отуда је *intuitu personae* обележје ових уговора, на чему једнако инсистирају обе уговорне стране, по много чему специфично, будући да „лична“ обележја важна за реализацију пројекта и извршење уговора, фактички нема субјект који је уговорна страна, односно који ће бити главни носилац пројекта, већ су *intuitu personae* обележја „позајмљена“ од оснивача приватног субјекта или оснивача пројектног друштва, што читав концепт *intuitu personae* обележја чини контроверзним и то из најмање два разлога: (а) приватни субјект инсистира на овом обележју уговора код јавног субјекта, док на јавном субјекту, код највећег броја ових уговора, стоји мањи део обавеза, одговорности и ризика за реализацију пројекта, што говори о очигледној диспропорцији и асиметрији захтева учесника у пројекту у односу на њихове објективне личне компетенције за реализацију пројекта; (б) учесник у пројекту који је главни носилац пројекта и на коме је највећи део обавеза, одговорности и ризика – пројектно друштво, најчешће сам не испуњава критеријуме који јавном субјекту дају уверење да ће се пројекат реализовати на уговорен начин, већ ова обележја која би требало да су „лична“ и само њему иманентна, изводи из референци, искуства, пословне историје и бонитета свог оснивача, који није уговорна страна.

Понекад ни познати, признати и искуствени оснивачи приватног субјекта, поред самог приватног субјекта као непосредног учесника у пројекту, нису довољни да би било који партнер јавног субјекта могао сам да испуни захтеве конкретног пројекта. У таквим случајевима се више приватних субјеката уједињује, формирајући конзорцијум, који даје

додатну вредност²⁶⁰ ономе што сваки од приватних субјеката има²⁶¹ појединачно. Конзорцијум у највећем броју правних система нема својство правног лица, већ он представља на уговору заснован правни однос чланова конзорцијума, који се заснива са одређеним циљем (на пример, ради учешћа на одређеном тендеру), уз јасно одређење међусобних права и обавеза чланова конзорцијума, трајања конзорцијума, одређивања лидера конзорцијума који ће иступати испред конзорцијума према јавном субјекту, одређивања одговорности чланова конзорцијума према јавном субјекту (солидарна одговорност), односно међусобне одговорности (право регреса члана конзорцијума). Конзорцијум, иако представља уговорни однос, замишљен је и у пракси функционише као форма дугорочног односа, формира се најчешће унапред, дакле ради заједничког наступа према јавном субјекту у поступку оцене квалификованости конзорцијума као таквог и сачињен је тако да траје док траје пројекат који се реализује. Промена чланова конзорцијума, по правилу, није дозвољена након одабира конзорцијума као партнера јавног субјекта,²⁶² осим у изузетним случајевима кад члан конзорцијума престане да постоји или над њим буде покренут поступак који води престанку друштва (ликвидација или стечај).²⁶³

Иако представља могућу форму организовања учесника у поступку одабира приватног субјекта, конзорцијум није увек допуштен, односно дозвољен. Прописи који уређују уговоре о сарадњи јавног и приватног субјекта, по правилу, допуштају удруживање више учесника у ову врсту уговорног односа ради учешћа на тендеру и одабира најбољег кандидата за партнера јавном субјекту. И у тим случајевима, када закон допушта овакву могућност, јавни субјект који бира свог партнера у пројекту има право да искључи могућност удруживања приватних субјеката у пројекту путем конзорцијума, односно да установи каква друга

²⁶⁰ Marcus Ahadzi, Graeme Bowles, „Public-private partnerships and contract negotiations: an empiric study“, *Construction Management and Economics* 22/2004, Spon Press Taylor & Francis Group, 972-975.

²⁶¹ ЗППК у чл. 16 као опште правило допушта формирање конзорцијума, ради учешћа у поступку доделе јавног уговора, уз допуштање могућности да јавно тело које спроводи поступак из објективних разлога изричито предвиди другачије у конкурсној документацији.

²⁶² У великом броју случајева одабира приватног учесника у пројекту, како у домаћој, тако и у међународној пракси, правила тендера, односно процедуре које прописује јавни субјект у поступку одабира приватног субјекта, забрањују промене у структури конзорцијума након претквалификационе фазе, одређујући променом сваку промену састава и структуре конзорцијума, као што су: замена чланова конзорцијума, припајање понуђача конзорцијуму, спајање конзорцијума или распуштање конзорцијума. И ЗППК у чл. 16 такође садржи одредбу која овлашћује јавног субјекта, односно јавно тело, да ако за то постоје објективни разлози, предвиди одређена ограничења конзорцијума, као што су: (а) ограничење броја чланова конзорцијума, предвиђање ограничења у погледу структуре конзорцијума и одговорности његових чланова; (б) ограничење промене у структури конзорцијума након претквалификационе фазе, као што је замена чланова, припајање понуђача конзорцијуму или спајање конзорцијума или распуштање конзорцијума; (в) ограничење измене код подизвођача чији су капацитети потребни понуђачу или конзорцијуму да би испунио критеријуме за избор.

²⁶³ Домаћа пракса спровођења уговора између јавног и приватног субјекта забележила је интересантне случајеве кад је након спроведеног поступка одабира приватног субјекта, конкретно конзорцијума, и закључења уговора о конзорцијуму, дошло до промене члана конзорцијума (члан конзорцијума који је иступио из конзорцијума и на његово место ступио други члан конзорцијума, није био предмет стечаја нити ликвидације, већ је била реч о стратешкој одлуци да се иступи из пројекта) који је потом заједно са другим чланом конзорцијума основао концесионо предузеће, што је био случај у домаћој Студији случаја 3 приказаној у Прилогу бр. 1.

ограничења – на пример, може да ограничи број чланова конзорцијума, промене у саставу конзорцијума, и друго.

Конзорцијум носи бројне компетитивне предности, утолико што обезбеђује сублимирање испуњености захтева јавног субјекта, који се веома тешко могу стећи само у једном субјекту. Међутим, овај облик уговорног удруживања носи и одређене ризике по јавног субјекта. Околност да се неколико различитих субјеката удружило у конзорцијуму, не мора нужно да значи да они имају исте пословне интересе, и може се догодити да, у одређеној фази реализације пројекта, њихови интереси постану толико супротстављени да могу да одреде судбину целокупног пројекта. Проблем између чланова конзорцијума може да наступи у било којој фази реализације пројекта, а разлози настанка овог проблема могу да буду веома различити и они најчешће немају никакве везе са јавним субјектом. Чланови конзорцијума, иако их у односу на јавног субјекта повезује исти, пре свега, комерцијални интерес, могу да дођу у међусобни сукоб око начина извршења одређене уговорне обавезе према јавном субјекту, око доношења одлука о техничким питањима, међусобних несугласица о начину расподеле средстава која припадају конзорцијуму, и др. За јавног субјекта је једноставније кад је у уговорном односу са једним субјектом, јер је такав однос једноставније пратити и контролисати, док конзорцијум представља живу и динамичну структуру, чији темељи могу у различитом тренутку почивати на активностима различитих чланова конзорцијума, чији интереси понекад могу да буду до те мере супростављени да коче даљу реализацију пројекта.

Као и код велике већине уговора између јавног и приватног субјекта у којима се као страна уговорница јавном субјекту појављује само један субјект, за јавног субјекта је и у контексту реализације уговора у коме као уговорну страну има конзорцијум састављен од више чланова, најкритичнија фаза изградње, кад сложена динамика односа између чланова конзорцијума може да поремети, или да онемогући извршење уговора. Кад се фаза изградње оконча, јавни субјект се налази у релаксиранијој позицији, јер је објекат/постројење/систем који је требало да се изгради, односно реконструише ту, дакле постоји, и истеком пројекта ће прећи у руке јавног субјекта, док од тог тренутка притисак додатно расте на страни конзорцијума, који тад добија прилику да, посредством пројектног друштва, комерцијално користи објекат/постројење/систем, те да, након измирења обавеза по основу финансирања реализације пројекта, започне да приходује и оствари економски бенефит за себе.

За разумевање конзорцијума и односа јавног субјекта према конзорцијуму, веома је важно напоменути и то да у системима који допуштају могућност удруживања у конзорцијум, закон, правила тендерског поступка, односно друге процедуре јавног субјекта, обично садрже правило да један исти приватни субјект не може истовремено учествовати и као самостални кандидат и као члан конзорцијума, а ако се појављује у својству члана

конзорцијума, тада он може да буде члан само једног конзорцијума. Допуштање конзорционог удруживања једног истог учесника са више других учесника на тендеру, водило би злоупотреби како института конзорцијума, тако и злоупотреби тендерског поступка.

Испуњеност квалификационих услова на страни конзорцијума испитује се за сваког члана конзорцијума, али и за конзорцијум као потенцијалног партнера јавног субјекта. Приликом испитивања испуњености услова на страни сваког члана конзорцијума, јавни субјект испитује испуњеност свих тендером прописаних услова, али у пракси, напореда са испитивањем техничке документације и услова у погледу референци, пројеката, искуства и капацитета да се пројекат технички спроведе, посебно испитује финансијску способност сваког члана конзорцијума, како је горе већ поменуто, ко су њихови оснивачи и какав је њихов бонитет. Иако конзорцијум у односу на јавног субјекта, на први поглед, изгледа као сигурнија опција, будући да удруживање, по правилу, доноси сабирање – референци, искуства, капацитета и способности, конзорцијум, уз горе наведене елементе ризика, може да носи и додатни ризик у вези са одговорношћу конзорцијума према јавном субјекту, који се најчешће превазилази уговарањем принципа неограничене солидарне одговорности свих чланова конзорцијума. Овакав вид одговорности може да буде неприхватљив појединим члановима конзорцијума чија је економска моћ слабија од других чланова конзорцијума, а посебно онима којима у расподели посла унутар конзорцијума припада мањи део дужности, па тако и мањи део прихода.²⁶⁴

Конзорцијум као уговорна страна јавног субјекта додатно проблематизује *intuitu personae* обележје уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, јер *intuitu personae* обележје представља, односно одражава најчешће лично обележје одређене уговорне стране. Лично обележје непосредно се везује за правни субјективитет који конзорцијум нема, будући да он представља уговорни однос којим се не оснива посебан правни субјект, већ се у овом односу користе, сабирају, комбинују и умножавају референце, искуства и способности више одвојених субјеката, којим се надомешта недостатак истих у једном субјекту, и отвара питање у односу на чија лична обележја, односно компетенције се уговор закључује.

Једно од посебно интересантних питања које се може поставити у вези са образовањем конзорцијума је питање заштите конкуренције, односно да ли се закључењем оваквих уговора ограничава, односно на било који начин нарушава конкуренција на одређеном

²⁶⁴ ЗЈППК у чл. 16, ст. 7 прописује да уговор о конзорцијуму може да садржи одредбе којима се ограничава одговорност појединих чланова конзорцијума док најмање један члан конзорцијума мора да буде неограничено одговоран, осим ако јавно тело другачије захтева, у случају оправданих разлога, кад може и ограничити број чланова конзорцијума или предвидети ограничења у погледу структуре конзорцијума и одговорности његових чланова.

тржишту.²⁶⁵ Наиме, иако се, на први поглед, ово питање не чини релевантним, будући да се највећи број уговора о конзорцијуму закључује због тога што ниједан од учесника на тендеру сам не може да испуни критеријуме прописане тендером, те се удруживањем обезбеђује сабирање искуства, референци, знања, и других критеријума прописаних тендером, у појединим случајевима, учесници на тендеру се удружују у конзорцијум, претходно постижући *договор о цени* и о *подели тржишта*, што се са становишта прописа који уређују заштиту конкуренције сматра рестриктивним споразумом који је начелно забрањен, али може бити предмет појединачних изузећа, под условом и у поступку прописаним законом.

Рестриктивни споразуми се на најопштији могући начин могу одредити као споразуми између различитих међусобно неповезаних учесника на тржишту који се закључују са намером, односно који имају за последицу онемогућавање, повреду, односно ограничење конкуренције на одређеном тржишту.²⁶⁶ У вези са уговорима који су предмет ове анализе, постављено питање се, у контексту модела уговора о сарадњи јавног и приватног учесника на тржишту који су приказани у Глави IV, најчешће повезује са уговорима о пружању услуга. У пракси су забележни случајеви да су два или више учесника на тржишту која пружају услуге од општег интереса закључили уговор о конзорцијуму, и у односу на јавног субјекта наступили заједно, при чему је уговор о конзорцијуму садржао предлог заједничке цене по којој ће се пружати услуге од општег интереса (што указује на постојање непосредног договора о ценама) као и поделу тржишта. Ови случајеви су чести у ситуацијама кад јавни субјект у условима тендера допусти да се понуда учини тако што се више учесника на тендеру могу удружити делећи међу собом укупан портфељ услуга које су предмет јавног тендера, а које су међусобно дељиве према критеријуму броја јединица пружања услуга (применљиво на услуге које се могу поделити по серијама, лотовима или

²⁶⁵ У праву Европске уније заштита конкуренције представља један од основних императива функционисања тржишта, а уређена је у чл. 101 Уговора о оснивању Европске заједнице. Детаљније о заштити конкуренције и забрани рестриктивних споразума видети у документу Европске комисије *Competition: Antitrust procedures in anticompetitive agreements (Article 101 TFEU cases)*, доступно на:

http://ec.europa.eu/competition/publications/factsheets/antitrust_procedures_101_en.pdf - 25.4.2015.

²⁶⁶ Закон о заштити конкуренције – ЗЗК, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013, у чл. 10 дефинише рестриктивне споразуме као споразуме између учесника на тржишту који имају за циљ или за последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на територији Републике Србије. Ови забрањени споразуми најчешће су садржани у уговорима, али се могу јавити и у другим видовима сарадње различитих учесника на тржишту (прећутних споразума или тзв. „тихих“, односно невидљивих уговора – енг. *silent agreements* или *side letters*), као и у усклађеној пракси више учесника на тржишту, којима се: (а) утврђују куповне или продајне цене (изричито, односно прећутно, или непосредно, односно посредно) или какви други услови у вези са продајом производа, односно пружањем услуга; (б) ограничава и/или контролише производња, тржишни услови, односно инвестиције на конкретном тржишту; (в) примењују неједнаки услови пословања у односу на различите учеснике на тржишту, чиме се једни учесници на тржишту доводе у неповољнији положај од других; (г) условљава закључивање уговора или споразума прихватањем додатних обавеза које нису у вези са предметом споразума, или (д) којим се дели тржиште, односно извор набавки.

деоницама) или према критеријуму њихове географске, односно територијалне распрострањености.²⁶⁷

Проблем оваквих уговора није само у томе што су они по слову закона недопуштени, односно забрањени. Закони најчешће допуштају могућност појединачног изузећа, које се врши пред надлежним органом за заштиту конкуренције, у законом прописаном поступку и прописаним роковима. Одлуком надлежног органа за заштиту конкуренције забрањени споразум се може изузети од забране на одређено време, на основу околности конкретног случаја и испитивања документације, односно анализе прилика на тржишту и ефеката закључења таквог споразума на конкретно тржиште. Основни проблем представља околност да се ови уговори закључују ради учествовања на тендеру јавног субјекта, дакле они се закључују као *ad hoc* уговори, онда кад јавни субјект распише тендер, тако да би поступак одлучивања по захтеву за појединачно изузеће текао паралелно са тендерским поступком за одабир партнера јавног субјекта, при чему проблем постаје још деликатнији у случајевима кад одлучивање по захтеву за појединачно изузеће рестриктивног споразума траје дуже од поступка јавног тендера, што као крајњи резултат често има ефекат да јавни субјект закључује уговор са конзорцијумом приватних субјеката, који је заснован на недопуштеном споразуму.

Закони који уређују заштиту конкуренције уобичајено прописују да се рестриктивни споразум сматра забрањеним, те сходно томе, и ништавим, осим у случајевима изузећа од забране²⁶⁸. Правна последица ништавости уговора о конзорцијуму, свакако би се узрочно-последично морала одразити и на уговор јавног и приватног субјекта, што је посебно деликатно будући да су услуге чије је пружање предмет конкретног уговора услуге од општег интереса, што посебно добија на значају код оних уговора код којих се предмет уговора односи на основна права корисника услуга, или на најважније вредности конкретне друштвене заједнице, те овом проблему треба посветити посебну пажњу у циљу обезбеђивања, с једне стране, законитости поступка, и, с друге стране, континуитета и сигурности у обављању делатности, односно пружању услуга од општег интереса. Оно што горе наведени проблем чини посебно деликатним, те тако и модус његовог превазилажења додатно компликованим, је околност што најчешће моментално након истека уговора јавног

²⁶⁷ У домаћој пракси, до проблема који се односи на питање заштите конкуренције долазило је у вези са пружањем различитих услуга од стране различитих приватних субјеката, у домаћој Студији случаја 4, приказаној у Прилогу бр. 1. По свим обележјима, уговори о конзорцијумима које су приватни учесници у пројекту закључивали могу се сматрати забрањеним споразумима управо због постизања договора о цени (чиме се *a priori* нарушава конкуренција, тим пре што у одређеним врстама услуга које је обједињено приказала конкретна студија случаја, приватни учесници у пројекту који пружају одређене врсте услуга на одређеном тржишту, нису једни приватни учесници на тржишту који пружају такву врсту услуге) и о подели тржишта (заснованој на територијалном принципу комбинованом са критеријумом капацитета конкретних приватних учесника на тржишту и поделом услуга према броју јединица такве услуге коју пружа сваки од приватних учесника у пројекту).

²⁶⁸ ЗЗК у чл. 10, такође, прописује да су рестриктивни споразуми забрањени и ништави, осим у случајевима изузећа од забране у складу са овим законом.

и приватног субјекта, због немогућности јавног субјекта да пружа конкретну услугу од општег интереса, јавни субјект расписује нови тендер, те приватни субјекти закључују нови *ad hoc* уговор о сарадњи/уговор о конзорцијуму, у свему прилагођен конкретном тендеру. То, практично, значи да нема међупериода у коме би приватни субјекти могли да се обратe надлежном органу за заштиту конкуренције ради одобравања изузећа за конкретан споразум, већ се понавља ситуација из претходног тендера кад рокови за спровођење тендера паралелно теку, и најчешће се завршавају пре рока за одлучивање органа који прати заштиту конкуренције, коме је потребно одређено, неретко и дуже време, да спроведе секторску анализу и испита ефекте одређене повреде на тржиште и на друге конкуренте. Проблем је утолико компликован што тендерски поступци најчешће не допуштају могућност подношења кондиционих, условних, односно индикативних понуда, што, у конкретном случају, чак и да је оваква могућност допуштена, не би значајно помогло будући да се тендерски поступак, по правилу, окончава пре окончања поступка одлучивања другог надлежног органа. Једини начин за превазилажење оваквог проблема огледа се у препознавању озбиљности и деликатности изложеног проблема, сарадњи државних органа и, сасвим сигурно, измени прописа којима се обезбеђује правна сигурност и законитост у поступању свих учесника на тржишту, али и законитост поступања јавног субјекта приликом одабира приватног субјекта са којим улази у уговорну сарадњу.

Кад је реч о конзорцијумима, важно је да укажемо на једну, готово, правилност коју је искристалисала пракса закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, а која је у директној вези са правним основом из кога се изводи закључење уговора јавног и приватног субјекта. Уговори јавног и приватног субјекта који се закључују на основу међународних уговора не допуштају могућност, нити се у пракси то догађа, да се на страни приватног субјекта појави конзорцијум више субјеката, већ је то, по правилу, једно правно лице које непосредно сарађује са јавним субјектом. Оваква, готово, правилност може се објаснити следећим разлозима: (а) пројекти који се реализују на основу међудржавних уговора, по правилу, имају не само комерцијална обележја, већ веома често имају и претежно стратешки значај, (б) спровођење ових пројеката је строго контролисано од стране оба учесника у пројекту, и уговорне стране настоје да се реализација пројекта повери оним субјектима за које је сигурно, односно извесно, да ће обезбедити реализацију пројекта без ризика за успех пројекта, односно за његову пуну реализацију, (в) допуштање слободног уговорног организовања на страни приватног субјекта довело би у ризик извесност реализације оваквих пројеката, будући да би иначе комплексан однос јавног и приватног субјекта учинио још комплекснијим, због унутрашње динамике односа на страни приватног субјекта, (г) пројекти који се реализују на основу међудржавног уговора планирају се значајно дуже од пројеката који се реализују искључиво на комерцијалној основи; код ових пројеката нема

транспарентног одабира приватног субјекта у јавном поступку, већ се унапред зна, односно допушта странама уговорницама да слободно одреде субјекте који ће непосредно спроводити споразум, односно реализовати пројекат.

3. Финансијери пројекта

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, и то посебно они који почивају на пројектима који укључују изградњу новог, односно реконструкцију тј. техничко-оперативно унапређење већ постојећег објекта/постројења/система, по правилу се финансирају из два извора: (а) један део средстава за финансирање спровођења пројекта обезбеђује се као финансирање капитала (енг. *equity financing*), које обезбеђује, у зависности од специфичности конкретног пројекта, односно од модела уговора који се закључује: (i) искључиво приватни субјект, који тад на себе преузима претежан део ризика повезаних са реализацијом пројекта, што је посебно карактеристично код пројеката који укључују пројектовање и изградњу, или (ii) јавни и приватни субјект заједно, у сразмери коју споразумно договоре уговором, или која је у пропорцији са њиховим учешћем у капиталу заједничког привредног друштва,²⁶⁹ док (б) други део средстава за финансирање спровођења пројекта обезбеђују финансијске институције – једна или више банака²⁷⁰ (енг. *debt financing*), најчешће кроз пројектно финансирање (енг. *project finance*).

Који је однос финансирања од стране учесника у пројекту, односно од стране финансијера пројекта који обезбеђују финансирање,²⁷¹ и у којој фази се обезбеђује која врста финансирања, зависи, такође, од околности конкретног случаја.²⁷² Учесници у пројекту средства за реализацију пројекта обезбеђују у својству оснивача пројектног друштва, које се

²⁶⁹ Осим ове две могућности, у пракси реализације пројеката, односно извршења уговора који су предмет ове анализе, могућ је још један случај који нема формална обележја посебног модела, али се по начину своје реализације практично налази изеђу две горе описане могућности. Наиме, могуће је да искључиву обавезу обезбеђивања финансирања капитала уговором преузме на себе приватни субјект, али да током извршења уговора, кад се преостали и претежни део инвестиције већ увелико финансира из пројектног финансирања, наступе околности које утичу на његову немогућност да изврши обавезу повећања капитала, чиме пројекат у поодмаклој фази може да буде доведен у питање. Тада, јавни субјект, да би пројекат одржао у животу, може да преузме на себе извршење различитих обавеза приватног субјекта, укључујући и обавезу уплате капитала (докапитализација). Овакво поступање јавног субјекта је рационално и оправдано у случајевима пројеката код којих је фаза изградње при крају, за чим се може очекивати брз почетак оперативне фазе пројекта, кад ће започети обављање делатности из кога ће се обезбедити средства за измирење обавеза по основу кредита датих по основу кредитног финансирања. Будући да је објекат већ изграђен, односно готово изграђен, јавни субјект коме ће након реализације пројекта, односно истека уговора, припасти објекат/постројење/систем, има интерес да пројекат одржи у животу и омогући отпочињање оперативне фазе реализације пројекта.

²⁷⁰ J. Evans, D. Bowman, 71; С. Г. Средојевић, 31-32.

²⁷¹ E. R. Yescombe (2007), 124-135.

²⁷² Вишедеценијска реализација пројеката дугорочне сарадње јавног и приватног субјекта тестирала је различите односе извора финансирања у бројним пројектима реализације сарадње јавног и приватног субјекта на глобалном нивоу, на којима данас почивају мање-више типични односи извора финансирања.

оснива на темељу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, који на општи, али и довољно детаљан начин, уређује њихов дугорочни пословни однос.

Будући да се пројектно друштво оснива као друштво посебне намене (енг. *special purpose vehicle/SPV*) – циљ и сврха његовог оснивања је спровођење пројекта, односно закључивање свих неопходних уговора, прибављање свих потребних дозвола, регулаторних овлашћења, сагласности и лиценци за обављање радова на изградњи, изградња новог, односно реконструкција тј. техничко-оперативно унапређење постојећег објекта/постројења/система, односно, управљање овим објектом/постројењем/системом. Тренутак оснивања пројектног друштва, јавни и приватни субјект уређују уговором. Средства за оснивање овог друштва обезбеђују оснивачи друштва (енг. *sponsors*).

Од дана закључења уговора па до тренутка оснивања пројектног друштва, уговор јавног и приватног субјекта може да предвиди предузимање одређених радњи и активности учесника у пројекту које се најчешће одређују као припремне радње на реализацији пројекта. Припремне радње су најчешће повезане са наступањем одређених претходних услова за даље спровођење пројекта, односно за оснивање пројектног друштва. Уговор јавног и приватног субјекта врши детаљну расподелу одговорности и обавеза јавног и приватног субјекта у вези са предузимањем ових припремних радњи, али на начин да, најчешће, прописује да свака уговорна страна само сноси своје трошкове предузимања уговорених активности. У циљу обезбеђења даљег спровођења рокова, обавезе уговорних страна у овој фази реализације пројекта, непосредно после закључења уговора, су по својој правној природи облигације резултата које се морају предузети у договореним роковима и са, најчешће, унапред предвиђеним трошковима. Након испуњења свих уговором предвиђених услова у припремној фази, приступа се оснивању пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва. Вредност, природа и структура оснивачких улога оснивача друштва, односно спонзора одређује се, по правилу, основним/генералним уговором закљученим између јавног и приватног субјекта. Однос учешћа јавног и приватног субјекта у капиталу пројектног друштва, о чему ће бити више речи у делу који обрађује оснивање заједничког привредног друштва, може да се разликује у различитим фазама реализације пројекта, у свему у складу са околностима конкретног пројекта и договору уговорних страна. Новчани део основног капитала пројектног друштва спонзори су дужни да обезбеде из сопствених средстава (која, могу прибавити из сопственог *cash-flow*-а, кредита, позајмицама свог оснивача и др.). Како пројектно друштво треба да послује на здравим основама односно како удели/акције спонзора треба да буду слободни, ради обезбеђивања пројектног финансирања друштва, уговорне стране се, по правилу, међусобно обавезују да ће новчани део оснивачког улога за потребе оснивања пројектног друштва, обезбедити из сопствених средстава и без оптерећења односно ограничења власништва над њиховим

уделом/акцијама. Обезбеђивање уплате новчаних улога спонзора, као и касније повећање капитала пројектног друштва кроз касније докапитализације назива се обезбеђивањем капитала (енг. *equity financing*). Улагање у капитал врши се уз очекивање да ће се инвестиција исплатити, што се исказује очекиваном стопом, односно процентом очекиваног повраћаја инвестиције током трајања пројекта (енг. *equity internal rate of return/IRR*).²⁷³

Иако је уобичајено да се обезбеђивање капитала од стране спонзора остварује у ранијим фазама спровођења уговора/реализације пројекта, није ретко да се у уговорима јавног и приватног субјекта среће уговорена обавеза обезбеђивања капитала пројектног друштва за све време трајања века пројекта. Оваква међусобна обавеза уговорних страна прописује се у циљу обезбеђења континуитета спровођења пројекта, а она не искључује нити на било који начин дерогира или умањује уговором преузету обавезу да се други део финансирања обезбеди посредством финансијских институција које обезбеђују финансирање. Практичан значај такве међусобне обавезе уговорних страна огледа се у томе што се у реалном животу, из бројних разлога (погрешне иницијалне процене трајања пројекта односно трошкова, недовољне еластичности пословног плана и буџета, наступања околности које су довеле до одлагања, односно пролонгирања спровођења одређене фазе уговора, или пролонгирања реализације пројекта) може догодити да укупна сума средстава, која је пројектно друштво обезбедило посредством финансијских институција које обезбеђују финансирање, није довољна да се одређена фаза пројекта спроведе по плану, или у целости, а проблем може да постане утолико деликатнији кад се за даљу реализацију пројекта захтева, на пример, авансно плаћање по одређеним уговорима, а да при том нема довољно средстава.

Ангажовање додатних финансијских средстава посредством финансијских институција које обезбеђују финансирање може да захтева одређено време, посебно кад је у процес финансирања неопходно укључити нове финансијске установе које нису већ једном прошле поступак одобравања давања финансијских средстава пројектном друштву. Понекад извршење одређеног уговора који представља део сложене архитектуре односа јавног и приватног субјекта или предузимање радњи којима се предупређује наступање штете која прети пројекту или самом пројектном друштву, захтева хитну реакцију која је повезана са одређеним трошковима, у ком случају се активира обавеза спонзора да обезбеде потребна средства, чиме се уговорно осигурава извесност реализације пројекта. Ипак, за уговоре о сарадњи јавног и приватног субјекта је типично да се највећа улагања у смислу обезбеђивања капитала врше у првој фази реализације пројекта, кад још увек није обезбеђено екстерно финансирање пројекта.

²⁷³ E. R. Yescombe (2007), 101-105.

Финансирање пројекта се претежним делом, посебно у случају уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта који укључују изградњу новог, односно реконструкцију тј. оперативно-техничко унапређење већ постојећег објекта/постројења/система обезбеђује из екстерних извора, односно обезбеђивањем финансирања пројекта од стране финансијских институција²⁷⁴. У пројектима велике вредности који захтевају истовремено или сукцесивно ангажовање значајних финансијских средстава, најчешће само једна финансијска институција не може да обезбеди потребна средства и тада се средства прикупљају посредством банке аранжера, која организује и предводи поступак обезбеђивања слободних финансијских средстава које обезбеђује више финансијских институција, које фигурирају као финансијери пројекта. Овакав начин обезбеђивања финансирања назива се пројектно финансирање (енг. *project financing*).²⁷⁵ Корисник финансијских средстава која се обезбеђују посредством пројектног финансирања је пројектно друштво као правни субјект који је непосредно задужен за реализацију и спровођење пројекта.

За разлику од обезбеђивања капитала које представља непосредно извршење преузете уговорне обавезе приватног, или и јавног и приватног субјекта, у зависности од случаја и модела сарадње, које је праволинијско, евентуално условљено доношењем одговарајућих корпоративних одлука на страни приватног учесника у пројекту,²⁷⁶ обезбеђивање пројектног финансирања је процес који траје најмање неколико месеци, који захтева детаљну анализу пројекта и целокупне документације од стране финансијера пројекта, израде независних студија, прогноза и пројекција. Поступак обезбеђивања пројектног финансирања започиње корисник средстава тј. пројектно друштво у јавном и компетитивном поступку, који се заснива на позиву за достављањем понуда, оглашавању покретања поступка у домаћим и међународним гласилима, прикупљању понуда, преговорима и закључењу уговора са финансијерима пројекта.

Финансијске институције које обезбеђују финансирање пројекта, желеће и захтеваће да погледају и анализирају: (а) уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, (б) студије, анализе и пројекције јавног и приватног субјекта на основу којих су утврђени битни

²⁷⁴ С. Г. Средојевић, 31-32.

²⁷⁵ Jeffrey Delmon, *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP projects and Risks*, Kluwer Law International, the Netherlands 2009, 21-22.

²⁷⁶ Сагласност, коју у поступку одобравања уговора захтева и прибавља јавни субјект, представља сагласност на сам уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, односно сагласност на све прилоге уговора (оснивачки акт, уговор чланова друштва/уговор акционара, споразум уговорних страна о свим битним елементима уговора чије је закључење преурањено у тренутку закључења основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, уговори на основу којих се реализује пројекат, ако је њихова садржина усаглашена у тренутку закључивања основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, нацрти одлука скуштине пројектног друштва, и др.), те предузимање даљих конкретних радњи у циљу прибављања додатних сагласности органа који су већ одобрили трансакцију најчешће није неопходно. Међутим, свако одступање од уговора на који је дата сагласност (укључујући и његове прилоге), захтева формално одобрење сваке измене уговора, која се одражава на његово извршење, у истом поступку у коме су представници јавног ентитета већ дали претходну сагласност на иницијални уговор о сарадњи јавног и приватног учесника у пројекту, са свим његовим прилозима.

параметри исплативости пројекта, односно на основу којих је процењен тренутак исплативости пројекта, (в) пословни план пројектног друштва и његов планирани буџет, (г) оснивачки акт пројектног друштва, (д) уговор чланова друштва/уговор акционара, (ђ) уговор о изградњи, (е) уговор о обављању делатности од општег интереса, (ж) уговор о управљању објектом/постројењем/системом, ако је већ закључен, (з) споразуме којима су усаглашени сви битни елементи уговора који ће бити закључени у будућности, а чија садржина није могла да буде утврђена у целости, (и) планиране оперативне трошкове пројектног друштва, (ј) уговор јавног субјекта и пројектног друштва о откупу целокупне или одређене уговорене количине производа/услуга од општег интереса, (к) методологију утврђивања цене производа/услуге од општег интереса, (л) ризике у пројекту и начин расподеле ризика пројекта између јавног и приватног субјекта, (љ) услове за раскид уговора и др. Финансијерима пројекта је неопходан детаљан увид у све појединости пројекта, односно сва документа на основу којих ће се пројекат реализовати, а све ово како би утврдили да ли је пројекат уопште исплатив, односно банкабилан. Ако финансијери пројекта утврде да је пројекат исплатив и да сви документи на којима је пројекат заснован обезбеђују његову несметану реализацију, они ће, након спровођења обавезне процедуре испитивања исплативости пројекта, коју треба да прођу све финансијске институције које учествују у обезбеђивању слободних финансијских средстава, приступити преговорима око уговора о обезбеђивању финансирања (енг. *facility agreement*), који је праћен пакетом пратећих уговора којима се установљавају бројна и разноврсна средства обезбеђења у корист финансијера пројекта.

Однос финансијских средстава која се стављају на располагање пројектном друштву по основу обезбеђивања капитала и пројектног финансирања је у директној зависности од природе пројекта и модела уговора који се закључује. У пројектима који укључују изградњу новог, односно реконструкцију односно техничко-оперативно унапређење већ постојећег објекта/постројења/система овај однос се најчешће креће у проценту од 10 % до 30% по основу обезбеђивања капитала, односно од 70% до 90% по основу пројектног финансирања (енг. *debt/equity ratio, D/E ratio*).²⁷⁷

Шта се догађа, међутим, ако током реализације пројекта, средства која су обезбеђена пројектним финансирањем не буду довољна, односно ако тренутно расположива средства не буду довољна за потребе предузимања хитне радње која не трпи одлагање? Јавни и приватни субјект настоје да и овакве ситуације држе под контролом, те обавезу

²⁷⁷ J. Delmon (2009), 56-57; Michael Regan, Jim Smith, Peter E. D. Love, „Impact of the Capital Market Collapse on Public-Private Partnership Infrastructure Projects“, *Journal of Construction Engineering and Management* 1/2011, 9-14, доступно на: http://ecms-ext.bond.edu.au/prod_ext/groups/public/@pub-sda-gen/documents/genericwebdocument/bd3_021916.pdf__-25.4.2015.

обезбеђивања капитала не ограничавају само на прву фазу реализације уговора, већ је протежу, експлицитно, односно имплицитно, током читавог века трајања уговора.

Ради обезбеђивања још веће сигурности у реализацију пројекта, јавни и приватни субјект могу својим уговором предвидети и настојање учесника у пројекту да покушају да обезбеде слободна финансијска средства посредством ангажовања са њима повезаних лица, што би се формално-правно могло посматрати као преузимање обавезе у име трећег лица, што се често уговара, иако у пракси није лако спроводиво, али представља покушај уговорног регулисања механизма за превазилажење проблема у финансирању, који реално могу да настану у дугорочним пројектима. Постојање оваквих одредби указује и на дубоку посвећеност страна уговорница пројекту и његовој реализацији унутар планираних рокова. У случају када је потребно прибавити финансијска средства по основу обезбеђења капитала, спонзори најчешће и сами приступају давању зајмова пројектном друштву, које им пројектно друштво може вратити, у складу са уговореним роковима и уговореним редоследом враћања зајмова, посебно у случају субординирања зајмова/кредита, или потраживања по основу зајма могу конвертовати у капитал пројектног друштва. У случају да средства за финансирање пројекта обезбеде путем зајмова, ангажовањем повезаних лица, уобичајено је да ће и они захтевати одређена средства обезбеђења својих потраживања. Чак и у пројектима који носе обележја стратешких пројеката, пројеката од националног значаја и слично, давање зајма представља комерцијални однос, и зајмодавац ће настојати да своје потраживање према пројектном друштву довољно обезбеди.

Може ли се догодити да се средства на овакав начин обезбеде пројектном друштву и пре обезбеђивања пројектног финансирања, и какав је онда однос овако обезбеђених средстава у односу на средства обезбеђена из пројектног финансирања. Могуће је да спонзори, након уплате средстава по основу обезбеђења капитала, немају могућност да одреагују моментално ако настане потреба за додатним средствима, у ситуацији када је започео, али није доведен до краја поступак оцене банкарбилности пројекта, у ком случају у помоћ најчешће прискачу са спонзорима повезана правна лица, која дају краткорочне зајмове (енг. *bridge loans*), којима се премошћује време до очекиваног обезбеђивања средстава по основу пројектног финансирања. Будући да пројектно друштво неће започети са приходовањем до одређеног тренутка у будућности који се везује за почетак обављања делатности/пружања услуга од општег интереса, ова обавеза пројектног друштва према повезаним лицима спонзора представља одложену обавезу. Финансијери пројекта ће, у поступку одобравања финансирања пројектном друштву, захтевати да виде и све уговоре које су са пројектним друштвом закључила са спонзорима повезана правна лица, захтевајући да се обавезе према финансијерима пројекта по основу пројектног финансирања, измирују приоритетно. Овакав захтев финансијера пројекта практично значи субординацију

зајмова²⁷⁸, праћену и субординацијом пратећих средстава обезбеђења које је пројектно друштво дало са спонзорима повезаним правним лицима.

Обезбеђивање пројектног финансирања праћено је закључивањем и пратећег сета уговора којима се финансијерима пројекта дају одговарајућа средства обезбеђења највишег степена заштите и приоритета, као и широка овлашћења у односу на захтеве у погледу измена уговора јавног и приватног субјекта.

4. Други учесници у пројекту

Припрему и спровођење уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, подржава, у истима непосредно или посредно учествује, и обезбеђује њихово благовремено и потпуно спровођење, низ других учесника, који остају по страни непосредног односа страна уговорница, али овом односу значајно доприносе, и утичу на њега у различитим фазама спровођења уговора.

Припрема пројекта започиње ангажовањем саветника, које врши јавни субјект.²⁷⁹ Круг саветника зависи од природе конкретног пројекта, с тим да стручни тим, по правилу, окупља финансијске, техничке, комерцијалне, правне, пореске, стручњаке из области заштите животне средине и друге специјализоване саветнике, које јавни субјект ангажује ради испитивања и одређивања: (а) оквира за дефинисање основних поставки конкретног пројекта, (б) општег интереса који конкретан пројекат треба да обезбеди, (в) круга корисника производа/услуге од општег интереса задовољењу чијих потреба је пројекат намењен, (г) испуњености критеријума „вредности за новац“ (енг. *value for money/VfM*), (д) конкретног модела сарадње јавног и приватног субјекта који је оптималан у односу на захтеве и особености конкретног пројекта, (ђ) свих неопходних студија, израде анализа и процена потражње за производом/услугом од општег интереса у датом тренутку, као и процене пројектоване потражње у будућности, до пуног истека века трајања уговора, (е) ризика пројекта, као и одређивање категорије и врсте ризика који би били прихватљиви за јавног субјекта, (ж) опредељења да ли да однос јавног и приватног субјекта буде заснован само на уговору, или да претпоставља оснивање пројектног друштва као заједничког привредног друштва, и друго.²⁸⁰

Саветници јавног субјекта му пружају помоћ и у припреми јавног тендера, оцени понуда, преговорима у вези са закључењем уговора и формализацији односа јавног и приватног субјекта, кроз непосредну припрему уговора који се закључује и подршку

²⁷⁸ E. R. Yescombe (2007), 105.

²⁷⁹ С. Г. Средојевић, 33.

²⁸⁰ E. R. Yescombe (2007), 111.

приликом преговора. Ангажовање саветника на припреми пројекта, њихов посвећен рад и објективност у постављању циљева, процени потражње у датом тренутку, али и у будућности, и правилно утврђивање основних параметара пројекта, може да буде један од одлучујућих фактора који опредељује успех пројекта.²⁸¹

Исти или веома сличан задатак ономе који обављају саветници јавног субјекта, обављаће саветници приватног субјекта, који припремају своју, независну анализу, у покушају да обезбеде што је могуће избалансиранiji уговор, у коме ће приватни субјект на себе преузети што је мање могућ број ризика и на тај начин, између осталог, значајно умањити своју изложеност наступањима ризика који неминовно прате реализацију конкретног пројекта. За разлику од саветника јавног субјекта који раде анализу „вредности за новац“, која је својствена визури и оцени оправданости пројекта на страни јавног субјекта, саветници приватног субјекта настоје да пројектују будуће приходе пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва у пројектима у којима се оснива, како би могли да дефинишу да ли је пројекат, онако како је замишљен, уопште исплатив, и који је то тренутак у будућности кад ће пројекат исплатити уложено, од чега зависи комерцијално приходовање приватног субјекта, коме је одложени приход једини мотив за учествовање у пројекту.

Улога саветника, како јавног тако и приватног субјекта, огледа се у структурисању конкретног пројекта, и то како у погледу временске процене, тако и у погледу одређивања мера, активности, методологије, израде прелиминарног плана активности, дефинисања материјала којима се документује и на основу којих се валоризује окончање одговарајућих фаза у имплементацији пројекта, и сл. Улога саветника не исцрпљује се само у првој фази – фази припреме пројекта – већ се наставља и касније, током читавог века трајања пројекта, а огледа се у обезбеђивању континуиране објективне контроле предузимања уговором преузетих обавеза, испуњења претходних и свих других услова предвиђених уговором.

Своје независне саветнике у сваком од пројеката који подразумева пројектно финансирање обавезно имају и финансијери пројекта. Њихов задатак је да из једне друге визуре (визуре финансијера који обезбеђује средства за реализацију пројекта и који у том поступку желе добро да се обезбеде за случај да нешто у пројекту крене по злу, односно пројектно друштво или заједничко привредно друштво западне у доцњу, односно не буде

²⁸¹ Искуства у реализацији пројеката сарадње јавног и приватног субјекта у домаћим условима су показала заједнички именован – недостатак ваљане припреме пројекта, нереалне полазне основе, пре свега необјективне процене потражње, како у датом тренутку, тако и у погледу пројекција потражње у будућности, што је од одлучујућег утицаја на каснију оцену исплативости пројекта, односно његове банкарбилности коју врше финансијске институције које обезбеђују финансирање. Најочигледнији пример неадекватне припреме пројекта био је пример домаће Студије случаја 3 приказане у Прилогу бр. 1, у коме јавни субјект, и поред ангажовања професионалних саветника на изради самог уговора о концесији, није независном тиму стручњака поверио проверу техничких параметара и израду објективних студија саобраћаја, које су се показале, као и код велике већине пројеката изградње или реконструкције путева, најкритичнијим документом који је одредио судбину конкретног пројекта.

могло да одговори својим обавезама из уговора о кредиту) сагледају економску оправданост пројекта, извесност успеха пројекта, очекивану стопу прихода, као и одређење ризика који могу да утичу на остваривање прихода из којих ће се измиривати обавеза по основу обезбеђеног финансирања. Саветници финансијера пројекта оцењују и адекватност расподеле ризика између уговорних страна, извесност наступања ризика у конкретном пројекту, механизме за превазилажење последица наступања ризика, и механизме за одржавање пројекта живим у случају наступања околности које отежавају или онемогућавају извршење уговорних обавеза јавног и приватног субјекта, основе за раскид уговора, и слично. На основу овакве свеобухватне анализе, саветници финансијера пројекта предвиђају одговарајућа средства обезбеђења која прате уговор о кредиту, као и додатне уговорне механизме који ће обезбедити преузимање пројекта од стране финансијера пројекта, ако пројекат западне у кризу, намирање потраживања финансијера, али и предлоге измена и допуна уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, којим се њихов однос додатно прилагођава захтевима финансијера пројекта.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта често предвиђају и ангажовање независних експерата, на пример, независног инжењера, који ће, у случају спора јавног и приватног субјекта, процењивати да ли је одређена фаза изградње завршена, да ли су радови изведени у складу са општим правилима струке и најбољом праксом, уговореним стандарима, у уговореним роковима и у свему према захтевима јавног субјекта, у складу са којима се конкретан пројекат реализује. Поред независног инжењера, јавни и приватни субјект уговором такође често именују овлашћеног експерта чије мишљење и налаз ће бити обавезујући за уговорне стране, а који ће у случају наступања блокаде у одлучивању у пројектном друштву односно заједничком привредном друштву, решити ову блокаду, на начин који осигурава даље спровођење пројекта.

На страни приватног субјекта, како смо то већ истакли, могу се јавити и правна и физичка лица са којима је он вертикално повезан уговором – подизвођачи.²⁸² Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће не садрже забране ангажовања подизвођача што је, као и образовање конзорцијума, нормално и уобичајено за сложене, техничко-технолошки компликоване, и процесно деликатне пројекте који су скопчани са значајним улагањима, када је практично немогуће, што због обима радова, што због њихове комплексности, да један субјект, који се појављује у улози понуђача, обједини и испуни бројне услове и буде способан да самостално обезбеди спровођење уговора све до истека његовог века трајања.²⁸³

²⁸² С. Г. Средојевић, 32; J. Evans, D. Bowman, 71.

²⁸³ С. Г. Средојевић, 32-33.

У вези са захтевом за одређењем подизвођача, јавни субјект, у конкурсној документацији, односно нацрту јавног уговора који је, уобичајено, предмет стављања предлога за измене и допуне од стране приватног субјекта, и каснијих преговора о уговору, најчешће захтева од приватног субјекта да нагласи да ли ће уговор који закључује, односно обавезе које преузима уговором, извршавати сам, или ће ангажовати подизвођаче. Захтеви јавног субјекта могу да буду различити, што је делом повезано са специфичностима конкретног пројекта, али у значајној мери зависи и од модела уговора којим се уређује сарадња јавног и приватног субјекта. По правилу, подизвођач мора самостално да испуни све формалне услове чије испуњење доказује приватни субјект, а посебно услове којима се доказује квалификованост за извршење дела обавезе која ће на њега бити пренета,²⁸⁴ финансијска способност, континуитет и успех у обављању истих или сличних послова на сличним или упоредивим пројектима, и друго. Јавни субјект може да буде заинтересован да види и тачну расподелу извршења обавеза из уговора између приватног субјекта и подизвођача које ангажује, како у односу на укупне обавезе приватног субјекта, тако и у односу на укупну вредност уговора. Оваква врста прегледа му даје увид, али и обезбеђује контролу, не само у односу на околност ко ће бити задужен за предузимање којих активности на реализацији пројекта, већ му даје и могућност да изврши контролу пројекције трошкова, које су између себе вршили приватни субјект и његови подизвођачи. Овакав приступ може да осигура јавном субјекту примање јасног сигнала да ли је, и у којој фази, пројекат у опасној зони због рокова предузимања радњи, односно поделе надлежности између приватног субјекта и његових подизвођача.

Јавни субјект може да услови ангажовање подизвођача од стране приватног субјекта на начин да понуда приватног субјекта мора да садржи назнаку на који начин намерава да извршава своје обавезе из уговора, односно да ли намерава да ангажује подизвођаче, и ако има овакву намеру, од приватног субјекта се, уобичајено, захтева да достави тражену документацију и за своје подизвођаче, којима се доказује испуњеност услова и на њиховој страни. Овакав захтев јавног субјекта се објашњава тиме да јавни субјект у свакој фази реализације пројекта, односно извршења уговора, жели да зна ко је на томе конкретно ангажован, и ко му је одговоран за благовременост и целокупност извршења уговорне обавезе. Ангажовање подизвођача у каснијој фази реализације пројекта, а да о томе јавни субјект није претходно обавештен још у фази оцене понуда, није допуштено, јер представља, на одређени начин, условну промену уговорне стране, односно преузимање испуњења

²⁸⁴ Поседовање потребних дозвола, лиценци, сертификата, обученост особља које ће бити ангажовано на извођењу појединих радова, и поседовање законом захтеваних сертификата за особље које ће бити ангажовано на извођењу пројекта.

уговора од стране трећег лица чије квалификације, референце, искуство и оспособљеност за извршење уговорних обавеза, јавни субјект није утврдио.

Јавни субјект, по правилу, није и не треба да остварује директну комуникацију са подизвођачима приватног субјекта, јер је његова непосредна уговорна страна управо приватни субјект, који му је одговоран за благовремено и целовито извршење обавеза преузетих уговором. Оно што би било упутно да се унесе у уговор приватног субјекта са његовим подизвођачима су идентични или, што је још препоручљивије, краћи рокови за извршење одређених уговорних обавеза, будући да јавни субјект захтева од приватног субјекта да је у односу на своје подизвођаче обезбеди благовремено и целовито извршење уговорних обавеза, онако како оне обавезују приватног субјекта, или још строже, нарочито у погледу рокова.

Након изградње новог, односно реконструкције тј. техничко-оперативног унапређења већ постојећег објекта/постројења/система, започиње оперативна фаза реализације пројекта, односно фаза комерцијалног коришћења објекта/постројења/система, у којој кључну улогу има управљање објектом/постројењем/системом и његово одржавање (енг. *operation and maintenance/O&M*). Управљање и одржавање објекта/постројења/система може да врши само пројектно друштво, које је у претходној фази било одговорно за изградњу објекта/постројења/система, али је у пракси уобичајено да се овај задатак препусти друштву посебне намене, које се оснива искључиво у ову сврху, и које ће ову веома важну дужност преузети професионално, објективно и усредсређено на циљ што је могуће економски оправданијег, економичнијег и рационалнијег поступања усмереног на профит који треба да се оствари.

Уговори о управљању и одржавању закључују се, након изградње објекта/постројења/система између јавног субјекта²⁸⁵ и друштва посебне намене основаног у циљу обављања управо ове делатности. Ови уговори се најчешће дефинишу као краткорочни уговори који се закључују на период од две до пет година, код којих се привредном друштву које обавља ову делатност, по правилу, исплаћује фиксни износ накнаде,²⁸⁶ који укључује оперативне трошкове, као и трошкове зарада запослених у друштву. Оператер је по овим уговорима дужан да, у име и за рачун јавног субјекта, врши наплату пружених услуга, а од њега се може очекивати и да преузме одређени ризик у вези са наплатом за продате производе/пружене услуге од општег интереса. Поједини уговори о о

²⁸⁵ У моделима сарадње јавног и приватног субјекта у којима је објекат/постројење/систем у власништву приватног субјекта или пројектног друштва које је градило објекат/постројење/систем, уговор о управљању и одржавању закључује приватни субјект, односно пројектно друштво, као власник објекта/постројења/система, и друштво посебне намене основано у циљу обављања делатности управљања и одржавања објекта/постројења/система.

²⁸⁶ Уговори о одржавању и управљању, осим фиксног износа накнаде, могу предвиђати и одређене подстицаје за постизање резултата у пословању, односно за премашивање пројектованих финансијских прагова годишњих прихода.

управљању и одржавању садрже и додатне обавезе за оператора које укључују сношење трошкова ситних поправки, односно замене мање вредних делова објекта/постројења/система. Уговори о управљању и одржавању се не срећу код свих модела уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Најчешће се срећу код уговора о концесији или уговора по *BOT* моделу, код којих концесионар делегира обављање послова управљања објектом/постројењем/системом одабраном оператору. У пракси, према подацима и евиденцијама Светске банке, *O&M* уговори се најчешће могу срести у индустрији производње и прераде воде, а у значајно мањем обиму, у енергетским пројектима.²⁸⁷

Посебно значајан сегмент подршке уговорима јавног и приватног субјекта у њиховој дугорочној сарадњи на реализацији пројеката који су у функцији остваривања општег интереса представља улога осигуравајућих друштава,²⁸⁸ која се повезује са природом ризика који прате ове пројекте (политички и комерцијални ризици), чије се осигурање захтева имајући у виду вредност уговора, дужину трајања пројекта и степен извесности наступања осигураних ризика. Захтев за осигурањем у односу на ризике које преузима на себе приватни субјект је, по правилу, захтев јавног субјекта, али осигурање додатно добија на значају када пројекат оцењују и процењују финансијери пројекта, у контексту испитивања претходних услова за одобравање пројектног финансирања. Захтеви финансијера пројекта упућени јавном и приватном субјекту у вези са неопходошћу измена већ закљученог уговора, готово увек садрже и захтев за обезбеђењем осигурања, посебно у случају ризика да неко од захтеваних осигурања постане недоступно на тржишту осигурања (или је осигурање доступно, али са премијама које превазилазе одређене износе).

Уз горе наведене учеснике у пројекту, који се срећу готово у сваком пројекту сарадње јавног и приватног субјекта, специфичности појединих пројеката могу да захтевају укључење и других субјеката који ће својим стручним знањима омогућити реализацију таквих пројеката.²⁸⁹

5. Двострано или вишестрано обавезујући однос?

Уговор јавног и приватног субјекта је, без сумње, двострано-обавезујући уговорни однос, о чему је било речи у ранијем излагању. Међутим, без обзира на ову околност,

²⁸⁷ Погледати детаљније страницу Светске банке доступну на: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/management-and-operating-contracts> - 25.4.2015.

²⁸⁸ С. Г. Средојевић, 33.

²⁸⁹ Други субјекти чије укључење у пројекат може да постане неопходно могу да буду одређена јавна тела (надлежне управе за јавни дуг или трезор при ресорном министарству које се бави пословима финансија) или рејтинг агенције, у случају кад се обезбеђивање капитала заједничког привредног друштва реализује кроз издавање обвезница у име друштва посебне намене, односно заједничког привредног друштва, кад специјализоване агенције, по правилу у раним фазама реализације пројекта, испитују и процењују, односно рангирају кредитни рејтинг дуга којим се пројекат финансира.

предметни однос, посматран шире, и одвојено од формално-правног критеријума ко су непосредно уговорне стране у конкретном уговору, је вишеслојан, вишедимензионалан, веома жив и изнутра и споља, и укључује значајно већи број учесника, на различитим нивоима. Као што смо имали прилике да видимо у горњим одељцима, у пројектима велике вредности који подразумевају значајна улагања, на страни приватног учесника у пројекту готово да се никада не појављује само један субјект, већ се неколико правних лица (физичких веома ретко) међусобно уговорно удружују, како би могли да испуне услове тендера које прописује јавни субјект. Све њих, у односу према јавном субјекту, повезује јединствен циљ – сви они желе да буду део одређеног пројекта из неколико разлога: (а) сви учесници у пројекту на страни конзорцијума очекују успешно спровођење пројекта, те, с тим у вези, његово комерцијално управљање, из кога ће остварити добит која ће надмашити улагања која су извршили у пројекат, (б) освајање новог тржишта – без обзира на то ко су чланови конзорцијума, колика је њихова економска снага и учешће на тржишту, да ли су већ присутни на конкретном тржишту у одређеној јурисдикцији или нису, прилика да се учествује у конкретном пројекту, представља прилику да се уђе на ново тржиште или да се ојача позиција на тржишту на коме је одређени учесник већ присутан, да се на њему дуже време оствари присуство, што се користи за популаризацију конкретног учесника на одређеном тржишту, повећање његове видљивости и препознатљивости на тржишту и дугорочно увећање прилика, потенцијала и могућности за будућност, што је за озбиљне компаније, по правилу, важније од тренутне могућности остваривања профита, (в) стицање нових референци и искуства, што ће касније бити коришћено за повећавање шанси за самостално учешће на будућим тендерима, а у пројектима који подразумевају специфичне индустрије са специфичним технологијама удруживање са другим приватним учесницима у пројекту има и додатну корист – стицање, на практичном примеру, посебних експертских знања, која су до тада била доступна само уском кругу учесника на тржишту, и др.

Међутим, шта је са јавним субјектом – да ли се и на страни јавног субјекта увек појављује само један субјект, или је и овај однос вишеслојан, и, ако јесте, на који начин он функционише изнутра и споља. Из уговора јавног и приватног субјекта најчешће је видљив и препознатљив искључиво непосредан однос конкретног јавног субјекта (потписника уговора) са приватним субјектом, који делује или самостално, или кроз форму уговорног конзорцијума са другим приватним субјектима који удружују своје напоре, знања, искуство и финансијску способност у реализацији конкретног пројекта. Иако је овај однос према јавном субјекту праволинијски и изгледа као да у пројекту учествује само један учесник, он у пракси то најчешће није, и значајно је комплекснији.²⁹⁰ Без обзира на околност који се

²⁹⁰ ЗЛППК приликом одређења јавног партнера у чл. 4, тач. 9 језички користи такође мношину одређујући јавног партнера као једно или више јавних тела, односно правно лице које је, у складу са законом, надлежно за давање

јавни субјект појављује као страна уговорница, очекивања приватног субјекта су таква да иза конкретног јавног субјекта у погледу подршке у реализацији одређених уговором преузетих права и обавеза стоји читав низ других субјеката са квалификативом „јавности“ који ће омогућити и, са своје стране подржати, благовремено и целовито извршење уговорних обавеза конкретног јавног субјекта, као уговорне стране. Ово је нарочито уочљиво у пројектима који се реализују на бази међународних уговора будући да тада иза конкретног пројекта стоји не само конкретан јавни субјект одређен уговором, већ и држава као таква, од које се очекује да ће својим утицајем обезбедити потпуну реализацију конкретног пројекта.

Међудржавни уговори најчешће садрже формулације да ће стране уговорнице пружити сву подршку реализацији уговора, као и уговора који се изводе из овог правног основа, што се, у пракси често и злоупотребљава од стране приватних учесника у пројекту, будући да они, ослањајући се на овакве обавезе држава преузете међудржавним уговором, у пракси настоје да на основу непотпуне или неадекватне документације исходују добијање неопходних дозвола, лиценци, сертификате или регулаторних одобрења за питања за које закони државе у којој се пројекат спороводи предвиђају детаљне процедуре и спецификују потребне кораке и документацију који се припремају, односно предузимају. Чак и онда када се одређени пројекат не реализује на основу међудржавног уговора, у пракси државни органи сарађују, будући да их све подједнако обавезује императив заштите јавног интереса, односно императив задовољења општег интереса, којима се руководе у међусобној сарадњи, у свему у складу са законима, регулаторним правилима и применљивим процедурама у областима које уређују одређена питања релевантна за конкретан пројекат.

Међутим, иако је сарадња државних органа правило у спровођењу уговора јавног и приватног субјекта у вези са обављањем делатности од општег интереса, на ову сарадњу могу да утичу и поједини неповољни фактори који могу да се рефлектују на благовременост поступања, а у појединим посебно деликатним случајевима могу да утичу и на извршење обавезе јавног субјекта. Све ове неповољне околности могу да се сврстају под ширу класификацију тзв. политичких ризика, који су иманентно својствени јавном субјекту као учеснику у пројекту. За разлику од приватних субјеката, које и повезује, а потенцијално и раздваја комерцијални интерес, односно учешће сваког од њих у остваривању комерцијалног интереса, при чему се очекивања приватних субјеката могу међусобно разликовати, јавне субјекте потенцијално удаљавају политички ризици који су понекад комбиновани са комерцијалним ризицима, а најчешће и са ризиком корупције. Политички ризици могу да буду спољни политички ризици (они који непосредно дотичу одређену

концесија, које са приватним партнером или друштвом посебне намене закључује јавни уговор, или једно или више јавних тела које је са приватним партнером повезано чланством у заједничком привредном друштву.

државу и који су пратећи део опште спољне политике одређене државе и стратегије одређене државе у управљању својом спољном политиком),²⁹¹ унутрашњи политички ризици који углавном погађају државе са нестабилним политичким системом, великим бројем партија које се боре за власт или некохерентним и slabим коалицијама које освајају власт, али и slabом опозицијом која може да доведе до самовоље,²⁹² а као посебно проблематичан јавља се ризик корупције који је тешко решив, јер се искорењује дугорочном политиком која мора да се рефлектује пре свега на ниво свести појединца и његовог друштвено одговорног понашања, што је комбиновано општедруштвени, али уједно и лични подухват и одговорност.

На страни приватног субјекта, како смо видели, однос је такође комплексан и динамичан, такође изнутра. Конзорцијум коме је посвећена пажња у горњим редовима представља облик повезивања више субјеката на истом нивоу, дакле представља облик уговорног хоризонталног повезивања више субјеката. Међутим, приватни субјект може уговором да оствари и вертикалан ниво повезивања и то кроз ангажовање подизвођача којима поверава, односно којима делегира извршење једног или већег броја послова из свог, уговором преузетог портфеља обавеза. Позиција приватног субјекта, због овога, такође, може да буде веома деликатна – он је директно одговоран јавном субјекту за благовремено и целовито извршење уговорних обавеза, на договорен начин, при чему сам није у контроли поступка извршења целокупне обавезе на коју се обавезао будући да један део те обавезе практично извршавају његови подизвођачи, који нису у директном односу са јавним субјектом.

Јавни субјект, такође, може да буде потенцијално забринут због овакве структуре односа, али се он правно штити директном одговорношћу приватног субјекта према њему, с тим што жели да буде упознат и са природом сарадње и начином извршавања обавеза подизвођача према приватном субјекту.

²⁹¹ Утицај и захтеви међународне заједнице као мера утицаја и/или притиска на одређену државу. Као један од веома упечатљивих примера овакве врсте спољног ризика политичке природе, који се директно одражава на реализацију пројекта, може се навести домаће искуство у реализацији енергетског пројекта „Јужни ток“ на територији Републике Србије, приказан као домаћа Студија случаја 2, која је садржана у Прилогу бр. 1. Пројекат „Јужни ток“, који се реализовао на територији Републике Србије на основу већ поменутог билатералног уговора између Републике Србије и Руске Федерације, представља део међународног пројекта који повезује неколико држава – Руску Федерацију, Бугарску, Србију, Мађарску, Аустрију и Италију, а односи се на изградњу међународног гасоводног система којим је требало да се транспортује природни гас на западно тржиште, и који представља алтернативни правац досадашњем систему транспорта гаса из Руске Федерације, који је ишао преко Украјине и који је, такође због политичког ризика, доводио у питање снабдевање западне Европе природним гасом, које је посебно критично током зимских месеци кад је увећана потражња за природним гасом, а следствено томе и неколико пута већа цена природног гаса.

²⁹² Овај ризик је утолико комплексан јер се унутар одређене државе он вертикално спушта наниже до најнижег нивоа власти, односно државне управе, креирајући потенцијално проблеме за реализацију пројекта на различитим нивоима власти, посебно у оним пројектима који захтевају сарадњу различитих органа или различитих организација различитих нивоа власти, односно територијалне покривености.

Оно што је за приватног субјекта од пресудног значаја је да обезбеди да се сарадња са подизвођачем уговори на начин да у односу на њега буду предвиђени краћи рокови у односу на рокове које приватни учесник у пројекту има према јавном субјекту, како би се евентуални недостаци могли исправити, односно како би се обезбедило целовито и благовремено извршавање преузетих обавеза. Додатна линија заштите приватног субјекта према његовом подизвођачу је уговарање детаљног поступка контроле, преузимања радова, оцене и процене квалитета изведених радова, као и предвиђање истог механизма накнаде штете који је уговорен између јавног и приватног субјекта, будући да приватни субјект мора да обезбеди извршење уговорне обавезе према јавном субјекту, али и адекватан вид заштите својих интереса у случају да се његов уговор са подизвођачем не спроводи на очекивани начин. Додатно, приватни субјект мора да за себе обезбеди могућност да, без штете за реализацију пројекта, замени подизвођача који не извршава на њега делегиран део обавезе о року и под уговорним условима.

Будући да је одабир приватног субјекта био контролисан поступак, у коме је приватни субјект јавном субјекту доставио не само информацију о томе да ли ће пројекат самостално изводити (ако то не чини у конзорцијуму), већ и довољно детаљне податке о његовим подизвођачима, замена подизвођача се у таквим случајевима може вршити уз претходно обавештење, односно претходну сагласност јавног субјекта. У вези са овим питањем, може се отворити и питање одговорности приватног субјекта за избор подизвођача. Јавни субјект, без обзира на његово велико интересовање за реализацију пројекта, треба да настоји да остане ван односа приватног субјекта и његових подизвођача, ослањајући се на свој уговор са приватним субјектом и у њему предвиђене механизме заштите пројекта односно његових личних интереса.

Глава VI

ОДАБИР ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА

Кључно питање односа јавног и приватног субјекта које даје легитимитет самом односу и основни је предуслов за дуготрајност и одрживост сарадње страна уговорница је начин одабира приватног партнера у комплексном, дуготрајном, веома скупом, технолошки захтевном и друштвено оправданом пројекту. Начин одабира приватног партнера требало би да обезбеди и гарантује и континуитет у остваривању основних начела на којима се заснива, и, све време имплементације пројекта, траје однос сарадње, синергије, партнерства и обостране посвећености обезбеђивању задовољења интереса и потреба корисника производа, односно услуга од општег интереса.

Одабир приватног субјекта спроводи се, по правилу, у јавном поступку који осигурава и гарантује: (а) равноправан положај свих заинтересованих учесника у поступку (понуђача), (б) једнак приступ свим информацијама, подацима и документацији, (в) конкурентност учесника у поступку, (г) транспарентност поступка одабира, (д) ефикасност и економичност у спровођењу поступка, (д) правичну и објективну селекцију, која осигурава остваривање циља и сврхе који се пројектом желе остварити. Иако се питање одабира приватног субјекта може чинити као техничко питање, што оно једним делом и јесте будући да се тиче саме процедуре одабира приватног субјекта, осигуравање кумулативног испуњења горе наведених захтева представља основни предуслов за успешно заснивање сарадње јавног и приватног субјекта, који ће, уз континуирану претпоставку даљег испуњења основних постулата на којима се заснива њихов споразум, усредсређивања и пуне посвећености страна уговорница остварењу заједничких циљева, на којима је заснован конкретан пројекат, уз ограничено суздржавање од потребе за остваривањем својих појединачних циљева, допринети успешној реализацији пројекта.

Начела једнаког приступа, транспарентности и конкурентности представљају основна начела на којима је заснована како модерна тржишна економија, тако и национална и наднационална сарадња држава. Бројне међународне организације и заједнице прописале су детаљна правила о спровођењу јавних поступака који обезбеђују одабир приватног субјекта као учесника у пројекту, на конкурентим основама – Светска трговинска организација (*WTO*), Европска унија, Организација за економску сарадњу и развој (*OECD*) и др.

Уговор Светске трговинске организације о набавкама²⁹³ као основне захтеве у поступку набавке радова, робе, односно услуга прописује: (а) захтев за обезбеђивањем

²⁹³ *World Trade Organization Agreement on Government Procurements – GPA (Revised Agreement on Government Procurement)*, доступно на: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf - 25.4.2015.

једнаког/равноправног третмана (забрана дискриминације), (б) обезбеђивање слободног приступа тржишту, (в) једнаку доступност свих информација, документације и података свим учесницима у поступку, која се, између осталог, обезбеђује и коришћењем информационих технологија, (г) захтев за јасним, објективним и мерљивим правилима, критеријумима и дефинисаним поступцима селекције понуђача, (д) захтев за одређивањем адекватних новчано исказаних прагова за примену сета регулисаних правила за спровођење поступка набавки, (ђ) захтев за ефикасним и економичним спровођењем поступка, и др.

Комунитарно право, засновано на Уговору о Европској заједници (данас Унији)²⁹⁴ гарантује основне слободе, на којима је утемељена ова наднационална заједница држава, од којих су, са становишта питања одабира приватног субјекта као учесника у пројекту, најважнија слобода оснивања привредног друштва²⁹⁵ и слобода пружања услуга.²⁹⁶ На гаранцији ових начела, донете су сукцесивно и бројне директиве којима је уређено пружање услуга од општег интереса и закључивање јавних уговора – Директива Савета бр. 92/50/ЕЕЦ од 18. јуна 1992. године о усклађивању поступака за доделу уговора о пружању јавних услуга,²⁹⁷ Директива Савета бр. 93/36/ЕЕЦ од 14. јуна 1993. године о усклађивању поступака доделе јавних уговора,²⁹⁸ Директива Савета бр. 93/37/ЕЕЦ од 14. јуна 1993. године о усклађивању поступака за доделу уговора о извођењу јавних радова²⁹⁹ и Директива Савета бр. 93/38/ЕЕЦ од 14. јуна 1993. године о усклађивању поступка набавки које спроводе субјекти који послују у водном, енергетском, транспортном сектору и сектору телекомуникација,³⁰⁰ које су 2004. године замењене новим директивама и то – Директивом Европског парламента бр. 2004/18/ЕЦ од 31. марта 2004. године о усклађивању поступака доделе уговора за извођење јавних радова, уговора о пружању јавних услуга и уговора о

²⁹⁴ *EC Treaty – Consolidated version of the Treaty establishing the European Union*, доступно на: <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/EUAmsterdam-treaty.pdf> - 25.4.2015.

²⁹⁵ Чл. 43 (ранији чл. 52) Уговора о оснивању Европске заједнице (данас Уније) који прописује забрану прописивања и установљавања ограничења оснивању привредних друштава, огранака, представништава и других облика пословног присуства од стране држављана једне државе чланице на територији друге државе чланице.

²⁹⁶ Чл. 49 (ранији чл. 59) Уговора о оснивању Европске заједнице (данас Уније) који прописује забрану прописивања и установљавања ограничења пружања услуга на територији Уније.

²⁹⁷ *Council Directive No. 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts*, *OJ L 209*, 24.7.1992, p. 1–24, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31992L0050> - 25.4.2015.

²⁹⁸ *Council Directive No. 93/36/EEC of 14 June 1993 coordinating procedures for the award of public supply contracts*, *OJ L 199*, 9.8.1993, p. 1, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1993L0036:20040501:EN:PDF> - 25.4.2015.

²⁹⁹ *Council Directive No. 93/37/EEC of 14 June 1993 coordinating procedures for the award of public works contracts*, *OJ L 199*, 9.8.1993, p. 54–83, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0037:EN:HTML> - 25.4.2015.

³⁰⁰ *Council Directive No. 93/38/EEC of 14 June 1993 coordinating procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors*, *OJ L 199*, 9.8.1993, p. 84–138, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31993L0038> - 25.4.2015.

обављању јавних услуга³⁰¹ и Директивом Европског парламента и Савета бр. 2004/17 од 31. марта 2004. године о усклађивању поступка набавки које спроводе субјекти који послују у водном, енергетском, транспортном и поштанском сектору.³⁰²

Сет горе поменутих директива донет је у циљу обезбеђивања заштите интереса понуђача који имају седиште у једној држави чланици, а који желе да пруже своје услуге, изведу радове или продају своје производе субјектима са јавним прерогативом у другој држави чланици, који су могли да се сусретну са двојаким ризиком: (а) давањем приоритета понуђачу који има седиште у истој држави чланици чију припадност има и субјект са јавним прерогативом који има потребу за одређеним радовима, производима или услугама, што је представљало директно кршење начела обезбеђивања равноправног третмана свим учесницима у поступку набавке радова, производа и услуга, и (б) доношењем одлуке о одабиру понуђача без одређених критеријума или на основу недовољно одређених критеријума који немају економско-комерцијално утемељење, о чему постоји богата пракса Европског суда.³⁰³

Европска комисија је априла месеца 2004. године донела Зелени документ о јавно-приватном партнерству и комунитарном праву у вези са јавним уговорима и концесијама,³⁰⁴ којим су први пут у комунитарном праву дефинисани уговори јавно-приватног партнерства³⁰⁵ и детаљније уређени уговори о концесијама, а уједно су подробније елаборирана правила која уређују поступке закључења ових уговора, и истакнута отворена питања у вези са доделом уговора који се означавају као јавни уговори, односно са доделом уговора који се означавају као концесије и други јавни уговори. Осим регулаторних докумената који уређују основне принципе на којима се заснива одабир приватног субјекта и који утврђују основна правила поступка који се спроводи, драгоцен је и активност на

³⁰¹ *Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, OJ L 134, 30.4.2004, p. 114–240*, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32004L0018> - 25.4.2015.

³⁰² *Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, OJ L 134, 30.4.2004, p. 1-113*, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0001:0113:en:PDF> - 25.4.2015.

³⁰³ Вид. Обједињени случајеви C-285/99 и C-286/99, *Impresa Lombardini v. ANAS*, [2001] ECR I-09233; случај C-237/99 *Commission of the European Communities v French Republic*, [2001] ECR I-00939; случај C-380/98, *The Queen v H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*, [2000] ECR I-08035; случај C-304/96, *Hera SpA v Unità Sanitaria Locale No 3 — Genovese (USL) and Impresa Romagnoli SpA* [1997] ECR I-5685.

³⁰⁴ *Green Paper on public-private partnerships and Community Law on public contracts and concessions (Brussels, 30.04.2004, COM(2004)327 final)*, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004DC0327> - 25.4.2015.

³⁰⁵ Уговори јавно-приватног партнерства су од стране Европске комисије генерално одређени као разноврсни облици сарадње јавног и приватног субјекта којима се обезбеђује финансирање, изградња, реновирање, управљање и одржавање инфраструктурног објекта, односно пружање услуга од општег интереса, који се заснивају на принципу дугорочности, финансирању претежног дела пројекта од стране приватног субјекта, односно посредством екстерног финансирања, одређивању циљева од стране јавног субјекта и њиховог испуњења од стране приватног субјекта, и расподелу ризика између јавног и приватног субјекта – вид. Michael Jürgen Werner, chapter „European Union“, *A Practical Guide to PPP in Europe* (Hrsg. Maurice Button), City & Financial Publishing, UK 2008², 15.

развијању политика и стратегија којима се обезбеђује одрживост поштовања начела на којима је заснован одабир, и којима се осигурава одрживост пројеката односно интегритет у поступању јавног и приватног субјекта током читавог века трајања пројекта. Сет таквих правила уредила је Организација за економску сарадњу и развој.³⁰⁶

1. Јавне набавке и поступци компатибилни поступку јавних набавки као модел одабира приватног субјекта

Право Европске уније садржи сложен систем уређивања поступка набавке радова, производа, односно услуга, користећи као опредељујући критеријум предмет набавке, који опредељује касније и предмет уговора. У том смислу, комунитарно право чини разлику између набавке јавних радова, производа и услуга, које потпадају под режим јавних уговора, и концесије, које, по својој суштини, такође представљају врсту јавних уговора, али их њихов предмет издваја из осталих јавних уговора. Ово, међутим, није једина подела. Унутар категорије јавних уговора, комунитарно право ставља под посебан режим, утврђен према непосредном предмету радова, производа односно услуга, одвојену категорију радова, производа односно услуга у сектору делатности и услуга од општег интереса које се сврставају у посебне секторе.

(а) Уговори о концесији

Директива 2014/23/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. године о додели уговора о концесији³⁰⁷ уређује: (а) *концесију за јавне радове* – као доделу посла извршења јавних радова од стране једног или више јавних субјеката једном или већем броју лица, при чему се право које лица којима се поверава извођење радова добијају закључењем таквог правног посла може огледати у (i) самом извођењу радова који су предмет концесије, или (ii) самом извођењу радова који су предмет концесије и праву на одговарајућу накнаду, и (б) *концесију за јавне услуге* – као доделу посла пружања јавних услуга од стране једног или више јавних субјеката, једном или већем броју лица, при чему се право које лица којима се поверава пружање услуга добијају закључењем таквог правног посла може огледати у (i) самом пружању услуга које су предмет концесије, или (ii) самом пружању услуга које су

³⁰⁶ Вид. *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*, Organization for Economic Co-Operation and Development, 2009.

³⁰⁷ У оригиналу: *Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts*, доступно на:

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.094.01.0001.01.ENG - 25.4.2015. Државе чланице имају обавезу да своје националне прописе ускладе са предметном Директивом закључно са 18. априлом 2016. године.

предмет концесије и праву на одговарајућу накнаду. Код концесија које обједињују обављање и јавних радова и пружање јавних услуга примењују се правила која одговарају предмету уговора који се, према околностима конкретног случаја, може сматрати преовлађујућим у конкретном уговору.

Предметна Директива примењује се на концесије које достижу, односно премашују, новчани праг одређен Директивом у износу од 5.186.000,00 евра,³⁰⁸ не правећи разлику у вези са предметом концесије (извођење радова, пружање услуга, односно пружање пратећих услуга у вези са извођењем радова и пружањем услуга). Новчано исказан праг примене предметне директиве везује се за уговор Светске трговинске организације о јавним набавкама, у делу који се односи на концесије, тако што се Европска комисија обавезује да, на сваке две године, испитује усклађеност новчаних прагова одређених предметном директивом са новчаним праговима које прописује Светска трговинска организација.

Додељивање концесије приватном субјекту означава пренос оперативног ризика на концесионара, који преузима обавезу обављања радова, односно пружања услуга уз сав ризик понуде и потражње за истима и одсуство било какве гаранције за исплативост његове инвестиције.³⁰⁹

Предметна директива се не примењује на: (а) концесије у домену услуга превоза ваздушним путем, које су уређене посебним прописима – Правило Европске комисије бр. 1008/2008, (б) концесије у области пружања услуга јавног превоза, које су уређене Правилем бр. 1370/2007, (в) концесије радова односно услуга које су уређене међународним уговорима односно правилима других међународних организација, (г) концесије у области одбране и безбедности које су уређене посебним прописима – Директивом 2009/81, (д) концесије које се односе на прибављање или изнајмљивање земљишта, постојећих зграда и друге сличне непокретне имовине, (ђ) концесије у вези са прибављањем, развојем, продукцијом или копродукцијом аудио-визуелних услуга, трансмисије програма и слично, који су уређени Директивом 2010/13/ЕУ, (е) концесије у вези са пружањем услуга арбитраже или медијације, (ж) концесије у вези са пружањем правних услуга које су уређене Директивом 77/249/ЕЕЦ,

³⁰⁸ Прописани новчани праг који уређује обавезу примене предметне Директиве у случају његове испуњености, рачуна се као износ укупног прихода концесионара који генерише током века трајања конкретног пројекта концесије.

³⁰⁹ Овакво одређење преноса ризика које садржи Директива бр. 2014/23 директно је у супротности са основним начелима на којима почивају уговори јавног и приватног учесника у пројекту у обављању делатности од општег интереса према којима ризик на себе прима она уговорна страна која најбоље може да сноси и управља ризиком, при чему код уговора о концесији, као једном од модела уговора јавног и приватног учесника у пројекту који има за предмет обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса, готово све ризике, укључујући првенствено оперативни ризик, заиста на себе, по правилу, прихвата приватни учесник у послу. Међутим, прихватање ризика не може, и не сме, бити извршено на терет исплативости инвестиције, како то имплицира поменута Директива, и управо одржавање овакве уговорне равнотеже међусобних одговорности уговорних страна, уз јаку подршку захтева финансијера пројекта, и додатних уговора који усложњавају ионако комплексну уговорну архитектуру односа јавног и приватног учесника у пројекту, а који осигуравају исплативост инвестиције приватног учесника у пројекту, представља базу и предуслов опстанка и одрживости концесионих пројеката.

(з) концесије у вези са обезбеђивањем услуга цивилне одбране и заштите, (и) услуга вођења политичких кампања, (ј) концесије у вези са пружањем услуга које се односе на игре на срећу, (к) концесије у вези са пружањем услуга повезаних са електронским комуникацијама, (л) концесије које се односе на извођење радова, односно пружање услуга у вези са сектором водопривреде, и слично.

Директива прописује обавезу одређивања дужине трајања уговора о концесији који треба да буде објективно одређен, у складу са конкретним предметом, а код концесија које трају дуже од пет година, максимално трајање уговора не сме премашити време које одражава разуман рок за повраћај инвестиције.

Директива се примењује не само на одабир приватног субјекта, већ и на друштва посебне намене односно заједничка привредна друштва која су основана у сврху обављања делатности која је предмет концесије у трајању од најмање три године, односно на уговор о заједничком улагању (енг. *joint venture agreement*) или на уговор о оснивању заједничког привредног друштва који прописује које ће уговорне стране које га оснивају бити чланови/акционари друштва у трајању од најмање три године, односно за све време трајања концесије, како је применљиво, уз изузетак у односу на заједничка привредна друштва која се оснивају ради обављања делатности из сектора делатности прописаних анексима Директиве.

Директива обезбеђује јавним субјектима слободу да спроведу одабир приватног субјекта који ће на најбољи могући начин одговорати захтевима јавног субјекта, уз ограничавање примене било каквих дискриминаторних активности, и уз обавезу приватног субјекта да обезбеди поштовање прописа који уређују заштиту животне средине, социјалне политике и прописа који уређују радноправна питања.

Директива прописује правила у односу на: (а) јавно објављивање намере спровођења поступка концесије, (б) облика и начина објављивања и достављања обавештења, (в) доступност свих концесионих докумената свим трећим лицима (осим у случају кад одређени осетљиви подаци захтевају рескриптивнији приступ), (г) обавезу предупредивања настанка сукоба интереса и обавезу примене анти-коруптивних правила, (д) правила спровођења поступка у смислу постављања минималних техничких, финансијских, правних и оперативних захтева, (ђ) објективну и на унапред познатим критеријумима засновану процену кандидата на недискриминаторској основи, (е) обавезу одређивања рока за достављање понуда и рокова спровођења поступка јавног тендера у свему у складу са особеностима конкретног пројекта, (ж) обавезу достављања информација учесницима у поступку, односно понуђачима на њихов писмени захтев, уз обезбеђивање права на једнак третман и доступност једнаког обима информација и обавештења, (з) доделу концесије на

основу критеријума који су условљени природом конкретне концесије, а која правила су транспарентна и унапред позната.

Директива садржи и правила у односу на могућност подуговарања, у ком смислу установљава обавезу експлицитног назначавња у самој тендерској документацији да ли је подуговарање допуштено, односно истицање захтева према понуђачу да јасно назначи проценат, односно удео радова, односно услуга које намерава да повери подизвођачу, уз обавезу да достави податке и о подизвођачима које намерава да ангажује, уз пуну одговорност приватног субјекта за поступања његових подизвођача. Државе чланице имају слободу да на другачији начин уреде правила о одговорности подизвођача (неограничена солидарна одговорност и др.), и могућност да се током извршења уговора подизвођач замени у случају да се открије да је учествовао у активностима које имају обележја тероризма, прања новца, корупције и слично.

Директива додатно одређује обим промена уговора након његовог закључења, односно током трајања концесије, без потребе за спровођењем новог поступка одабира концесионара у случају када: (i) су измене које се траже биле обухваћене и иницијалном концесионом документацијим на јасан, прецизан и неспоран начин, при чему обим и природа измена не могу да буду такви да мењају природу, односно предмет концесије; (ii) додатни радови или услуге су постали неопходни, а нису били обухваћени иницијалном концесијом, при чему се промена концесионара не може спровести из техничких или финансијских разлога ако би то довело до значајног увећања трошкова; (iii) у случајевима у којима до промене концесионара долази услед универзалне или делимичне сукцесије изворног концесионара на основу реструктурирања, статусних промена, стечаја и других разлога, при чему нови извођач радова, односно пружалац услуга испуњава све услове које је испуњавао изворни концесионар, а ова промена не утиче значајније на спровођење концесије, а потреба за изменама је настала из разлога који се нису могли предвидети; (iv) кад измене нису значајне, и др. Концесија се може раскинути уколико је током њеног трајања дошло до недопушћених промена у концесионом односу и уколико концесионар у тренутку заснивања концесионог односа или током његовог трајања буде укључен у активности које захтевају његово искључење (тероризам, прање новца, корупција, чланство у криминалним организацијама, и др).

Од заснивања концесионог односа па све до истека концесије, иста је предмет надзора, контроле и извештавања са посебним освртом на специфичне повреде попут корупције, сукоба интереса, системских проблема у реализацији концесије, и слично.

(б) Други јавни уговори

Директива бр. 2014/24 Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. године о јавним набавкама којом је стављена ван снаге Директива бр. 2004/18/ЕЦ уређује:³¹⁰ (а) поступак набавке за јавне уговоре, под којима се подразумевају уговори које један или више јавних субјеката закључују са једним или више приватних субјеката, који за свој предмет имају извођење јавних радова, набавку производа или пружање јавних услуга, и (б) поступак набавке за уговоре о пројектовању одређене вредности. Код уговора који у себи обједињују обављање обележја јавног уговора и пружање услуга пројектовања примењују се правила која одговарају предмету уговора који се, према околностима конкретног случаја, може сматрати преовлађујућим у конкретном уговору.

Предметна Директива примењује се на набавке које достижу, односно премашују, новчане прагове одређене Директивом у нето износу од: (i) 5.186.000,00 евра, за уговоре о извођењу јавних радова, (ii) 134.000,00 евра за пружање јавних услуга и јавних набавки које организују централне владине институције, као и за јавне набавке услуга пројектовања, у организацији тих институција, (iii) 207.000,00 евра, за јавне набавке за пружање јавних услуга и јавних набавки које организују владине институције нижег ранга у односу на централне владине институције, као и за јавне набавке услуга пројектовања, у организацији тих институција, и (iv) 750.000,00 евра за пружање јавних услуга и за јавне набавке услуга социјалне природе и услуга које су посебно спецификоване анексом предметне Директиве. Испуњеност прагова цени се у складу са методологијом прописаном овом Директивом. Новчано исказани прагови из примене предметне Директиве везују се, једнако као код Директиве бр. 2014/23 за Уговор Светске трговинске организације о јавним набавкама, тако што се Европска комисија обавезује да, на сваке две године, испитује усклађеност новчаних прагова одређених предметном Директивом са новчаним праговима које прописује Светска трговинска организација.

Директива бр. 2014/24 се не примењује на: (а) уговоре о извођењу радова, набавци производа, односно пружању услуга у водном, енергетском, транспортном и поштанском сектору, који су уређени посебном Директивом бр. 2014/25, (б) уговоре о пружању услуга електронске комуникације, који су уређени Директивом бр. 2002/21, (в) јавне уговоре који се уређују и спроводе у складу са међународним уговорима, односно правилима међународних организација, (г) уговоре у вези са прибављањем, развојем, продукцијом или копродукцијом аудио-визуелних услуга, трансмисијом програма и слично, који су уређени Директивом

³¹⁰ У оригиналу: *Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC*, доступно на: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.094.01.0065.01.ENG - 25.4.2015. Државе чланице имају обавезу да своје националне прописе ускладе са предметном Директивом закључно са 18. априлом 2016. године.

2010/13/EУ, (д) уговоре у вези са пружањем услуга арбитраже или медијације, (ђ) уговоре у вези са пружањем правних услуга које су уређене Директивом 77/249/ЕЕС, (е) уговоре у вези са услугама вођења политичких кампања, (ж) уговоре у вези са превозом путника железницом или метроом, (з) уговоре о пружању јавних услуга на основу ексклузивног права установљеног у складу са Уговором о формирању Европске заједнице, (и) јавне уговоре између ентитета који послују у јавном сектору.

Набавке радова, производа, односно услуга могу да се деле по сегментима, деоницама, односно лотовима. Критеријуми које одређује јавни субјект се везују за: (а) подобност понуде са становишта оцене да одговори потребама јавног субјекта, (б) економско и финансијско стање, (в) техничку опремљеност и професионалну оспособљеност. Услови које су прописани за измене уговора су веома слични онима прописаним Директивом бр. 2014/23.

Додела уговора се врши у поступку који је транспарентан и недискриминаторски, који се спроводи у свему у складу са начелом пропорционалности. Као могући поступци одабира приватног субјекта, прописани су следећи поступци:

(а) *отворени поступак* – у коме, на позив јавног субјекта, било које заинтересовано лице може поднети понуду. Тендер обавезно садржи информацију о критеријумима на основу којих јавни субјект врши оцењивање достављених понуда;

(б) *рестриктивни поступак* – у коме било које заинтересовано лице може поднети пријаву да учествује у поступку одабира приватног субјекта, који је инициран јавним позивом јавног субјекта. Јавни позив обавезно треба да садржи детаљне информације о захтевима јавног субјекта у вези са конкретним предметом набавке, као и спецификацију документације коју су заинтересована лица дужна да доставе, у поступку процене испуњености захтева, и одабира приватног субјекта. За разлику од отвореног поступка, у коме било које лице може да поднесе понуду, у рестриктивном поступку то могу учинити само она лица које је јавни субјект позвао да то учине, након анализе документације коју су ова лица доставила. Јавни субјект има право да ограничи број лица која ће позвати да даље учествују у поступку;

(в) *конкурентни поступак уз преговарање* – у коме било које заинтересовано лице може да поднесе пријаву да учествује у поступку одабира приватног субјекта. Слично рестриктивном поступку, и у конкурентном поступку уз преговарање јавни позив обавезно треба да садржи детаљне информације о захтевима јавног субјекта у вези са конкретним предметом набавке, као и спецификацију документације коју су заинтересована лица дужна да доставе, у поступку процене испуњености захтева, и одабира приватног субјекта. У овом поступку, у документацији за јавну набавку и позиву јавни субјект посебно прецизира предмет набавке, уз опис својих потреба и спецификације радова, производа, односно услуга

који су предмет набавке, уз које наводи и критеријуме за доделу уговора. Спецификација обавезно садржи и одређивање минималних захтева које морају да испуне сви понуђачи. У даљи поступак се позивају само она лица која је позвао јавни субјект, на основу анализе достављене документације, а она подносе иницијалну понуду о којој ће се водити преговори. У овом поступку, јавни субјект води преговоре са понуђачима у вези са учињеном иницијалном и сваком каснијом понудом понуђача која се чини у овом поступку, све до давања финалне понуде, при чему минимални захтеви јавног субјекта и критеријуми за доделу уговора утврђени јавним позивом не могу да буду предмет преговора. Током преговора, јавни субјект је дужан да обезбеди равноправан третман свих понуђача. Конкурентни поступак са преговорима може да се одвија у неколико сукцесивних фаза, како би се, кроз вођење преговора по фазама, смањио број лица са којима би се надаље настављали преговори у правцу давања финалне понуде;

(г) *конкурентни дијалог*³¹¹ – у коме било које заинтересовано лице може да поднесе пријаву да учествује у поступку који је инициран јавним позивом који упућује јавни субјект. Јавни позив садржи детаљне информације о захтевима јавног субјекта у вези са конкретним предметом набавке, као и спецификацију документације коју су заинтересована лица дужна да доставе, у поступку процене испуњености захтева јавног субјекта. У конкурентном дијалогу могу да учествују само она лица која је јавни ентитет позвао на дијалог, на основу оцене документације коју су ова лица доставила, а којом доказују своју квалификованост у односу на предмет конкретне набавке. Уговор се додељује искључиво на основу критеријума најбоље цене у односу на квалитет који се нуди. Јавни субјект је дужан да у јавном позиву објасни које су његове конкретне потребе у вези са предметом набавке, те који су његови захтеви које очекује да буду испуњени од стране понуђача, а дужан је да у истом документу и детаљно одреди критеријуме на основу којих ће оцењивати учињене понуде, као и индикативни рок спровођења одабира приватног субјекта. Након позива учињеног понуђачима, за које је јавни субјект оценио да испуњавају услове да се са њима започне дијалог, отвара се дијалог јавног и приватних субјекта, који има за циљ да одреди предлог најбољег начина и поступка за обављање делатности односно пружање услуге, која је предмет конкретне набавке, који на најбољи могући начин доприноси остварењу очекивања јавног субјекта. У овом поступку, јавни субјект је дужан да обезбеди равноправан третман свих приватних субјеката који учествују у конкурентном дијалогу, а

³¹¹ Конкурентни дијалог уведен је као модел одабира понуђача Директивом бр. 2004/18/ЕЦ и представљао је револуционарну фазу у даљем спровођењу ових уговора омогућивши бољу реализацију комплекснијих пројеката у којима се пуно разумевање потреба јавног ентитета, предлога приватних лица у вези са потенцијалним могућностима да се на најбољи могући начин одговори очекивањима јавног ентитета и пројектном задатку, показало кључним за успешно спровођење пројеката, будући да је омогућио да се сви битни елементи понуде усагласе између наручиоца и понуђача пре окончања вођења конкурентног дијалога.

дијалог се може спроводити у неколико сукцесивних фаза, како би се временом смањио број субјеката која се позивају на наставак дијалога и у свакој наредној фази постигао квалитативни помак у погледу одговарања захтевима јавног субјекта. Дијалог се може водити све док се до танчина не утврде могућности и начини којима би се најбоље одговорило очекивањима и захтевима јавног субјекта, за чим се окончава фаза компетитивног дијалога и јавни субјект позива, у том тренутку, преостале приватне субјекте да поднесу понуде у вези са поступцима и начинима који доприносе постизању очекивања и испуњењу захтева јавног субјекта, о којима је било речи током вођења дијалога. Након отварања понуда могуће је започети и фазу преговора у циљу потврде финансијске понуде и других финансијских услова;

(д) *иновативно партнерство* – у коме било које заинтересовано лице може да поднесе пријаву да учествује у поступку који је инициран јавним позивом који упућује јавни субјект. Јавни позив и у овом поступку садржи идентичне захтеве и информације као што је то горе већ описано. У тендерској документацији јавни субјект је дужан да објасни своју потребу за иновативним производом, услугом или радовима који се не могу обезбедити набавком радова, производа, односно услуга већ доступних на тржишту, уз обавезу да прецизира и минималне захтеве на којима базира оцену понуда заинтересованих приватних субјеката понуђача. Јавни субјект може да донесе одлуку да уђе у иновативно партнерство са два или више приватних субјеката, на основу одвојених уговора заснованих на истраживању и развојним делатностима. Иновативно партнерство почива на захтеву за стварањем иновативног производа, односно осмишљавању иновативног начина пружања услуге или обављања радова, који треба да буду компатибилни прописаним критеријумима јавног субјекта, укључујући и захтев у погледу максималне вредности набавке. Једнако као и горе описани поступци набавке за које се може одлучити јавни субјект, и иновативно партнерство се такође може спроводити у неколико сукцесивних фаза, током којих долази до постепеног смањивања круга приватних субјеката – понуђача са којима се поступак даље наставља. Одабир приватног субјекта у поступку иновативног партнерства заснован је на прецизирању очекиваних резултата које су учесници у поступку дужни да остваре, уз обезбеђивање адекватне накнаде за предузете активности. Јавни субјект је овлашћен да након окончања сваке међуфазе донесе одлуку о обустављању даљег спровођења поступка одабира, у случају да ниједно од предложених иновативних решења не задовољава његова очекивања и прописане услове, или да поступак одабира приватног субјекта настави са ограниченим бројем лица, за чије предлоге иновативних решења покаже даљу заинтересованост. Током овог поступка могу се водити преговори о почетној и свим каснијим понудама, све до давања финалне понуде, а минимални захтеви и критеријуми за доделу уговора које је иницијално одредио јавни субјект, не могу бити предмет преговора; и

(ђ) *преговарачки поступак без претходног објављивања позива за подношење понуда* – у изузетним случајевима јавни субјект може да додели уговор на основу преговарачког поступка без претходног објављивања позива за подношење понуда. Оваква могућност постоји у следећим случајевима: (i) кад није поднета ниједна понуда или ниједна адекватна понуда у отвореном или рестриктивном поступку, као и у случају кад радове може да изведе, односно произведе и услуге да пружи само поједини приватни субјект³¹², (ii) кад из разлога хитности, у случајевима које јавни субјект није могао унапред да предвиди, нема времена да се спроведе отворени, рестриктивни или компетитивни поступак са преговорима, (iii) у случајевима у којима су производи који су предмет набавке произведени у сврху истраживања, експеримента, студије или развоја, (iv) у случајевима додатних испорука од стране приватног субјекта који је раније већ одабран у поступку јавне набавке, када се исти приватни субјект у новом поступку ангажује за поједине мање услуге, као што су, на пример, допуна залиха, извођење ситних радова или оправки на инсталацијама, и слично, (v) у случајевима када се извођење радова, набавка производа, односно пружање услуга наставља на набавку услуга пројектовања, која је раније већ спроведена у складу са предметном Директивом, (vi) у случајевима када се набавка своди на понављање набавке сличних радова односно услуга, под условом да су нови радови односно услуге у свему компатибилни онима који су већ спроведени, и др.

(в) *Набавка радова, производа и услуга у водном, енергетском, транспортном и поштанском сектору*

Директива бр. 2014/25 Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. године о набавкама које спроводе субјекти који обављају делатност у области производње и прераде воде, енергетике, транспорта и поштанских услуга којом се ставља ван снаге Директива бр. 2004/17/ЕЦ уређује³¹³ поступак набавке радова, производа и услуга у сектору: (а) гаса и паре (изградња или управљање системима и мрежама намењеним за пружање услуга производње, транспорта, дистрибуције и снабдевања гаса или паре), (б) електричне енергије (изградња или управљање системима и мрежама намењеним за пружање услуга производње, транспорта, дистрибуције и снабдевања електричне енергије), (в) воде (изградња или

³¹² Кад се набавка спроводи у вези са извођењем специфичних радова на уметничком делу, кад је њен предмет уметничка представа, односно кад су предмет набавке производи, односно услуге у вези са којима није могуће из техничких разлога спровести конкурентан поступак одабира приватног субјекта или кад се предмет набавке везује за ексклузивна права, укључујући права интелектуалне својине.

³¹³ У оригиналу: *Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC*, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32014L0025> - 25.4.2015. Државе чланице имају обавезу да своје националне прописе ускладе са предметном Директивом закључно са 18. априлом 2016. године.

управљање системима и мрежама намењеним за пружање услуга производње, пречишћавања, транспорта, дистрибуције и снабдевања воде), (г) транспорта (изградњу или управљање транспортним системима за пружање услуга транспорта железницом, аутоматизованим системима, трамвајима, трелејбусима, аутобусима или жичарама), (д) лука и аеродрома (извођење припремних радова за потребе изградње аеродрома, морских или речних лука, терминала и слично, за пружање услуга превоза ваздушним путем или рекама), (ђ) поштанских услуга (изградња мреже за омогућавање обављања поштанских услуга), и (е) услуге експлоатације нафте, гаса, угља и других чврстих горива.

Предметна Директива се примењује на набавке које достижу, односно премашују, новчане прагове одређене Директивом у износу: (а) 414.000,00 евра за услуге достављања и друге услужне услуге, као и за услуге пројектовања, (б) 5.186.000,00 евра за услуге извођења радова, (в) 1.000.000,00 евра за уговоре о пружању услуга везано за социјална питања и специфичне врсте услуге које су таксативно наведене у анексима предметне Директиве. Новчано исказани прагови за примену предметне Директиве везују се, једнако као код Директиве бр. 2014/23 и Директиве бр. 2014/24 за Уговор Светске трговинске организације о јавним набавкама, тако што се Европска комисија обавезује да, на сваке две године, испитује усклађеност новчаних прагова одређених предметном Директивом са новчаним праговима које прописује Светска трговинска организација.

И предметна Директива предвиђа исте поступке одабира приватног субјекта, који се спроводе на транспарентан и недискриминаторски начин, у свему у складу са начелом пропорционалности. Поступци одабира приватног субјекта, прописани Директивом бр. 2014/24 су: (а) отворени поступак, (б) рестриктивни поступак, (в) конкурентни поступак уз преговарање, (г) конкурентни дијалог, (д) иновативно партнерство, и (ђ) преговарачки поступак без претходног објављивања позива за подношење понуда.

Одабир приватног субјекта у пројекту врши се у јавном поступку и у свим јурисдикцијама заснива се на начелима једнаког приступа, транспарентности и конкурентности.³¹⁴

³¹⁴ У Аустрији, приватни субјект се бира у поступку јавне набавке у складу са Савезним законом о јавним набавкама (нем. *Bundesvergabegesetz*) из 2006. године, и уредбама донетим на савезном и регионалном нивоу, који предвиђају три врсте поступка јавних набавки за: (а) набавку робе (нем. *Lieferaufträge*) – набавке које за предмет имају куповину робе, лизинг, закуп или куповину на рате, са опцијом куповине или без те опције; (б) набавку грађевинских радова (нем. *Bauaufträge*) – набавке које за предмет имају планирање извођења радова на изградњи, извођење радова на изградњи или испуњење обавеза грађења ангажовањем трећих лица, у складу са захтевима јавног наручиоца, и (в) набавку услуга (нем. *Dienstleistungsaufträge*) – набавке које не спадају у категорију набавке робе и извођења грађевинских радова, и чији је предмет пружање услуга. У Бразилу се приватни субјект бира у поступку јавне набавке који се спроводи кроз конкурентни дијалог, у складу са Савезним законом о јавно-приватним партнерствима бр. 11.079 из 2004. године. Избор приватног субјекта у Данској се, по правилу, врши у поступку јавне набавке, и то кроз: (а) отворени поступак, (б) рестриктивни поступак, (в) конкурентни поступак уз преговарање, (г) конкурентни дијалог, (д) иновативно партнерство, или (ђ) преговарачки поступак без претходног објављивања позива за подношење понуда. У Естонији и Литванији се приватни субјект бира у поступку јавних набавки, који може да буде организован као: (а) отворени поступак, (б) рестриктивни поступак, (в) конкурентни дијалог, или (г) преговарачки поступак са и без

Одабир приватног субјекта у домаћем праву

У домаћем праву, поступак одабира приватног субјекта и доделе уговора уређен је Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама и Законом о јавним набавкама.

(а) Поступак одабира приватног субјекта у складу са Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама

објављивања позива за подношење понуда. Поступак одабира приватног субјекта је у Естонији уређен Законом о јавним набавкама бр. *RT I* 2011, 15, 21 из 2007. године, са последњим изменама и допунама из 2014. године *RT I*, 23.12.2013, 2 (енг. *Public procurement act*), а у Литванији Законом о јавним набавкама бр. I-1491 из 1996. године, са изменама и допунама бр. XI-1494 из 2011. године (енг. *Law on public procurement*). На Малти се приватни субјект бира у поступку јавних набавки који може да буде организован као: (а) отворени поступак или (б) рестриктивни поступак. Међутим, уговори о јавно-приватном партнерству и приватној финансијској иницијативи су уређени посебним поглављем Закона о јавним набавкама, као „сложени уговори“, у односу на које се најчешће примењује конкурентни дијалог. У Немачкој се приватни субјект бира у поступку јавних набавки, који се обавезно спроводи када вредност набавке достиже одређене прописане новчане прагове (нем. *Schwellenwerte*). Поступци одабира приватног субјекта су уређени следећим актима: (а) Уредбом о јавним набавкама (нем. *die Vergabeverordnung*), (б) Уредбом о спровођењу јавних набавки у посебним секторима (нем. *die Sektorenverordnung*), која регулише поступак јавних набавки у области водопривреде, енергетике и саобраћаја, (в) Уредбом о јавним набавкама у области одбране и безбедности (нем. *die Verordnung über die Vergabe in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit*), (г) Уредбом о јавним набавкама у вези са извођењем радова на изградњи (нем. *die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*), (д) Уредбом о јавним набавкама у области слободних професија (нем. *die Vergabeverordnung für freiberufliche Leistungen*), која регулише поступак јавних набавки у области слободних професија, нпр. ангажовање архитеката или инжењера, и (ђ) Уредбом о јавним набавкама за доделу уговора (нем. *die Verdingungsordnung für Leistungen*). Поступак јавне набавке може да буде организован као: (а) отворени поступак, (б) рестриктивни поступак, (в) преговарачки поступак, или (д) конкурентни дијалог. У Португалији се приватни субјект бира у поступку: (а) директне доделе уговора (порт. *ajuste directo*), (б) јавног тендера (порт. *concurso publico*); (в) квалификационог поступка (порт. *concurso limitado por prévia qualificação*); (г) преговарачког поступка (порт. *procedimento de negociação*); или (д) конкурентног дијалога (порт. *diálogo concorrencial*), у складу са Законом о јавним уговорима (у оригиналу: *Código dos Contratos Públicos*). У Руској Федерацији се приватни субјект увек бира у јавном поступку. У Словачкој је обавезан поступак јавних набавки, који може да буде организован као: (а) отворени поступак, (б) рестриктивни поступак, (в) преговарачки поступак са или без објављивања позива за подношење понуда, и (г) конкурентни дијалог, у складу са Законом о јавним набавкама бр. 25/2006 из 2006. године (енг. *Public Procurement Act*). У Словенији се приватни субјект обавезно бира у поступку јавних набавки који може бити спроведен као: (а) отворени поступак, (б) рестриктивни поступак, (в) конкурентни дијалог, или (г) преговарачки поступак са или без објављивања позива за подношење понуда. У Турској се, по правилу, спроводи поступак јавне набавке, који може бити спроведен кроз: (а) отворени поступак; (б) рестриктивни поступак или (в) преговарачки поступак. Под одређеним условима додела уговора се, изузетно, може извршити посредством непосредне погодбе и конкурсом за пројектовање. Начин одабира приватног субјекта уређен је Законом о јавним набавкама бр. 4734 из 2002. године (енг. *Public Procurement Law*). У Уједињеном Краљевству обавезно је спровођење поступка јавних набавки, и то кроз: (а) отворени поступак, (б) рестриктивни поступак, (в) конкурентни дијалог или (г) преговарачки поступак са или без објављивања позива за подношење понуда. Поступак јавних набавки у Финској се спроводи кроз: (а) отворени поступак, (б) преговарачки поступак или (в) конкурентни дијалог. У Француској се приватни субјект обавезно бира у поступку јавне набавке, и то кроз: (а) конкурентни дијалог, (б) у поступку по јавном позиву за достављање понуда, или (в) у преговарачком поступку. Одабир приватног субјекта у Француској уређен је Ордонансом бр. 2004-559 (у оригиналу: *Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat*). У Хрватској је одабир приватног субјекта уређен Законом о јавним набавкама, *Народне новине*, бр. 90/11 и 83/13 и Законом о јавно-приватном партнерству, *Народне новине*, бр. 78/12 и 152/2014. Основно правило одабира приватног субјекта је одабир у поступку јавне набавке, осим у случају кад се у сврху спровођења пројекта јавно-приватног партнерства даје концесија, кад се примењује поступак давања концесије. У Швајцарској се обавезно спроводи поступак јавне набавке. Савезни закон о јавним набавкама (нем. *Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen*) и Уредба о јавним набавкама (нем. *Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen*) уређују три врсте поступка јавних набавки: (а) отворени поступак, (б) рестриктивни поступак, и (в) поступак слободне доделе. И на крају, у Шпанији обавезно се спроводи поступак јавне набавке, и то као: (а) отворени поступак, (б) рестриктивни поступак, (в) преговарачки поступак, или (г) конкурентни дијалог, у свему у складу са Законом бр. 30/2007 о уговорима из јавног сектора из 2007. године (шпан. *Ley de Contratos del Sector Público*).

Једнако како то чини и комунитарно право, и домаће право чини разлику између поступка доделе јавног уговора који у себи има обележја јавно-приватног партнерства и концесије, дајући прерогатив јавног уговора и једном и другом уговору. Јавни уговор се, према одредбама поменутог закона, закључује као уговор о јавној набавци или као уговор о концесији. Предметна анализа не укључује детаљан приказ поступка одабира приватног субјекта, будући да она није непосредан предмет ове анализе, а најважније информације о поступку одабира приватног субјекта дају се ради обезбеђивања целовитости приказа, у односу на поступак који прописују упоредно-правни извори.

Поступак одабира приватног субјекта у случају концесије која се састоји у праву на експлоатацију одређене услуге и праву на наплату спроводи се у складу са законом који уређује јавно-приватно партнерство и концесије, док се поступак одабира приватног субјекта у концесијама које имају обележја концесије за јавне радове, спроводи у складу са законом који уређује јавне набавке.

Поступак одабира приватног субјекта у случају концесије односно јавно-приватног партнерства са елементима концесије, формално-право започиње предлогом за доношење концесионог акта који обавезно мора да садржи предмет концесије, разлоге за давање концесије, предлог за евентуално одузимање поверених послова и одузимање права коришћења имовине за обављање поверених послова, рок трајања концесије, податке о накнадама које плаћају концедент и концесинар, и друге обавезне елементе прописане законом.

У односу на заинтересоване понуђаче, поступак се покреће објављивањем јавног позива за давање концесије, који може да уреди да се поступак спроводи са или без предквалификације, за чим следи фаза предквалификације ако је иста предвиђена јавним позивом, а након фазе предквалификације (односно у року одређеном позивом за предају понуда, ако поступак не укључује фазу предквалификације), достављају се понуде које се оцењују у складу са критеријумима које одређује давалац концесије/концедент у складу са законом и својим конкретним потребама, за чим се доноси одлука о избору најповољније понуде, и након добијања потребних сагласности на јавни уговор, се закључује јавни уговор.

(б) Поступак одабира приватног субјекта у складу са Законом о јавним набавкама

Поступак јавне набавке уређен је Законом о јавним набавкама, који слично режиму прописаном комунитарним правом, уређује општи режим спровођења одабира понуђача за набавку радова, производа, односно услуга, али и посебна правила која се односе на набавке у области водoprивреде, енергетике, саобраћаја, поштанских услуга и у области одбране и безбедности.

Поступак јавне набавке почива на следећим начелима:³¹⁵ (а) начелу ефикасности и економичности, (б) начелу обезбеђивања конкуренције, (в) начелу транспарентности поступка јавне набавке, (г) начелу једнакости понуђача, и (д) начелу заштите животне средине и обезбеђивања енергетске ефикасности, испуњавајући тако формално-правно највише стандарде на којима се базирају и правила комунитарног права. Предметна анализа, једнако као и за концесије, не укључује детаљан приказ поступка одабира приватног субјекта у поступку јавних набавки, будући да он није непосредан предмет ове анализе, а најважније информације о поступку одабира приватног субјекта дају се ради обезбеђивања упоредног приказа, у односу на поступак који прописује комунитарно право и упоредни-правни осврт, који су дати у ранијем излагању.

Поступци јавне набавке према Закону о јавним набавкама су:³¹⁶

(а) отворени поступак – у коме сва заинтересована лица могу да поднесу понуду;

(б) рестриктивни поступак – који се спроводи у две фазе и који је отворен за сва заинтересована лица. У првој фази подноси се пријава и врши квалификација подносилаца пријава на основу оцене испуњености услова. У другу фазу позивају се квалификовани понуђачи који подносе понуду;

(в) квалификациони поступак – спроводи се у случајевима кад се јавна набавка не може планирати у погледу обима, количине или времена јавне набавке, или кад су предмет набавке повремене услуге или потрошна роба, односно повремене поправке или редовно одржавање. Поступак започиње квалификационом фазом у којој се подносе пријаве које се оцењују, а наручилац на основу оцењених пријава сачињава листу од најмање пет кандидата и период за који се признаје квалификација, који не може да буде дужи од три године, а наручилац је дужан да на сваких шест месеци ажурира листу признањем квалификација сваком подносиоцу пријаве који испуњава услове. Током важења листе кандидата, наручилац позива све кандидате са листе да поднесу своје понуде, а листа у тренутку слања позива мора да садржи најмање пет кандидата;

(г) преговарачки поступак са објављивањем позива за подношење понуда – поступак се спроводи ако наручилац у отвореном, преговарачком, квалификационом поступку или конкурентном дијалогу не добије прихватљиве понуде, у изузетним случајевима кад природа радова, производа или услуга или ризика са њима повезаних онемогућава процену вредности набавке, или ако природа услуга онемогућава примену отвореног или рестриктивног поступка, а не постоје услови за спровођење конкурентног дијалога. Поступак се може спроводити у више фаза, како би се смањио број понуда о којима се воде преговори;

³¹⁵ ЗЈН, чл. 9-13.

³¹⁶ *Ibid.*, чл. 31-41.

(д) преговарачки поступак без објављивања позива за подношење понуда – поступак се спроводи ако наручилац у отвореном, односно рестриктивном поступку није добио ниједну понуду, односно све понуде су биле неодговарајуће, под условом да се првобитно одређен предмет јавне набавке и услови за учешће у поступку, као ни техничке спецификације и критеријуми нису мењали; ако због техничких или уметничких разлога набавку може да изврши само један понуђач; у случају када због изузетне хитности наручилац није могао да у законским роковима спроведе отворени или рестриктивни поступак; у случају додатних испорука за делимичну замену производа, материјала или инсталација, или проширење обима већ постојећих производа, материјала или инсталација, при чему укупна вредност додатних испорука не може да буде већа од 15% од укупне вредности првобитно закљученог уговора у отвореном или рестриктивном поступку, као и да од првобитног уговора није протекло више од две године; у случају набавке добара под посебно повољним условима од понуђача који је у поступку ликвидације или стечају; у случају набавке услуга које су део наставка конкурса за дизајн у складу са предметним законом, и др;

(ђ) конкурентни дијалог – спроводи се када је предмет јавне набавке веома сложен, тако да се уговор не може закључити у отвореном или рестриктивном поступку (није могуће одредити техничке спецификације предмета јавне набавке, правну, односно економску структуру јавне набавке и др.). Поступак се одвија у више фаза. У првој фази се упућује позив свим заинтересованим лицима да поднесу пријаву, а дијалог се води са свим подносиоцима пријава којима је призната квалификација. Дијалог се води у циљу проналажења решења које може задовољити потребе јавног наручиоца. Дијалог се води само о решењу које кандидат нуди. Након препознавања решења, наручилац позива све кандидате који нису искључени из дијалога да доставе своје коначне понуде, а одлуку доноси применом критеријума економски најповољније понуде;

(е) конкурс за дизајн – предметни поступак се спроводи у областима урбанистичког планирања, архитектуре, грађевинарства, инжењерства и информатике. Поступак се спроводи применом правила отвореног или рестриктивног поступка. Дизајн је предмет оцене независног жирија који сачињава извештај, после чега се учесници могу позвати да разјасне поједине делове свог дизајна;

(ж) поступак јавне набавке мале вредности – примењује се у односу на јавне набавке истоврсних радова, производа, односно услуга, чија је укупна процењена вредност на годишњем нивоу нижа од 3.000.000,00 динара, а за набавке истоврсних радова, производа, односно услуга чија је укупна процењена вредност на годишњем нивоу нижа од 400.000,00 динара се не примењује поступак јавних набавки.

Једнако као и комунитарно право, и Закон о јавним набавкама познаје посебне облике јавних набавки и то: (а) оквирни споразум – може се закључити након спроведеног отвореног или рестриктивног поступка. Оквирни споразум се закључује са једним или најмање три понуђача, а наручилац је дужан да у позиву за подношење пријава, односно понуда наведе са колико понуђача закључује овај споразум. Оквирни споразум се може закључити најдуже на три године, а ако је закључен са једним понуђачем, може да траје најдуже две године; и (б) систем динамичне набавке – поступак који се спороводи искључиво коришћењем електронских средстава уз примену правила отвореног поступка, у коме се позив за достављање почетне понуде упућује свим заинтересованим лицима, а лица чија понуда буде оцењена као прихватљива се примају у систем динамичне набавке. Током трајања система динамичне набавке примљени понуђачи могу побољшати или променити своју понуду, под условом да поштују техничке спецификације. Најповољнија понуда се бира применом критеријума који морају да буду садржани у јавном позиву, а они морају да буду такви да омогућавају аутоматско оцењивање понуда. Систем динамичне набавке не може да траје дуже од четири године, при чему током трајања система наручилац не може мењати услове за пријем у систем.

Закон о јавним набавкама уређује и јавне набавке у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга,³¹⁷ на начин како то чини и комунитарно право, с тим да су правила о овим јавним набавкама саставни део Закона о јавним набавкама и нису прописана посебним прописом. Тако, делатност: (а) водопривреде на које се примењују јавне набавке укључује: (i) изградњу или управљање објектима и мрежама у циљу пружања услуга корисницима у вези са производњом, транспортом или дистрибуцијом воде за пиће, (ii) снабдевање тих мрежа водом за пиће, (iii) пројекте хидрауличног инжењерства, наводњавања или исушивања земље и сл., као и (iv) пречишћавање и овођење отпадних вода; (б) енергетике на које се примењују јавне набавке укључује: (i) истраживање или вађење нафте и гаса, истраживање или ископавање угља и осталих минералних сировина и чврстих горива, (ii) изградњу или управљање објектима и мрежама у циљу пружања услуга корисницима у вези са производњом, транспортом, преносом или дистрибуцијом електричне енергије, гаса и топлотне енергије, као и (iii) снабдевање тих мрежа електричном, топлотном енергијом и гасом; (в) делатности у области саобраћаја на које се примењују јавне набавке укључују: (i) изградњу, одржавање или управљање аеродромима и речним лукама у функцији ваздушног и речног саобраћаја, и (ii) изградњу, одржавање и управљање мрежама, као и пружање услуга у области превоза железницом, градског и приградског превоза путника у друмском саобраћају који се одвија трамвајима, тролејбусима и аутобусима; и (г)

³¹⁷ *Ibid.*, чл. 117-126.

делатности у области поштанских услуга које укључују пружање резервисаних и нерезервисаних поштанских услуга.

Одабир приватног субјекта према могућим моделима уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта

Кад би се поступак одабира приватног субјекта анализирао према класификацији уговора према критеријуму модела сарадње јавног и приватног субјекта, у односу на модел пружања услуга, модел управљања, модел закупа и највећи број неименованих уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, могла би се извести законитост да се у овим моделима сарадње, приватни субјект, по правилу, бира у складу са прописима који уређују јавне набавке.

Када је реч о сарадњи јавног и приватног субјекта по моделу концесије, приватни субјект се код ових уговора увек бира у складу са прописима који уређују концесије.

Код *ВОТ* уговора, приватни субјект се најчешће бира у складу са прописима који уређују јавне набавке, али је могућа и примена прописа који уређују концесије, у случају да се објекат, постројење, односно систем, у односу на који се даје концесија, реконструише тј. технички-оперативно унапређује у складу са обележјима *ВОТ* уговора.

Сарадња јавног и приватног субјекта по моделу поверавања обављања делатности од општег интереса остварује се у уређеном поступку, у коме је сам поступак закључења уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса прецизно уређен. Међутим, имајући у виду околност да се овај уговор у пракси најчешће не закључује као самосталан уговор, већ се његовом закључењу прибегава у вези са другим уговором, на коме се базира сарадња јавног и приватног субјекта, приватни субјект се, тада, најчешће бира у складу са прописима који уређују јавне набавке, а по закључењу основног уговора о сарадњи са јавним субјектом, закључује се и овај уговор, у складу са посебним прописима који га уређују.

Одабир приватног субјекта у случају сарадње јавног и приватног субјекта по моделу *joint venture* уговора, такође се, најчешће заснива на примени прописа о јавним набавкама, с тим да је код овог модела сарадње веома чест случај да се сарадња јавног и приватног субјекта остварује у складу са међународним уговором, у ком случају се не спроводи поступак јавних набавки, будући да већина међудржавних споразума садржи одредбу која изричито искључује примену прописа који уређују јавне набавке.

И, коначно, код сарадње јавног и приватног субјекта по моделу приватизације, одабир приватног субјекта се најчешће врши у јавном поступку, у складу са посебним прописима који уређују поступак приватизације. И у случају сарадње по моделу приватизације, могуће

је да се међудржавним споразумом унапред одреди приватни субјект, у ком случају се не примењују ни прописи који уређују поступак приватизације,³¹⁸ већ се одабир приватног субјекта врши у складу са међудржавним споразумом.

Одабир приватног субјекта на други начин

Уз поступак јавне набавке, односно поступке који су компатибилни поступку јавне набавке, којима се обезбеђује транспарентност приликом одабира приватног субјекта, али осигурава и једнак приступ и конкурентност заинтересованих приватних инвеститора који испуњавају услове да постану потенцијални партнери јавног субјекта, који жели да реализује одређени пројекат, јавни субјект може започети сарадњу са приватним субјектом и без спровођења поступка јавног одабира партнера, и то на основу међународног уговора.

Основно питање које се поставља у вези са оваким начином одабира, или, прецизније речено, именовања приватног субјекта, будући да се у овим случајевима одабир и не спроводи, је да ли је овај начин реализације пројекта супротан основним правилима на којима се у складу са законом спроводи поступак одабира приватног субјекта.

Именовање уместо одабира у конкурентном и селективном процесу, чини се на први поглед, супротним закону и основним принципима на којима почива концепт партнерства, савеза, синергије, односно споразумне сарадње јавног и приватног субјекта. У вези са питањем усклађености са законом, ову дилему разрешавају сами прописи који уређују јавне набавке, који, по правилу, садрже, одредбу која искључује примену закона који уређује поступак јавних набавки у односу на међународне уговоре.³¹⁹

Остаје, дакле, отворено друго питање – супротности принципима на којима почива однос јавног и приватног субјекта. Да би се дао исправан, коректан, свеобухватан и објективан закључак, потребно је још једном се вратити на питање циља и сврхе установљавања овог односа – у његовој бити лежи потреба за стварањем предуслова за задовољавање потреба једне шире групе лица за производима, односно услугама од општег интереса. Кориснике производа, односно услуге од општег интереса могу да чине сви

³¹⁸ У домаћој пракси забележен је управо и овакав случај, кад је приватни субјект који је стекао већински пакет акција домаћег друштва именован међудржавним споразумом, без спровођења јавног поступка који уређују прописи о приватизацији. Реч је о домаћој Студији случаја 8 која је садржана у Прилогу бр. 1.

³¹⁹ Директива бр. 2014/23, чл. 10, ст. 4, тач. (а); Директива бр. 2014/24, чл. 9, ст. 1, тач. (а); Директива бр. 2014/25, чл. 27, ст. 1; ЗЈН у чл. 7, ст. 1, тач. 2 прописује да се предметни закон не примењује на набавке које се спроводе, односно које се финансирају: (а) по основу међународног споразума који се односи на добра, услуге или радове намењене заједничком коришћењу или примени од стране држава потписница; и (б) из средстава страних кредита (зајмова) добијених од међународних организација и међународних финансијских институција, у складу са условима из међународног уговора, односно посебним поступцима међународних организација и финансијских институција. Чл. 7, ст. 4 ЗЈН даље прописује да списак међународних организација и финансијских институција, чији се посебни поступци јавних набавки могу примењивати уместо одредаба ЗЈН, утврђује министарство надлежно за послове финансија

држављани одређене државе, када општи интерес остаје оно што јесте, али додатно израста из свог оквира, постајући истовремено и државни и/или национални интерес. Државни, односно национални интерес може да буде, најчешће јесте, али није нужно, руковођен искључиво комерцијалним покретачима. Он у себи, поред комерцијалног, укључује и бројне елементе другачије врсте одређења – пре свега политичког, стратешког, гео-стратешког, економско-политичког, итд. Остваривање предуслова за испуњење таквог интереса, с друге стране, може да обезбеди релативно узак круг ентитета – такође држава. Заснивање односа сарадње међу државама, не заснива се, по правилу, на конкурентном поступку, који приличи комерцијалним односима и другим актерима. Напротив, такав однос је однос који се заснива на историјским, традиционалним, политичким и другим релацијама двеју или више држава, кад се управо однос двеју држава, уз испуњеност одређених услова на страни државе-партнера са којом се заснива конкретан однос, ставља у функцију остварења општег интереса – интереса шире групе корисника производа, односно услуга од општег интереса, за којима постоји потреба. Другим речима, општи интерес се прожима и обједињује са другим интересима, али он опстаје и остаје као основна потка сарадње двеју или више држава које преузимају обавезе у сврху његовог испуњења.

Заснивање сарадње јавног и приватног субјекта на основу међународног уговора представља, у пракси, знатно ређи основ за реализацију пројеката, односно спровођење уговора који су предмет ове анализе. Међународни уговор, као основ за сарадњу јавног и приватног субјекта, по правилу, среће се код стратешких, гео-политичких, односно пројеката од националног значаја, који су карактеристични за енергетски сектор, војно-безбедносна питања и средње пројекте.³²⁰

Начин одређења приватног субјекта може да буде двојак: (а) држава потписница закључењем уговора задржава право да именује привредно друштво које ће у име и за рачун те државе потписнице извршавати и спроводити међународни уговор, или (б) држава потписница закључењем уговора већ именује привредно друштво, односно предвиђа могућност да то буде друго привредно друштво из исте пословне групе, које ће у име и за рачун те државе потписнице извршавати, односно спроводити међународни уговор.³²¹

³²⁰ Као пример оваквих међудржавних уговора могу се навести међународни уговори које је Република Србија закључила са Руском Федерацијом у области гасне, односно нафтне и гасне индустрије и то: (а) Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Руске Федерације о сарадњи у изградњи гасовода на територији Савезне Републике Југославије, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори* бр. 4/1996, и (б) Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Руске Федерације о сарадњи у области нафтне и гасне привреде, *Службени гласник РС*, бр. 83/2008.

³²¹ Горе поменути Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Руске Федерације о сарадњи у области нафтне и гасне привреде у чл. 2 прописује да ће у циљу реализације пројеката учесници у пројекту испред Руске Федерације бити Отворено акционарско друштво „Газпром“ или његова повезана лица које оно одреди, а у име Републике Србије ће пројекат реализовати Јавно предузеће „Србијас“. У конкретном наведеном случају, ради се о привредним друштвима која су у искључивом, односно већинском власништву држава потписница међународног уговора, и која су у својим државама, у тренутку закључења Споразума, имала монопол над обављањем

Међународни уговор може да предвиди и ко ће у име домаће државе реализовати уговор, на једнак начин на који та могућност постоји за страну државу потписницу.

Овакав начин одабира приватног субјекта, који одступа од општег режима који укључује поступак спровођења јавних набавки, односно другог законом уређеног поступка, још израженије пресликава и одражава изразит и веома специфичан карактер *intuitu personae* обележја ових уговора, у коме уговорне стране именују субјекте који ће извршити уговор управо с обзиром на њихова својства, искуство, знање и вештине.

2. Фактори који могу да утичу на реализацију пројекта

Посебно деликатно питање које утиче на реализацију пројекта, односно извршење уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, односи се на одговорност јавног и приватног субјекта у фази која претходи одабиру приватног субјекта.

На успех пројекта пре свега утиче адекватна припрема пројекта, заснована на објективним и проверљивим параметрима, за шта је потребна, како је показала пракса реализације уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, правовремена стручна помоћ јавном субјекту од стране стручних консултаната, експерата у конкретној области у којој се пројекат реализује, јасно истицање циља јавног субјекта, одређивање стандарда изградње, односно стандарда пружања услуга, и утврђивање разумљивих механизма и динамике контроле реализације пројекта. Као што је то већ истакнуто у вези са принципима на којима је заснована сарадња јавног и приватног субјекта, сам поступак одабира приватног субјекта мора да обезбеди максималну конкурентност, транспарентност, једнак приступ информацијама и не сме да буде подложен елементима корупције у било ком тренутку.

Пројекти ове врсте се најчешће припремају на начин да уваже све особености конкретног случаја, законских, процедуралних и техничких задатости и ограничења, те је, отуда, сваки пројекат особен. Међутим, ова специфичност оваквих пројеката никако се не сме тумачити на начин да пројекат треба да се припрема тако да се има у виду одређени приватни субјект, те да се стандарди, услови и други критеријуми самог поступка одабира приватног субјекта „креирају“ за конкретног инвеститора (енг. *taylor-made project*).

Додатно, пројекат, као што је то већ напоменуто, мора да има друштвено-политичку подршку, како у тренутку када се пројекат осмишљава, тако и све време његове реализације.

одређених енергетских делатности. На исти начин, страну уговорницу у име уговорне стране Руске Федерације прописује и горе такође поменути Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Руске Федерације о сарадњи у изградњи гасовода на територији Савезне Републике Југославије из 1996. године.

Глава VII

ПРЕДМЕТ УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА

У најтешњој повезаности са моделом уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, како су исти приказани у горњој Глави IV, налази се и предмет уговора. Наиме, предмет уговора, на одређени начин, одређује модел уговора, али овај однос функционише и у обрнутом правцу, тако што модел уговора одређује предмет уговора.

Међутим, оно што је изнад и модела и предмета уговора је природа конкретног пројекта и његове специфичности, које опредељују и предмет и модел уговора, препознавајући шта ће у конкретном случају на најбољи могући начин обезбедити испуњење циља који су уговорне стране имале у тренутку закључења уговора, односно који желе да остваре током читавог века трајања пројекта.

Предмет уговора, па и уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, одређује конкретна уговорна обавеза која се њиме установљава и у односу на чије извршење се уговорне стране међусобно обавезују. Према општим правилима облигационог права, уговорна обавеза се може састојати у давању, чињењу, нечињењу или трпљењу.³²²

Имајући у виду природу уговорног односа између јавног и приватног субјекта, који се међусобно обавезују на реализацију пројекта у складу са договореним условима, на уговорни „савез“, „партнерство“ или „заједнички подухват“, предмет ове врсте уговора састоји се преваходно у чињењу, односно давању, при чему непосредну корист од реализације пројекта, односно уговореног чињења или давања имају трећа лица – корисници производа, односно услуга од општег интереса, с тим да, свакако, одређену корист од реализације пројекта, односно извршења уговора имају и саме уговорне стране.³²³

Чињење означава испуњење одређене обавезе једне уговорне стране према другој уговорној страни, која се састоји у предузимању одређене активне радње, којом се остварује одређени резултат, односно одређени циљ (кауза уговора).

³²² ЗОО, чл. 46.

³²³ Јавни субјект остварује корист утолико што одређену врсту делатности од општег интереса, коју он самостално не може да обавља, обезбеђује сарадњом са приватним субјектом, док у пројектима који подразумевају изградњу новог, односно реконструкцију тј. техничко-оперативно унапређење већ постојећег објекта, система, односно постројења, након истека века трајања пројекта, добија у својину објекат, постројење, односно систем, за које није имао средстава, могућности, искуства, знања нити технике да га самостално изгради, односно оспособи. У случају да пројекат подразумева оснивање заједничког привредног друштва, јавни субјект остварује корист и из прихода заједничког привредног друштва које пружа услуге од општег интереса. Приватни субјект, с друге стране, остварује непосредну финансијску корист из обављања делатности од општег интереса, за које му се плаћа одговарајућа цена, која треба да обезбеди исплативост инвестиције, али да обезбеди и одговарајући профит приватног субјекта од конкретног пројекта.

Давање, с друге стране, означава испуњење одређене обавезе која се састоји у предаји неке ствари, односно преносу неког права са једне уговорне стране на другу уговорну страну, чиме се, такође, остварује одређени циљ.

У горе анализираним моделима уговора могли смо да видимо генералну поделу уговора управо према томе шта чини њихов предмет, односно у чему се састоји обавеза уговорних страна. Анализом модела уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта према критеријуму одређења обавеза уговорних страна изводе се следећи закључци.

Сарадња јавног и приватног субјекта по *моделу уговора о пружању услуга*, заснива се на спровођењу одређених активности, односно пружању одређених услуга од општег интереса од стране приватног субјекта (пружалац услуге, односно извођач), за које друга уговорна страна – јавни субјект (наручилац) плаћа приватном учеснику у пројекту уговорену накнаду. Обавезе уговорних страна се састоје у *чињењу* (обављање делатности, односно пружање одређене услуге од општег интереса), односно у *давању* (плаћање цене за пружене услуге).³²⁴

Сарадња јавног и приватног субјекта по *моделу пружања услуга*, заснива се на предузимању радњи управљања и руковођења објектом, постројењем, односно системом, посредством којих се обезбеђује пружање услуге од општег интереса, које врши приватни субјект, за шта му јавни субјект исплаћује уговорену накнаду. Обавезе уговорних страна се састоје у *чињењу* (пружање одређене услуге од општег интереса), односно у *давању* (плаћање цене за пружене услуге).

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта по *моделу уговора о закупу* почива на пружању услуга од општег интереса од стране приватног субјекта коришћењем објекта, постројења, односно система, који је у власништву јавног субјекта, а које је јавни субјект предао приватном субјекту у закуп. Обавезе уговорних страна се састоје у *чињењу* (пружање одређене услуге од општег интереса), односно у *давању* (плаћање цене за пружене услуге).

Сарадња јавног и приватног субјекта по *моделу концесије* подразумева, најчешће, реконструкцију већ постојећег објекта, постројења, односно система, али предмет може, додуше ређе, бити и изградња новог објекта, постројења, односно система, у функцији обављања делатности од општег интереса. У пракси реализације ових уговора предмет концесије се најчешће одређује као – финансирање, пројектовање, изградња, коришћење и одржавање већ постојећег објекта, постројења, односно система, који је непосредан предмет пројекта. Обавезе уговорних страна се састоје у *чињењу* (поменуто финансирање, дизајнирање, пројектовање, изградња, коришћење и одржавање) и у *давању* (плаћање концесионе накнаде).

³²⁴ Уговори о пружању услуга као свој непосредан предмет најчешће имају здравствене услуге, услуге одржавања, услуге јавног превоза, услуге линијског превоза, итд.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта по *BOT моделу*, за разлику од концесије, најчешће подразумева изградњу новог објекта, постројења, односно система, у функцији обављања делатности од општег интереса, и има за непосредан предмет финансирање, пројектовање, изградњу, коришћење и одржавање новог објекта, постројења, односно система који је предмет конкретног пројекта. Обавезе уговорних страна се састоје у *чињењу* (финансирање, пројектовање, изградња, коришћење и одржавање) и у *давању* (плаћање накнаде од стране јавног субјекта и/или крајњих корисника услуга од општег интереса).

Уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса има за предмет делегирање обављања делатности од општег интереса.³²⁵ Обавезе уговорних страна се састоје у *чињењу* (делегирање обављања делатности од општег интереса и само обављање поверене делатности). Уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса најчешће нема непосредно уређену обавезу давања (плаћања накнаде) према јавном субјекту, што произлази из акцесорне природе овог уговора, при чему се плаћање накнаде јавном субјекту, најчешће, уређује неким другим уговором.

Уговор о заједничком оснивању привредног друштва од стране јавног и приватног субјекта има за предмет уређење њихових међусобних односа као оснивача, односно каснијих чланова друштва/акционара, дугорочно уређивање сарадње на нивоу друштва, ограничења располагања власничким правима и начина остваривања права унутар друштва (корпоративно управљање/привредно-статусни аспект) и извршења уговорних обавеза (облигационоправни аспект), и др. Обавезе уговорних страна се састоје у *чињењу* (извршење обавеза из уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта), и у давању (уплата капитала, касније евентуалне докапитализације, давање зајмова, исплата цене удела/акција у случају иступања из друштва), а могу се састојати и у нечињењу, односно уздржавању од чињења која су супротна циљу и сврси закључења основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.

Уговор о приватизацији као свој предмет има куповину удела/акција од стране приватног субјекта, уз плаћање цене јавном субјекту, праћено обавезом извршења инвестиционог програма и испуњења социјалног програма, те забраном промене делатности, односно располагања имовином изнад уговореног процента. Обавеза јавног субјекта састоји се у сарадњи са приватним субјектом у органима друштва и обезбеђивању несметаног корпоративног управљања. Обавезе уговорних страна се састоје у *чињењу* (извршење

³²⁵ У пракси, уговори о поверавању обављања делатности од општег интереса се, најчешће, закључују у вези са обављањем следећих делатности: производње, преноса и дистрибуције електричне енергије; производње и прераде угља; истраживања, производње, прераде, транспорта и дистрибуције нафте и природног и течног гаса; промета нафте и нафтних деривата; железничког, поштанског и ваздушног саобраћаја; телекомуникација; коришћења, управљања, заштите и унапређења добара од општег интереса (воде, путеви, минералне сировине, шуме, пловне реке, итд.); производње, промета и превоза наоружања и војне опреме; управљања отпадом и комуналних делатности.

инвестиционих обавеза и испуњење социјалног програма, професионално управљање у друштву), *давању* (плаћању цене за уделе/акције које јавни субјект продаје приватном), као и у *трпљењу* јавног субјекта у односу на одређена поступања приватног субјекта, на која се уговорно обавезао.

Приказ предмета, модела уговора, отворених питања, изазова и проблема у реализацији пројеката сарадње јавног и приватног субјекта у различитим јурисдикцијама, према истраживању *Deloitte*-а,³²⁶ садржан је у Прилогу бр. 3 под називом „Упоредни приказ предмета типичних уговора који се закључују у појединим јурисдикцијама“.

³²⁶ Вид. *Closing America's Infrastructure Gap: The Role of Public-Private Partnerships*, A Deloitte Research Study, Deloitte 2007, 22.

Глава VIII

ПОДЕЛА РИЗИКА ИЗМЕЂУ УГОВОРНИХ СТРАНА

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта заснивају се на два детерминишућа постулата који морају бити кумулативно испуњени: (а) постулату ваљане идентификације и адекватне расподеле ризика између уговорних страна, и (б) оптималном задовољењу критеријума „вредност за новац“ (енг. *value for money-VfM*).

1. Идентификација и адекватна расподела ризика између уговорних страна

У правној литератури појам ризика се дефинише на различите начине,³²⁷ најчешће као будући неизвестан догађај од утицаја на неки облигационоправни или привредноправни однос, који за своју последицу може да има пропаст, губитак, оштећење или умањење вредности одређене ствари, чија својина у одређеном тренутку треба да пређе са једне на другу уговорну страну.³²⁸ Овакво уобичајено одређење ризика је значајно уже од поимања ризика код уговора који су предмет ове анализе, будући да није потпуно примерено појму, смислу и предмету ових уговора. Ризик код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта могао би се одредити као будући неизвестан догађај, који има утицаја или на могућност обављања одређене делатности, односно пружања одређене услуге од општег интереса (у случају да објекат или постројење посредством кога се обавља делатност, односно пружа услуга није изграђен на време), или је такав догађај од значајног утицаја на финансијску исплативост пројекта (будући да као крајњу последицу наступања ризика има или губитак прихода за пројектно друштво, или увећање трошкова, што се, такође, последично одражава на губитак прихода од пројекта).³²⁹ Приликом одређења појма ризика у вези са уговорима који су предмет ове анализе, важно је руководити се крајњим циљем закључења ових уговора – обављањем делатности, односно пружањем услуге намењене одређеној категорији корисника, чиме се задовољава општи интерес, што је видљива кауза овог уговора, али и критеријумом финансијске исплативости пројекта. У том смислу, аутор би покушао да ризик

³²⁷ „Неизвесност у погледу исхода догађаја у коме је могуће наступање више различитих исхода“, према Америчком удружењу за ризик и осигурање, вид. George L. Head, „An alternative of defining risk as uncertainty“, *The Journal of Risk and Insurance* 2/1967, 205; односно као „будући неизвестан догађај“, вид. Baruch Fischhoff, Stephen R. Watson, Chris Hope, „Defining Risk“, *Policy Sciences* 17/1984, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 123-139; или као „неизвесност“, вид. Glyn A. Holton, „Defining Risk“, *Financial Analysts Journal* 6/2004, CFA Institute, 19-25; такође, и као „неизвестан исход догађаја са два или више могућих исхода од којих је могућ губитак“, вид. *Dictionary of Terms, Acronyms and Ratios used in the Insurance Sector*, Global Credit Rating Co. 2013, 72, 78 и 81.

³²⁸ *Правни лексикон*, 995; такође, вид. и: Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Правни факултет Универзитета у Београду 1997, 85.

³²⁹ E. R. Yescombe (2007), 242.

код ових уговора дефинише као будући неизвестан догађај који онемогућава, спречава, отежава, одлаже или утиче на квалитет и обим услуге од општег интереса, а напоредо са тим и на финансијску исплативост пројекта. Квалитет услуге од општег интереса је у директној повезаности са финансијском исплативошћу, посебно код оних пројеката код којих се након фазе изградње, кад услуга почне да се пружа, трошак те услуге преваљује на финалне кориснике те услуге – тј. потрошаче. За финалног корисника услуге од општег интереса, без обзира на то шта је предмет те услуге, једнако су важни квалитет услуге, обим услуге, односно целовитост услуге (у случају када се финалним корисницима нуди пакет од неколико повезаних услуга) и континуитет у њеном пружању, али им је од посебног значаја и цена те услуге, посебно у случају кад држава, односно јединица локалне самоуправе не субвенционише крајње кориснике услуга, већ се трошак услуге, те потенцијално и повећања цене услуге, преваљује на крајњег корисника, што је најчешћи случај код уговора који имају обележја концесије.³³⁰ У таквим околностима крајњи корисник услуге цени услуге може дати чак и пресудан значај у вези са генералном оценом производа, односно услуге које му се пружају, што нас поново враћа на критеријум финансијске исплативости пројекта.

У случају наступања ризика, на начин како смо их дефинисали за потребе анализе ових уговора, основно питање које се поставља је ко ће сносити губитак, односно ко ће сносити трошкове настале наступањем одређеног догађаја. Питање дефинисања ризика и одређење субјекта, односно уговорне стране одговорне за сношење ризика је основно питање које се налази у средишту односа јавног и приватног субјекта, које пресудно утиче на саму садржину уговора, али и на одрживост пројекта и извршење уговора.

Како сви уговори дугорочног карактера, без обзира на њихове појединачне специфичности, представљају „партнерства“, „алијансе“, односно „пословне подухвате“ тј. „*business савезе*“, што је природно постало и део назива појединих уговора овакве врсте (именовани уговори јавно-приватног партнерства), то се у правној теорији, а веома често у пракси, говори о заједничком сношењу ризика између уговорних партнера у пројекту (енг. *risk sharing*).³³¹ Иако овакво одређење има за циљ да и термилошко додатно ојача одређење ових пословних подухвата као односа партнерства³³², термилошко одређење је суштински супротно правно-економској логици ових пројеката и последицама наступања ризика, које се своди на одговор на питање – ко сноси трошак наступања ризика, ко је одговоран за предузимање радњи ублажавања последица наступања ризика, односно

³³⁰ *Ibid.*, 243.

³³¹ *Ibid.*, 242; Graeme A. Hodge, „Risks in Public-Private Partnerships: Shifting, Sharing or Shirking?“, *The Asia Pacific Journal of Public Administration* 2/2004, 155-179.

³³² Глагол „*share*“ у енглеском језику означава поделу, односно расподелу која има обележја равноправне поделе, што није суштина односа јавног и приватног субјекта. Уместо равномерне поделе, ове уговоре обележава *адекватна* подела, предодређена специфичностима сваког конкретногог случаја.

умањења последица наступања ризика. У пракси реализације оваквих пројеката, суштински се не ради о заједничком сношењу ризика, већ о веома деликатној (*рас*)подели ризика између уговорних страна, те се као једино отворено питање поставља питање *мере поделе ризика*³³³. У пракси преговарања ових уговора присутан је релативно једноставан и праволинијски тренд настојања уговорних страна да што је могуће већи број ризика превале на другу уговорну страну – јавни субјект на пројектно друштво, и обрнуто, пројектно друштво на јавног субјекта, сматрајући да је критеријум за добро испреговаран уговор што је могуће мања мера преузетих ризика. Овакви пројекти се, по неписаном правилу, завршавају неуспехом који представља консеквентан одраз неразумних позиција уговорних страна, будући да праву меру баланса ризика даје само спровођење пројекта, које доказује да је *адекватна расподела ризика*³³⁴ релативан гарант успеха пројекта, а она означава модел расподеле према коме учесници у пројекту преузимају на себе оне ризике који су објективно под њиховом контролом³³⁵, или у односу на чије наступање, управо они могу да предузму оптималне мере спречавања наступања последица ризика или умањења штете по пројекат³³⁶.

1.1. Дисперзија ризика

Питање преноса ризика, односно питање на коме остаје ризик благовременог и успешног спровођења пројекта – да ли на ономе ко га је преузео или можда на неком другом субјекту, једно је од основних питања које се изводи из принципа (*рас*)поделе ризика³³⁷. У реалном животу, договор о томе на коме ће остати ризик, односно ко ће сносити ризик извођења пројекта у одређеној фази његове реализације, нема превише алтернатива. Наиме, као две најчешће, логички и економски најрационалније и најоправданије основне могућности су: (а) да ризик остане на јавном субјекту, или (б) да ризик буде пребачен на пројектно друштво које спроводи и реализује пројекат. Изузев у случајевима када постоји посебно оправдан разлог да ризици остану на јавном субјекту (у случају када почетак радова на изградњи зависи од активности и мера које је дужан да предузме јавни субјект – на

³³³ Бранко Радуловић, Драгутин Ненезић, „Нови регулаторни оквир за јавно-приватно партнерство у Републици Србији: учење на сопственим или туђим грешкама?“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ – 2012*, 196, доступно на: <http://www.bradulovic.com/wp-content/uploads/2013/01/Radulovic-Nenezic-Zbornik.pdf> - 25.4.2015.

³³⁴ А. Ng, Martin Loosemore, „Risk allocation in the private provision of public infrastructure“, *International Journal of Project Management* 2006, 5-7, доступно на: <http://jingpin.szu.edu.cn/jingpin2006/jianshe/Uploadfiles/Risk%20allocation%20in%20the%20private%20provision%20of%20public%20infrastructure.pdf> - 26.4.2015.

³³⁵ J. Evans, D. Bowman, 66-68.

³³⁶ Ke Yongjian *et al.*, „Preferred risk allocation in China’s public-private partnership (PPP) projects“, *International Journal of Project Management* 28/2010, 487; Rui Domingos Ribeiro da Cunha Marques, Sanford V. Berg, „Risks, Contracts and Private Sector Participation in Infrastructure“, 2010, 3-8, доступно на: http://bear.warrington.ufl.edu/centers/purc/docs/papers/0925_Marques_Risks_Contracts_and.pdf - 26.4.2015; П. Цветковић (2015), 111-132.

³³⁷ Б. Радуловић, Д. Ненезић, 195.

пример, прибављање дозвола, лиценци, одобрења, спровођење административних поступака и слично), што се најчешће везује само за почетну фазу реализације пројекта када се учешће јавног субјекта своди на испуњење бројних претходних услова којима се обезбеђује даље успешно спровођење пројекта, велика већина уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта предвиђа преузимање претежног броја ризика од стране пројектног друштва.

Међутим, само преузимање ризика не значи нужно да ризик мора да остане на уговорној страни која га је примарно преузела. Отуда нас разматрање расподеле ризика још једном води у правцу анализе позиција уговорних страна и оцене њихове равноправности, коју ова дисертација непрекидно проблематизује и испитује, у настојању да докаже да однос равноправности који се инпутира у називу уговора и у настојању да се овај однос прикаже на тај начин, у бројним аспектима „маскира“ и крије значајну асиметрију позиција партнера у овим пројектима.³³⁸ Наиме, иако уговори јавног и приватног субјекта у себи садрже бројне језичке или циљне назнаке савеза, партнерства или заједничког подухвата уговорних страна, што имплицира њихову равноправност или приближну равноправност, сматрамо да постоји још један убедљив аргумент због чега се однос јавног и приватног субјекта има посматрати као однос асиметрије и неравноправне позиције и у контексту расподеле ризика. Критеријум за овакво резоновање није, дакле, сама мера преузетих ризика, већ могућност да се изврши дисперзија истих, односно њихово преношење ризика на друга лица. Позиције уговорних страна у овом смислу се битно разликују. Ризици које на себе преузима јавни субјект су најчешће непреносиви, односно у највећем броју случајева није могуће уопште, или је могуће у веома малој мери да се изврши пренос ризика на треће лице.³³⁹ Разлози за то се крију у прерогативу „јавности“ на страни јавног субјекта, који са собом увек повлачи разумевање да се иза сваког пројекта, у финалној инстанци налази држава, што је, на први поглед, нетачно резоновање, међутим, са становишта последица – давања гаранција, обезбеђивања одређених плаћања из буџетских средстава, односно преузимања крајње финансијске одговорности за обавезе јавног субјекта, изгледа да се горе наведена претпоставка заиста показује истинитом.

За разлику од јавног субјекта, који нема на кога даље да пренесе ризик, и сам је гарант одрживости пројекта, како за приватног субјекта, тако и за финансијере пројекта који оцењују пројекат као исплатив, односно *банкабилан*, управо мерећи и процењујући ризике пројекта и њихову расподелу, пројектно друштво као носилац пројекта, има могућност да преузети ризик делом пренесе на трећа лица. Трећа лица на која се ризик даље може пренети могу да буду: (а) подизвођачи, (б) осигуравајућа друштва, или (в) оснивачи пројектног

³³⁸ Francesca Medda, „A game theory approach for the allocation of risk in transport public private partnership“, *International Journal of Project Management* 25/2007, 213-218.

³³⁹ Овај ограничен број случајева, односи се, углавном, на осигурање од, примера ради, ризика одређене државе/политички ризик, који не мора нужно да буде осигуран, будући да се одређени ризици и не могу осигурати.

друштва – спонзори. Код уговора о концесији, односно уговора о јавно-приватном партнерству са елементима концесије, трошак се, у крајњој инстанци, преваљује на крајњег корисника услуге, чиме се отвара простор за још ширу дисперзију ризика.

Заговорници условне равнотеже позиција партнера у овим пројектима, покушали би да овај аргумент релативизују контра-аргументом, да приватни субјект на себе преузима претежан део ризика, чиме се неутралише или битно неутралише асиметрија уговорних страна у погледу могућности преношења ризика на трећа лица.

Иако се овај контра-аргумент *prima facie*, може учинити убедљивим, он то, ипак, суштински није, јер пројектно друштво користи сам пројекат и као средство за обезбеђивање финансирања, али и као само средство обезбеђења, а његови оснивачи (спонзори), услед издвајања оваквих пројеката из свог ширег пословања (енг. *ring-fencing*),³⁴⁰ ограничавају своју финансијску одговорност³⁴¹ евентуално на гаранције које издају, које су по својој вредности, најчешће, значајно мање од гаранција које се дају за јавног субјекта.

Мотиви којима се руководе различити учесници у реализацији пројекта од општег интереса у евалуацији ризика и постизању договора о (рас)подели ризика су различити. У пракси реализације ове врсте уговора неретко се дешавало да је јавни субјект забрањивао или ограничавао пренос дела, или целокупног ризика, са пројектног друштва на његове подизвођаче, правдајући овакав приступ недостатком контроле над поступањем подизвођача који, према гледишту јавног субјекта, нису у директној вези са њим, те недостатак овакве непосредне контроле води већој извесности наступања одређених ризика. У оваквим случајевима се готово редовно дешавало да након закључења уговора, у фази оцене банкабилности пројекта, кад се у пројекат укључују и финансијери пројекта, управо они захтевају поновне преговоре о (рас)подели ризика, што редовно води одлагању почетка реализације пројекта који захтева пројектно финансирање, и додатном увећању трошкова.

Из перспективе финансијера пројекта, ограничење преноса ризика није прихватљиво јер оно представља непосредан ризик по њих саме, будући да се ризици пројектног друштва могу потенцијално прелити на финансијере пројекта постајући, посредно, њихов ризик и њихов потенцијални губитак, из ког разлога они не желе да прихвате такве услове уговора са јавним субјектом. Пројектна друштва, најчешће, немају никакву пословну историју будући да су то циљно основана друштва за сврху реализације конкретног пројекта (енг. *shell companies*), без имовине, са ограниченом количином новца који су обезбедили његови оснивачи као новчани улог у друштво приликом оснивања или током реализације пословања кроз повећање капитала (енг. *equity financing*). То практично значи да ова друштва својом

³⁴⁰ Steven L. Schwarcz, „Ring-Fencing“, *Southern California Law Review* 69/2013, 69-108.

³⁴¹ James Dohrman, James Aiello, „Public-Private Partnerships for Waste Management: Challenges for Policies and Procedures“, *Development Southern Africa* 4/1999, 691-705.

имовином не могу да пруже адекватна средства обезбеђења финансијерима пројекта да ће, у случају немогућности враћања кредита који им се дају кроз пројектно финансирање, моћи да благовремено одговоре својим обавезама. Како ће пројектна друштва почети да се финансирају од сопствене делатности – пружања услуга од општег интереса, тек када објекат/постројење/систем буде изграђен, а њихова изградња траје и по неколико година, у зависности од конкретног предмета уговора, јасно је да финансијерима пројекта не одговара концепт по коме на пројектном друштву остају сви ризици у вези са реализацијом пројекта, јер наступање ових ризика може да одложи тренутак започињања пружања услуге од стране пројектног друштва (кашњења у реализацији пројекта) или да узрокује немогућност пружања услуге (наступање одређеног ризика је условило напуштање пројекта, односно потпуну немогућност реализације пројекта), што представља директну штету финансијера пројекта. Отуда ће финансијери пројекта инсистирати на преносу ризика са пројектног друштва на трећа лица.

У случају кад се ризик предвиђен уговором преноси са пројектног друштва на подизвођаче веома је важно осигурати да се на подизвођаче пренесе ризик који има исто одређење и, што је могуће ближе последице, какве има ризик који је предвиђен уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта.³⁴²

1.2. Преглед и класификација ризика

Питање поделе ризика је техничко-економско-правно питање које дубоко задире у концепт пројектног финансирања.³⁴³ Отуда и сам успех обезбеђивања финансирања, а следствено томе и саме реализације пројекта, зависи од правилног препознавања могућих ризика,³⁴⁴ још у фази планирања пројекта, које најчешће врши јавни субјект, предлога поделе ризика који даје у нацрту уговора који је садржан у тендерској документацији, тока и исхода преговора са приватним субјектом, али и става финансијера пројекта, који имају моћ да захтевају суштинске измене већ закључених уговора, које доприносе другачијој расподели ризика у смислу обезбеђивања боље банкабилности пројекта.³⁴⁵

³⁴² Пракса извршења уговора који су предмет ове анализе пуна је примера поступања управо супротно овом упутству, као, на пример, случајеви кад пројектно друштво закључује уговоре са више подизвођача делегирајући им одвојене делове пројектног задатка, кроз поделу послова из пројектног задатка или кроз поделу деоница на линији одређене трасе, па се кроз такву поделу надлежности појави одређена инкомпатибилност поверених послова у односу на оне изворно преузете уговором са јавним субјектом или дође до примене другачијих критеријума у погледу одређења рокова, обрачуна цене, трошкова и слично.

³⁴³ Nur Alkaf Abd Karim, „Risk Allocation in Public-Private Partnership (PPP) Project: A Review on Risk Factors“, *International Journal of Sustainable Construction Engineering & Technology* 2/2011, 11-14.

³⁴⁴ Young Hoon Kwak, Ying Yi Chih, C. William Ibbs, „Towards Comprehensive Understanding of Public Private Partnership for Infrastructure Development“, *California Management Review* 2/2009, 65-69.

³⁴⁵ Patric XW Zou, Shouqing Wang, Dongping Fang, „A life-cycle risk management framework for PPP infrastructure projects“, *Journal of Financial Management of Property and Construction* 2/2008, 124-125.

Један од првих корака у анализи ризика је припрема прегледа ризика (енг. *risk matrix*), који треба таксативно да прикаже све ризике чије се наступање може предвидети у контексту планираног пројекта, као и да сагледа све замисливе последице наступања препознатих и пројектованих ризика; поделу ризика између уговорних страна, у односу на целокупан пројекат или по фазама реализације пројекта; могуће предвидиве мере, активности и радње којима се, у случају претње наступања ризика, може предупредити њихово наступање, умањити, диверсификовати или отклонити њихове последице; могућност преношења дела ризика на трећа лица, и др. Иако се преглед ризика припрема за сваки појединачни пројекат, постоји услован образац матрице ризика који се прилагођава сваком конкретном пројекту, а који је садржан у Прилогу бр. 4 под називом „Матрица ризика“.

У литератури, али и у пракси извршења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта издефинисало се неколико различитих критеријума поделе ризика. Најопштија подела ризика је подела према: (а) *критеријуму врсте ризика* (на пример, политички ризици, економски ризици, правни ризици, еколошки ризици, и др.), и (б) *критеријуму фазе наступања* (на пример, ризици у фази изградње, ризици оперативне фазе пројекта, ризици раскида уговора, и др.). Преглед ризика који је дат у наставку текста прати логичан след приказа ризика из перспективе одређења предмета пројекта и његове реализације. Напомињемо да су ризици који најчешће нису под непосредном контролом уговорних страна приказани посебно у Глави XVIII.

1.2.1. Политички ризици као општи ризик

Посебно значајну категорију ризика, који се често одређује и као општи ризик који прати реализацију уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, представљају политички ризици.³⁴⁶ Значај који се придаје овој врсти ризика³⁴⁷ проистиче најмање из следећих разлога: (а) дугорочности односа јавног и приватног субјекта, (б) крајњег циља закључења уговора – задовољење потреба одређене групе корисника услуга, које се одређује као задовољење општег интереса, (в) вредности пројекта, (г) степена инволвираности јавног субјекта у реализацију пројекта и могућности јавног субјекта да утиче на ток извршења уговора.³⁴⁸

³⁴⁶ E. R. Yescombe (2007), 247-248; Darrin Grimsey, Mervyn K. Lewis, „Evaluating the risks of public private partnerships for infrastructure projects“, *International Journal of Project Management* 20/2002, 111.

³⁴⁷ J. Delmon (2009), 223-226.

³⁴⁸ Држава, као јавни учесник у пројекту, посебно у пројектима који се реализују на основу међународних уговора, на основу својих суверених овлашћења, има право да примени радикалне мере – на пример, наметне до тада непостојеће законске обавезе, примени репресивне мере, пружи неједнак третман различитим учесницима на тржишту и слично. Приватни субјект или пројектно друштво могу, таквим радњама, да буду осујећени у остваривању економског

Политички ризици се могу поделити у ризике наступања околности које имају дискриминаторски ефекат³⁴⁹ и у ризике наступања околности које немају експлицитно дискриминаторски ефекат, које приватни субјект најчешће прихвата.³⁵⁰

Под политичким ризицима³⁵¹ се код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће подразумевају следећи ризици: (а) ризик грађанског рата или избијања ратног сукоба који нема обележја грађанског рата, (б) ризик национализације, експропријације или каквог другог одузимања имовине, (в) ризик инфлације, (г) ризик наметања економских санкција, (д) ризик прекида дипломатских односа, посебно у пројектима који укључују страни елемент, (ђ) ризик нестабилности финансијског система, платног промета и система девизног пословања, (е) ризик оспоравања закљученог уговора од стране надлежног јавног правобраниоца, и др.

Осим горе наведених општих ризика политичке природе, постоје државе које се налазе у специфичној фази свог државотворног развоја и под утицајем различитих међународних фактора, који имају међусобно супротстављене интересе који се одражавају и на привреду и уопште климу улагања у конкретну државу. Осетљивост политичких ризика у таквим системима додатно се појачава. Такође, у вишепартијским системима демократија у развоју, са владама које неретко не дочекају свој пун мандат, а са заоштреним односима и значајно супротстављеним интересима, догађа се да различите струје опструишу спровођење пројеката, чак и оних који се извршавају на основу мултилатералних или билатералних међудржавних споразума. Таква опструисања у пракси су се сретала и у поступању локалних заједница.³⁵²

Политички ризик за приватног субјекта, као и за финансијере пројекта, најчешће са собом повлачи и репутациони ризик, па што је већа извесност наступања политичких ризика, то је сразмерно пропорционално и смањење интересовања приватних субјеката да узму учешће у пројектима у одређеним јурисдикцијама.

бенефита посла у који су ушли, рачунајући на услове који су важали у третнутку закључења уговора, а који су се променили током реализације пројекта.

³⁴⁹ У случају наступања ризика који имају дискриминаторски ефекат, приватном субјекту најчешће не преостаје ништа друго осим да раскине уговор.

³⁵⁰ У случају наступања ризика који немају дискриминаторски ефекат, кад наступи погоршање околности, у односу на оне које су важиле у тренутку закључења уговора, најчешће се поново преговарају одређени елементи уговора, односно прибегава се изменама уговора, а значајно ређе се приступа раскиду уговора.

³⁵¹ Shou Qing Wang *et al.*, „Political Risks: Analysis of Key Contract Clauses in China's BOT Project“, *Journal of Construction Engineering and Management* 3/1999, 190-197; Tillmann Sachs, Robert L. K. Tiong, Shou Qing Wang, „Analysis of political risks and opportunities in public private partnerships (PPP) in China and selected Asian countries: Survey results“, *Chinese Management Studies* 2/2007, 126-148.

³⁵² И у домаћој пракси је било случајева преиспитивања пројеката након отпочињања њихове реализације и значајних инвестиција које су приватни субјекти већ извршили у складу са закљученим уговорима о сарадњи. Примера ради, одређене политичке партије покренуле су поступак оцене уставности појединих билатералних уговора у којима је Република Србија преузела обавезу према другим државама, а слична понашања су забележена на нивоу појединих јединица локалне самоуправе где су представници политичких партија директно учествовали у организацији јавних протеста и спречавању спровођења пројеката, због којих су приватни субјекти трпели значајну, како материјалну, тако и репутациону штету, која је за угледне корпорације, неретко, већи губитак од материјалне штете.

1.2.2. Ризици повезани са припремама за започињање радова на изградњи

Ова категорија ризика обухвата прилично широк спектар различитих услова, затеченог стања и карактеристика превасходно терена и земљишта, који утичу на квалитет и динамику извођења радова на изградњи, док су код реконструкције већ постојећих објеката/постројења/система ови ризици повезани са питањем компатибилности техничких карактеристика већ постојећег објекта са пројектним задатком, што може додатно да се компликује у случају захтева за променом технологија, или посебним захтевима у погледу начина извођења радова, који нису применљиви за конкретне услове терена или у односу на већ постојећи објекат/ постројење/систем, што може да се одрази како на потребно време за извођење радова, тако и на укупне трошкове.

Ови ризици су својствени, пре свега, инфраструктурним и енергетским пројектима, и то посебно онима који подразумевају изградњу нових или реконструкцију већ постојећих објеката/постројења/система на више локација или деоница, међусобно повезаних у оперативни, дистрибутивни или транспортни систем.

Код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, уобичајено је да ови ризици остану на јавном субјекту.³⁵³ Ову врсту ризика веома ретко на себе преузима приватни субјект, што се може објаснити следећим разлозима: (а) студије земљишта и терена представљају саставни део припреме пројекта, коју врши јавни субјект, а сама израда ових студија захтева дуже време, некада и више година,³⁵⁴ (б) јавни субјект може да има обавезу уношења земљишта или друге непокретне имовине у пројектно друштво, односно чешће у заједничко привредно друштво, када приватни субјект уговором захтева одговарајуће изјаве и гаранције јавног субјекта у погледу квалитета и особености земљишта, терена, односно објеката, као и њихове компатибилности у погледу захтева пројекта.

Као посебне подврсте овог ризика могу се даље класификовати следећи ризици:

(а) *ризик прибављања земљишта, односно непокретности.*³⁵⁵ Ова подкатегија ризика готово да увек остаје на јавном субјекту, будући да је јавни субјект титулар права својине над земљиштем, објектом, постројењем, односно системом, које предаје приватном субјекту у циљу изградње објекта, постројења или система, односно издаје му је у дугорочни закуп, или на јавном субјекту лежи обавеза проглашења јавног интереса и спровођења експропријације.³⁵⁶ У случају концесија, јавни и приватни субјект могу да деле овај ризик, и то тако што јавни субјект, ако постоји потреба за спровођењем

³⁵³ Могући су и случајеви у којима је јавни субјект исходовао пренос једног дела ових ризика на подизвођаче, и то, најчешће, у директним преговорима са подизвођачима, али је ово, статистички гледано, веома редак случај.

³⁵⁴ На пример, у случају припреме пројекта изградње путева, железница, гасовода или нафтовода.

³⁵⁵ E. R. Yescombe (2007), 248; J. Delmon (2009), 133.

³⁵⁶ Li Bing *et al.*, „The Allocation of Risk in PPP/PFI Construction Project in the UK“, *International Journal of Project Management* 1/2005, 25-35.

експропријације, проглашава јавни интерес, а пројектно друштво тада откупљује земљиште и закључује уговоре са физичким лицима.³⁵⁷ Овај ризик и оваква подела ризика између јавног и приватног субјекта није проблематична у случају пројеката у којима постоји релативна концентрисаност земљишта које се обезбеђује за потребе реализације пројекта (на пример, обезбеђује се земљиште на територији исте локалне самоуправе), али може да постане компликована у инфраструктурним или енергетским пројектима, као што су изградња путева, гасовода или нафтовода, када се инфраструктурни објекат или транспортни систем протеже на већој географској ширини и обухвата више локалних самоуправа. У оваквим случајевима постоји велики ризик да услед усклађивања поступака обезбеђивања земљишта и обезбеђивања сарадње са различитим локалним самоуправама, дође до битног одлагања рокова изградње, услед различите динамике прибављања земљишта (убичајено је да се земљиште у оваквим пројектима обезбеђује по секцијама, деловима траса, односно деоницама, а не одједном), различитог степена сарадње локалних самоуправа и слично. Будући да се трошак прибављања земљишта мора исказати у понуди приватног субјекта у јавном поступку, у оваквим случајевима се лако може догодити да његова процена не да јавном субјекту довољно основа да може да сматра да је добио праву „вредност за цену“, а у случајевима кад објекат који треба да се гради не мора нужно да буде на одређеном терену, тада разлике у понудама могу да буду драстичне. Ову подкатегорију ризика могу додатно да искомпликују захтеви финансијера пројекта, који, у складу са својом праксом поступања, најчешће неће дати кредит све док пројектно друштво не добије пун приступ целокупном земљишту на коме ће се спроводити пројекат, а у појединим случајевима ће исти захтев имати и у погледу додатног земљишта за којим се укаже потреба,

³⁵⁷ Управо оваква подела ризика била је извршена у домаћој Студији случаја 3, приказаној у Прилогу бр. 1, према којој је јавни субјект преузео обавезу утврђивања јавног интереса ради спровођења експропријације земљишта у приватној својини на рути која је, према пројектној документацији, била предвиђена као рута ауто-пута, преузимајући обавезу, али и ризик, обезбеђивања поступка експропријације у ефикасном поступку, укључујући и обезбеђивање ефикасног решавања спорова у погледу висине накнаде за експропријацију, коју је требало да плати пројектно друштво – концесионо предузеће. Овај модел има и алтернативу коју јавни субјект веома ретко прихвата услед буџетских ограничења, а према којој се јавни субјект обавезује да, након утврђивања јавног интереса, из својих средстава исплати приватним власницима накнаду за експропријацију, за чим земљиште у државној/јавној својини предаје приватном субјекту ради реализације пројекта, а приватни субјект се уговором обавезује да јавном субјекту плати одговарајућу накнаду (која се у пракси у различитим уговорима другачије зове, најчешће накнада за изградњу или накнада за обезбеђивање услова за отпочињање радова на изградњи). Према овом алтернативном моделу, јавни субјект, практично, субвенционира приватног субјекта у првој фази извршења уговора коју обележава испуњење претходних услова, за чијим кумулативним испуњењем, започињу радови на изградњи. Овај модел је веома ризичан за јавног субјекта из следећих разлога. Како уговори јавног и приватног субјекта, најчешће, предвиђају да свака уговорна страна сама сноси своје трошкове до тренутка испуњења свих претходних услова, може да се догоди да јавни субјект изврши све своје уговорне обавезе, укључујући и обавезу прибављања земљишта спровођењем поступка експропријације, али да финансијери пројекта пројекат оцене неисплативим, односно небанкабилним, што доводи до напуштања пројекта. У таквим случајевима је јавни субјект имао трошак (без обзира на то што је стекао имовину) који је морао да плати одједном, односно у краћем временском периоду, што представља озбиљан издатак за јавног субјекта, и значајно трошење буџетских средстава. Овај модел је повољан за приватног субјекта који, у случају напуштања, односно пропасти пројекта, има практично само трошак капиталног улагања, које може да контролише, кроз sukcesивно спровођење.

у фази изградње. У случајевима у којима се установљава обавеза пројектног друштва да започне изградњу по деоницама, дакле кад још увек не располаже свим потребним земљиштем, у пракси се најчешће уговара и то да јавни субјект надокнађује штету пројектном друштву у случају необезбеђивања или неблагоприятног обезбеђивања земљишта;

(б) *ризик услова терена*.³⁵⁸ Ризик услова терена³⁵⁹ је ризик повезан са геолошким особеностима одређеног земљишта – положајем земљишта (низија или висија), геолошким карактеристикама, рељефним особеностима, присуством воде, глине, кречњака, подложности одрону, клизиштима и другим сличним обележјима, која могу да имају утицаја на динамику и квалитет изградње. Осим геолошких особености терена, овај ризик се повезује и са историјским наслеђем, најчешће повезаним са ратним условима – заостале mine и друга детонаторска или експлозивна средства из ратова, оружаних сукоба и борбених операција. Започињање пројекта који укључује изградњу новог објекта, постројења, односно система обавезно укључује оваку врсту анализе и студије коју спроводе надлежне установе које пружају услуге разминирања.³⁶⁰ За успех пројекта веома је важна фаза у којој се врши процена овог ризика, те се с обзиром на његов значај, овај ризик најчешће процењује у фази припреме пројекта. Што се више одлаже моменат процене овог ризика, прети све озбиљнија опасност да овај, наизглед, безначајан ризик може да утиче на значајно увећање трошкова спровођења пројекта или на његову банкабилност.³⁶¹

У вези са овом подкатегијом ризика, није безначајна разлика да ли пројекат укључује потпуно нову инвестицију (*green-field* инвестиција), када се практично пројекат спроводи на неизграђеном земљишту, или се ради о пројекту који подразумева одговарајуће адаптације, рушења и унапређења затеченог стања (*brown-field* инвестиција). Нови пројекат је најчешће лакше спровести будући да у пројектима који подразумевају одређена унапређења већ затеченог стања, понекад може да буде тешко планирати трошкове, јер нешто што наводи на размишљање о мањем трошку у реализацији пројекта може да буде компликованије извести од изградње новог објекта, што доводи у сумњу економску рачуницу и оцену „вредности за утрошени новац“. Будући да се ризик услова терена непосредно доводи у везу са изградњом објекта, постројења или система, у пракси се

³⁵⁸ E. R. Yescombe (2007), 249-250; Mervyn K. Lewis, „Risk Management in Public-Private Partnerships“, Center for Globalization and Europeanization of the Economy, University of Gottingem 2001, 13-15, доступно на: <http://www.econstor.eu/bitstream/10419/31983/1/346217636.pdf> - 26.4.2015.

³⁵⁹ E. R. Yescombe (2014), 204.

³⁶⁰ Израда ових студија и анализа била је обавезна фаза реализације пројекта описаног као домаћа Студија случаја 2, која је садржана у Прилогу бр. 1.

³⁶¹ У случају да је, уместо изградње пута једном трасом, због карактеристика терена неопходно променити трасу или копати тунел, оваква измена може значајно да увећа укупне трошкове пројекта. Такође, изградња гасовода или преносног нафтоводног система, који по својој природи представљају делатности скопчане са значајним еколошким ризицима, не сме се изводити на трасама где је значајна концентрација мина или експлозивних направа заосталих из ратова.

најчешће догађа да јавни субјект овај ризик настоји да пребаци на приватног субјекта,³⁶² односно на пројектно друштво, а ако пројектно друштво намерава да ангажује подизвођаче, онда и на њих. Међутим, често најбољим расположивим, не нужно и најтачнијим, студијама терена располаже управо јавни субјект, и у таквим ситуацијама је заиста тешко испреговарати преношење овог подризика на пројектно друштво или трећа лица, те се преговори могу завршити, што је најчешће и случај, останком овог ризика на јавном субјекту;

(в) *ризик повезан са питањем просторног планирања и добијања потребних дозвола.*³⁶³ Ова подкатегија ризика је, пре свега, у вези са поступањем државних органа различитог нивоа,³⁶⁴ те се не може нити поделити са другим учесницима у пројекту, нити се може делегирати на трећа лица. Дакле, реч је о још једном ризику који у пракси остаје на јавном субјекту. У пракси реализације пројеката, односно извршења уговора који су предмет ове анализе, управо радње и активности везане за прибављање дозвола, иако под пуном контролом јавног субјекта, најчешће су доводиле до неоснованих кашњења у погледу достизања тзв. финансијског затварања (енг. *financial close*) пројекта, ово посебно у случају сложенијих инфраструктурних или енергетских пројеката, где се изградња обавља на већој територији, која укључује учешће неколико јединица локалне самоуправе или представника државних органа различитих нивоа. Питање добијања свих потребних дозвола је услов који финансијери пројекта виде као један од најважнијих услова који морају да буду испуњени да би се одобрило финансирање. У том смислу, за финансијере пројекта је најповољнији сценарио онај у коме је јавни субјект обезбедио све потребне дозволе одмах након дефинисања пројекта, а пре расписивања јавног тендера. Овакву могућност олакшава околност што је већина оваквих дозвола по својој правној природи преносива. Међутим, овакав приступ, ма колико био комформан за финансијере пројекта, не мора да буде увек најоптималнији приступ за сам пројекат. Тако, на пример, постоје пројекти, најчешће у вези са изградњом одређених објеката у којима се задовољавају потребе одређених врста корисника као што су школе, болнице, стадиони, затвори и слично, у којима се од учесника у јавном поступку очекује одређена врста иницијативе у смислу предлагања одређених иновативних решења која додатно доприносе задовољењу основног начела „вредност за утрошени новац“, која се посебно вреднују у јавном поступку, те је у таквим случајевима обезбеђивање свих потребних дозвола унапред ограничавајући фактор, а неретко се може догодити да природа ових пројеката тада захтева одређене измене решења, што наводи и на

³⁶² Bing Li, Akintola Akintoye, Cliff Hardcastle, „VFM and Risk Allocation Models in Construction PPP Projects“, 20, доступно на: <http://www.reading.ac.uk/AcaDepts/kc/ARCOM/workshops/04-Edinburgh/06-Li.pdf> - 26.4.2015.

³⁶³ E. R. Yescombe (2007), 250; Peter Megens, „Construction Risk and Project Finance – risk allocation as viewed by contractors and financiers“, *The International Construction Law Review* 1/1997, 5-32.

³⁶⁴ E. R. Yescombe (2014), 205-206.

необходимость изменений выданных разрешений, что требует дополнительного времени и отражается на достижении согласованных сроков;

(г) *риск оценки воздействия на окружающую среду*.³⁶⁵ Эта категория риска является в тесной взаимосвязи с процедурой получения необходимых разрешений.³⁶⁶ С повышением осведомленности о значимости и деликатности требований по защите окружающей среды, и эта категория риска получила свою релевантную весовую категорию. Однако в литературе эта категория риска наиболее подробно рассматривается и выделяется в особую подкатегорию риска,³⁶⁷ оценка защиты окружающей среды является в практике, наиболее, другим лицом риска, связанного с получением необходимых разрешений. В значительном числе правовых систем, включая и национальные, оценка воздействия на окружающую среду представляет собой одну из активностей, которая предшествует получению разрешений на строительство (гражданские разрешения). Речь идет о процедуре, которая включает специализированные службы по проверке воздействия на окружающую среду, с тем, чтобы принятые решения, процедуры и решения принимались представителями публичного субъекта, на различных уровнях власти, в зависимости от значимости проекта и масштаба и возможных эффектов на окружающую среду, при этом основным критерием, который определяет сложность процедуры, является деловая деятельность, в которой занимается проектная организация. Имеется в виду возможность того, что эта категория деловых процедур по своей природе включает принятые решения публичного субъекта на различных уровнях, эта категория риска в отдельных случаях остается на публичном субъекте, будущим же является публичный субъект в преимущественной контроле этой категории риска, но наиболее эта категория риска представляет собой риск, который на себя берет частный субъект, или проектная организация.³⁶⁸ В практике выявлены и единичные случаи переноса этой категории риска на организаторов проектной организации, которые выполняют работы. Однако эта категория риска может быть сложной, а прежде всего, сколько она стоит в случае наступления, зависит прежде всего от типа проекта, который выполняется в регионе, в котором планируется реализация проекта. Как правило, наиболее часто предлагается публичному субъекту, так как база каждой оценки воздействия на окружающую среду представляет собой исходные данные, которые получаются от публичного субъекта, то это еще один достаточно убедительный аргумент в пользу того, чтобы эта категория риска оставалась на публичном субъекте, на чем особенно настаивают финансисты проекта. И здесь же, еще одним, от большого значения предшествующей оценке – это ли речь идет о т.н. *green-field* или *brown-field* инвестициях, чему финансисты проекта уделяют большое внимание. В т.н. *brown-field* инвестициях, реализация проекта подразумевает, прежде всего, предшествующую санацию территории, особенно в случае строительства объекта, сооружения или системы другого назначения в отношении того, который ранее существовал на предметной локализации. Еще одним фактором, который способствует увеличению сложности и

³⁶⁵ E. R. Yescombe (2007), 250-251.

³⁶⁶ J. Delmon (2009), 145 и 189-190.

³⁶⁷ *Ibid.*, 187-190.

³⁶⁸ Li Bing *et al.*, „The Allocation of Risk in PPP/PFI Construction Project in the UK“, *International Journal of Project Management* 1/2005, 20.

пажњи у односу на ову подкатегорију ризика је рок застарелости захтева за накнаду штете изазване еколошким загађењима, који је, у великој већини држава, значајно дужи од општег рока застарелости.³⁶⁹ Приликом процене утицаја на животну средину узимају се у обзир одређени општи захтеви – на пример, процена утицаја на грађане, биљно растиње, животињске врсте, испитивање утицаја имисија, утицај на воду и ризик водозагађења, утицај на квалитет ваздуха и ризик од аерозагађења, дугорочни ефекти на инфраструктуру, комуналне делатности, висину тарифа, и др.³⁷⁰ Опасност од загађења, а посебно ризик истицања захтева за накнадом штете по основу загађења је један од фактора који одбија финансијере да узму учешће у финансирању пројеката који су повезани са значајнијим ризицима загађења животне средине. У таквим случајевима један од начина да се обезбеди финансирање пројекта, те сходно томе и један од додатних захтева финансијера пројекта, може да буде и закључивање уговора о осигурању од ове врсте ризика, чиме се врши дисперзија ризика на треће лице, уз одговарајућу накнаду (премију осигурања) која се плаћа као цена преноса ових ризика;

(д) *ризик проналажења археолошких ископина.*³⁷¹ Будући да археолошке ископине у свим правним системима уживају посебну заштиту у контексту очувања културне баштине и заштите споменика културе, наступање овог ризика може значајно да се одрази на извођење пројекта, његову цену и рокове извођења радова на изградњи. Како се и овај ризик преваходно везује за поступак изградње, то овај ризик најчешће остаје на пројектном друштву;³⁷²

(ђ) *ризик повезан са правом приступа, прелаза и другим службеностима везаним за коришћење непокретности.*³⁷³ Ова врста подризика се у пракси најчешће повезује са пројектима који укључују изградњу путева,³⁷⁴ пруга, нафтовода или гасовода, кад је пројектном друштву или његовим подизвођачима неопходно обезбедити несметан приступ регији у којој се изводе радови, као и могућност запоседања одређеног земљишта за потребе одлагања, на одређено време, опреме, машина или грађевинског материјала, као и смештај

³⁶⁹ Закон о заштити животне средине – ЗЗЖС, *Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 – др. закон, 72/2009 – др. закон и 43/2011 – одлука УС, у чл. 107 прописује да потраживање за накнаду штете застарела за двадесет година од кад је штета настала, што је двоструко дужи рок од општег рока застарелости прописаног ЗОО-ом (општи рок застарелости према чл. 371 ЗОО износи десет година).

³⁷⁰ У зависности од регије у којој се пројекат спроводи, као и врсте пројекта и индустрије у питању, захтеви који се испитују и процењују могу бити посебни – на пример, у случају пројеката изградње ветропаркова испитује се утицај на одређене птичије врсте, слепе мишеве, лептире и слично. Предметне врсте студија, анализа и процена наводе се у складу са студијама случајева који нису посебно анализирани за потребе овог документа, а односе се на пројекте изградње ветропаркова на територији Војводине.

³⁷¹ E. R. Yescombe (2007), 251.

³⁷² Ammar Kaka, Faisal Alsharif, „Financial Modeling of PPP Project“, *Policy Management and Finance for Public-Private Partnerships* (eds. Akintola Akintoye, Matthias Beck), Wiley-Blackwell, UK 2009, 222.

³⁷³ E. R. Yescombe (2007), 251.

³⁷⁴ Danijel Kušljic, Josip Čengija, Saša Marenjak, „Factors affecting output specification in PPP projects“, 960, доступно на: <http://www.irbnet.de/daten/iconda/CIB16217.pdf> - 26.4.2015.

људства које ради на одређеном пројектном задатку. И ова врста подризика, најчешће, остаје на јавном субјекту из следећих разлога: (i) јавни субјект лакше може да регулише односе са власницима непокретности на којима, односно преко којих се обезбеђује приступ; (ii) јавни субјект најчешће задржава право да одређене потребне оправке, ремонте или контроле у поступку изградње врше јавна предузећа, и др. Имајућу у виду околност да ова врста подризика такође може да доведе до одлагања изградње, финансијери пројекта најчешће захтевају да се ово питање регулише пре обезбеђивања финансирања, али се у пракси једнако срећу случајеви да је финансирање већ започело посебно у случевима инфраструктурних и/или енергетских пројеката који се спроводе по деоницама, секцијама, односно лотовима;

(е) *ризик повезивања на систем.*³⁷⁵ Ова подкатегорија ризика може се везивати како за фазу изградње, тако и за оперативну фазу реализације пројекта, кад је фаза изградње окончана.³⁷⁶ Под повезивањем на систем сматра се повезивање на сваку врсту система напајања који омогућава извођење радова – дакле повезивање на електромережу, снабдевање гасом, нафтом, водом и другим изворима без којих обављање послова изградње није могуће. Повезивање на систем може имати и шире значење – у смислу повезивања на транспортни систем којим се обезбеђује превоз опреме, људства, средстава и материјала за извођење радова на изградњи. По својој природи, и ова врста ризика је најчешће ризик који остаје на јавном субјекту, будући да је снабдевање енергентима и водом најчешће у ингеренцији јавних предузећа или привредних субјеката у искључивом или већинском власништву субјеката са јавним прерогативом. Иако овај ризик на први поглед не делује као озбиљан, сарадња пружаоца јавних услуга неопходних за обављање послова изградње може да буде компликована, посебно када укључује више њих истовремено, а услуге које они пружају су међусобно условљене.³⁷⁷ У пракси су забележени и случајеви кад је дошло до делимичног преношења овог ризика и на пројектно друштво, односно подизвођаче пројектног друштва, у ком случају се посебно инсистира на томе да изворни јавни субјект обезбеђује и гарантује координацију рада јавних предузећа са пројектним друштвом, односно са његовим подизвођачем, и доприноси одржавању континуирано добре сарадње међу њима;

(ж) *ризик јавних протеста,*³⁷⁸ *блокада и опструкције радова.*³⁷⁹ У литератури се ова врста ризика среће као посебна подкатегорија, иако је овај подризик у суштини још један од

³⁷⁵ E. R. Yescombe (2007), 252.

³⁷⁶ D. Kušljic, J. Čengija, S. Marenjak, 960.

³⁷⁷ У домаћим Студијама случаја 1 и 2, приказаним у Прилогу бр. 1, чести су били случајеви да се интерна пословна политика јавних учесника у пројекту, радно време и услови рада јавних предузећа којима се поверава обављање ових делатности не морају нужно поклапати, што може да онемогући хитно предузимање одређених радњи или да утиче на продужење рокова спровођења активности које условљавају даљу реализацију пројекта.

³⁷⁸ K. C. Iyer, Mhamed Sagheer, „Hierarchical Structuring of PPP risks using Interpretative Structure Modeling“, *Journal of Construction Engineering and Management* 2010, 154-156, доступно на: <http://prof.incheon.ac.kr:8082/~uicem/pdf/seminar/100511b.pdf> - 26.4.2015.

могућих, али не нужно, политичких ризика³⁸⁰ и као такав у потпуној контроли јавног субјекта. У пракси, ова врста ризика се најчешће сретала у припреми пред започињање фазе изградње, а понекад и у току саме фазе изградње. Такође, пракса показује да се у погледу учесталости наступања, ова врста подризика најчешће среће код инфраструктурних или енергетских пројеката.³⁸¹ Контрола овог ризика и његово отклањање суштински је у моћи једино јавног субјекта, те је ова подкатегија ризика још један од ризика који остају на јавном субјекту. Наступање овог ризика за пројектно друштво или приватног учесника у пројекту, у зависности од случаја, најчешће се уговорно предвиђа и квалификује као ризик чије наступање даје право приватном субјекту, односно пројектном друштву, да захтева додатно време за извршење уговором преузете обавезе;

(з) *ризик доступности и располагања вишком земљишта*.³⁸² Ова врста подризика се не среће код свих уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.³⁸³ Наиме, овакви ризици се појављују у пројектима у којима се одређени комплекс, постројење или објекат граде на одређеном земљишту, а непосредно до земљишта на коме се обављају радови се налази неки затечени дисфункционални и надаље непотребан погон, постројење или објекат, или се налази слободно суседно земљиште, који се могу продати и на тај начин обезбедити додатна погодност за пројекат. Продаја таквог земљишта или објекта такође отвара одређена питања – процедуре и трајања поступка продаје а посебно цене, али и питања на коме је овај ризик – да ли на јавном субјекту или на пројектном друштву. Иако и јавни и приватни субјект имају интерес да преузму овај ризик, у пракси се за ово најчешће питају финансијери пројекта, који најчешће захтевају планирање куповине унапред, практично још у првој фази имплементације пројекта, док изградња још увек није почела, а могу захтевати и да овај

³⁷⁹ E. R. Yescombe (2007), 252.

³⁸⁰ Један од примера из домаће праксе у којем су јавни протести били политички инструисани представља случај изградње постројења за пречишћавање воде у Зрењанину, који је био започет као пројекат локалне самоуправе, коју су у тренутку започињања пројекта чинили представници једне политичке странке који су започели са реализацијом пројекта неопходног за обезбеђивање потребне количине пијаће воде граду Зрењанину и околним насеобинама. У току реализације пројекта кад је приватни учесник у пројекту (страно правно лице) кроз пилот пројекат доказао изводљивост пројекта, а потом и започео са извођењем значајнијих инвестиционих улагања, дошло је до промене власти на нивоу локалне самоуправе и до одустајања од пројекта. Одустајање од пројекта било је издејствовано под притиском организованих јавних протеста који су потпуно спречили даљу реализацију пројекта.

³⁸¹ Један од примера из скорије домаће праксе која није обрађена као посебна студија случаја је случај пројекта изградње Коридора 11 на чијој траси, превидом пројектаната или из других разлога, стоји хрст, према предању, стар преко осам векова, који у предметном крају има историјску и туристичку вредност, али је повезан и са одређеним верским уверењима. Радници ангажовани на извођењу радова на пројекту Коридор 11 одбили су да посеку хрст, за чим су кренули организовани протести житеља околних насеобина који су онемогућавали и потпуно зауставили извођење радова на предметној деоници и захтевали промену трасе ауто-пута, што се све драстично одразило на планиране рокове изградње.

³⁸² E. R. Yescombe (2007), 252-253.

³⁸³ Joe Doak, „Planning for the Reuse of Redundant Defence Estate: Disposal Processes, Policy Frameworks and Development Impacts“, *Working Papers in Land Management and Development*, Working Paper No. 08/98, November 1998, 5-6, доступно на: <http://www.reading.ac.uk/LM/LM/fulltxt/0898.pdf> - 26.4.2015.

ризик преузме неко од оснивача пројектног друштва у случајевима институционалног партнерства.

1.2.3. Ризици повезани са спровођењем изградње³⁸⁴

Ризици повезани са фазом изградње³⁸⁵ су разноврсни будући неизвесни догађаји који се, у случају њиховог наступања, могу одразити на временски план реализације пројекта, а следствено томе и на укупне трошкове пројекта.³⁸⁶

Будући да процес изградње објекта, постројења, односно система представља технички и инвестиционо комплексан процес који траје одређено време, наступање ризика у ма којој фази изградње може, уз то што утиче на пробијање рокова,³⁸⁷ да доведе у питање и реализацију читавог пројекта³⁸⁸ из следећих разлога: (а) наступање одређених догађаја може привремено или трајно да онемогући даље извођење појединих радова на изградњи, (б) иако је један део радова оперативно спроводив независно од тога како напредују други радови, кад се исти изводе паралелно, постоји, међутим, део радова који се, у складу са технолошким или оперативним захтевима, надовезују на друге извршене радове, и не могу се изводити другачијим редоследом и динамиком, посебно када се процедурално или оперативно надовезују на друге радове који им претходе, (в) одлагање почетка појединих радова, односно њихово неизвођење у планираном временском оквиру, може да се драматично одрази на пројекат, посебно у одређеним индустријама у којима је извођење радова везано за одређену сезону, у ком случају пробијање рокова може да доведе до пропуштања сезоне извођења радова, што фазу изградње аутоматски продужава за наредну календарску сезону, што исказано у календарским месецима може да означава период од шест месеци до годину дана закашњења.

Наступање оваквих догађаја повећава укупну вредност фазе изградње, утолико што се за период продужења изградње мора обезбедити опрема, материјал, људи који ће бити ангажовани на извођењу радова, и др. Ово нужно отвара два питања: (а) будући да је укупно

³⁸⁴ Ezekiel Chinyio, Alasdair Ferguson, „A construction perspective on risk management in public-private partnership“, *Public-Private Partnerships, Managing Risks and opportunities* (eds. Akintola Akintoye, Matthias Beck, Cliff Hardcastle), Blackwell Science, Oxford 2003, 96-98.

³⁸⁵ E. R. Yescombe (2007), 253-254.

³⁸⁶ Burcu Akinci, Martin Fischer, „Factors affecting contractors' risk of cost overburden“, *Journal of Management in Engineering*, January-February 1998, 67-76, доступно на:

<http://www.civ.utoronto.ca/sect/coneng/tamer/Courses/1299/Ref/factors%20affecting%20risk.pdf> - 26.4.2015. Man W. Cheung, „Understanding PPP Capital Projects 'Risk'“, *European Public Partnership Law Review* 2/2009, 88-91.

³⁸⁷ Abdalla M. Odeh, Hussien T. Battaineh, „Causes of construction delay: traditional contracts“, *International Journal of Project Management* 20/2002, 67-73; Daniel Baloi, Andrew D. F. Price, „Modelling global risk factors affecting construction cost performance“, *International Journal of Project Management*, 4/2003, 261-269.

³⁸⁸ Makarand Hastak, Aury Shaked, „ICRAM-1: Model for International Construction Risk Assessment“, *Journal of Management in Engineering* 2000, 61-67, доступно на: <http://www.insaat.anadolu.edu.tr/DuyuruDosyalari/risk-international.pdf> - 26.4.2015.

трајање пројекта уређено уговором, продужење фазе изградње унутар укупног трајања уговора практично смањује трајање оперативне фазе пројекта, кад пројектно друштво обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса и за то остварује приход из кога се исплаћује цена коштања претходне фазе пројекта (фазе извођења радова на изградњи), што отвара питање одрживости, односно исплативости пројекта, и (б) ако се пројекат, и поред пробијања рокова оцени као исплатив, следеће питање које се поставља је питање обезбеђивања додатних финансијских средстава која ће „покрити“ период продужења трајања радова на изградњи.

Финансирање продужетка фазе изградње може бити обезбеђено од стране учесника у пројекту или од стране финансијера пројекта. У случају кад додатна средства обезбеђују јавни и/или приватни субјект кроз додатна капитална улагања у пројектно друштво – такозвани *equity financing*, такав пројекат има могућности да успе, с тим што јавни и/или приватни субјект нерадо обезбеђују додатна средства улагањем у капитал пројектног друштва, јер ово најчешће подразумева њихово непосредно задуживање, што је повезано са поступком обезбеђивања додатних средстава обезбеђења – што, кад је реч о јавном субјекту, може да компликује сам поступак, због питања државне помоћи и њене контроле. У случају кад се ради о значајним пројектима код којих задовољење општег интереса има посебну тежину, односно кад је учествовање јавног субјекта, а следствено томе и успешност одређеног пројекта, опредељена као стратешки интерес, постоји већа извесност да ће пројекат опстати и поред тешкоћа у његовој реализацији, будући да ће јавни субјект имати додатни мотив да, без обзира на цену обезбеђивања додатног финансирања, обезбеди додатна средства, уколико је то потребно са становишта испуњења каузе учествовања јавног субјекта у пројекту од општег интереса. У фази изградње, како су то практична искуства показала, најчешће се догађа да додатна средства треба да прибави само пројектно друштво кроз даље задуживање путем пројектног финансирања (*project financing*),³⁸⁹ што може да буде проблематично код пројеката код којих је одређивање цене услуга од општег интереса део контролисаног поступка (израженог кроз тарифни систем), будући да увећање трошкова сервисирања обавеза, без могућности повећања цене услуге, у случајевима када је максимална цена услуге унапред одређена у контролисаном поступку, доводи до умањења могућности оптимизације зараде финансијера пројекта, па самим тим потенцијално и идеје о напуштању пројекта. Позиција финансијера пројекта је јасна – свако повећање трошкова сервисирања дуга чини трансакцију ризичнијом, а финансијери пројекта не желе да ризик повраћаја новца преузму на себе.

³⁸⁹ Frederic Blanc-Brude, Roger Strange, „How Banks Price Loans to Public-Private Partnerships: Evidence from the European Market“, *Journal of Applied Corporate Finance* 4/2007, A Morgan Stanley Publication, 94.

Наступање ризика повезаних са фазом изградње³⁹⁰ никада није могуће у потпуности искључити.³⁹¹ Јавни и/или приватни субјект,односно пројектно друштво, ће у пракси настојати да ризике повезане са фазом изградње пребаце, у мери у којој је то могуће, на трећа лица, односно на подизвођаче, којима се поверава део послова, или највећи део послова подељен на одговарајуће пројектно-техничко-конструктивне јединице/деонице/лотова. Успех пребацивања оваквог ризика на подизвођаче зависи од саме врсте пројекта. Међутим, и само преношење дела обавеза из уговора на трећа лица – подизвођаче, као и удаљавање ризика са пројектног друштва на подизвођаче има своју финансијску последицу, утолико што поскупљује вредност посла и утиче на вредност понуде приватног субјекта, у коју је укалкулисан и трошак ризика коју подизвођач обрачунава у односу на пројектно друштво.

Уговорне обавезе везане за фазу извођења радова могу се поделити у две групе: обавезе јавног субјекта, и обавезе приватног субјекта, односно пројектног друштва. Како је највећи део посла везан за прибављање дозвола, лиценци, експропријацију земљишта и друга важна процедурална питања и поступке, најчешће у вези са поступањем државних органа, извршење ових обавеза представља искључиву обавезу јавног субјекта, која је према својој природи таква да се не може делегирати другим лицима, будући да највећим делом произлази из искључивих надлежности државних органа прописаних законом. Ризици на страни приватног субјекта, односно пројектног друштва, повезани су са сетом активности и радњи на извођењу радова изградње новог, односно реконструкције већ постојећег објекта, постројења, односно система.

Будући да се ризици повезани са фазом изградње никако не могу искључити, основно питање које се у вези са њима поставља је на који начин се ови ризици могу ублажити, односно шта јавни и приватни субјект могу да предузму да, у случају наступања ових ризика, пројекат одрже у животу и обезбеде његову даљу реализацију. У том смислу, једини пут и начин да се последице наступања ових ризика умање је брижљиво планирање буџета, али и предвиђање одговарајућих буџетских резерви за случај наступања ових ризика. Овакав захтев пред јавне и/или приватне субјекте, али и пред сама пројектна друштва, неретко постављају и финансијске институције које обезбеђују финансирање.³⁹²

Наредно питање које се поставља је која је то вредност буџетске резерве која представља на искуству засновану минималну гаранцију да ће пројекат, и у случају наступања оваквих ризика, ипак опстати. У пракси се могу срести различити проценти који се, у зависности од инвестиционе вредности пројеката, крећу у распону од 10% до 20% за

³⁹⁰ Abdelhalim Boussabaine, *Cost Planning of PFI and PPP Building Projects*, Routledge Taylor & Francis Group, New York 2007, 284-293.

³⁹¹ E. R. Yescombe (2014), 203-212.

³⁹² F. Blanc-Brude, R. Strange, 104.

тзв. „грубе“ грађевинске радове (на које, по њиховој вредности, тежини, деликатности по успешно спровођење читавог пројекта, отпада често и до 80% укупне вредности грађевинских радова), односно у распону од 5% до 10% за друге радове на извођењу пројекта, који следе за тзв. „глубим“ грађевинским радовима, што просечно формира резерву од 10% до 15%, која се сматра реалном и прихватљивом резервом и од стране финансијера пројекта. Оно што је веома важно са становишта финансијера пројекта је да буџетска резерва која је за њих прихватљива никако не сме да укључи курсне разлике, већ само разлику у радовима, односно у времену за извођење радова које је неопходно за реализацију пројекта. На овом месту, још једном, посебно истичемо да специфичности сваког конкретног пројекта утичу, како на владање учесника у реализацији пројекта и њихове интересе, тако и на понашање финансијера пројекта.³⁹³

Ризици повезани са изградњом могу се, даље, поделити у три категорије: (а) ризици који се повезују са садржином уговора са подизвођачима, (б) ризици који се повезују са подизвођачима, и (в) ризици повезани са механизмима усклађивања цена.

1.2.3.1. Ризици који се повезују са садржином уговора са подизвођачима³⁹⁴

Спровођење великих пројеката, који укључују различите фазе изградње и захтевају ангажовање бројних стручњака, чија су знања потребна било у различитим фазама реализације пројекта или у различитим сегментима унутар исте фазе реализације пројекта, подразумева темељно планирање и уговорно „увезивање“ подизвођача, који носиоцу пројекта треба да дају сигурност и извесност у погледу благовременог, успешног и квалитетног извођења послова на којима су ангажовани.³⁹⁵ Уговори са подизвођачима,³⁹⁶ у том смислу, треба у максималној мери да покушају да „пресликају“ уговорни однос из кога се изводе, посебно у погледу одговорности, рокова и цене.³⁹⁷

³⁹³ Током припреме предметне дисертације, један од значајнијих и највреднијих пројеката који се може сврстати у уговоре о сарадњи јавног и приватног субјекта, била је изградња транспортног система гаса обрађена као домаћа Студија случаја 2, приказана у Прилогу бр. 1. Иако су непосредна сазнања аутора ограничена на реализацију овог пројекта на територији Републике Србије, учествовање на овом пројекту од његових самих зачетака омогућило му је да стекне и нека шира сазнања о имплементацији овог пројекта. Тако, поменути пројекат представља један од оних пројеката који захтевају примену посебних техника изградње (предметни пројекат је захтевао посебну процедуру полагања цеви у Црно море, што је један од најзахтевнијих пројеката изградње подводних гасовода до сада), посебне апаратуре, машинерију и технологије, ангажовање стручњака са посебним знањима и друго, тако да је резервација у буџету за овакве пројекте тешко проценљива ставка која током реализације пројекта представља предмет сталних процена и оцена, како самих учесника у пројекту, тако и финансијера пројекта.

³⁹⁴ E. R. Yescombe (2007), 254-255.

³⁹⁵ William R. Squires, Michael J. Murphy, „The impact of fast track construction and construction management on subcontractors“, *Law and Contemporary Problems* 1/1983, 55-67.

³⁹⁶ John B. Tieder, Jr., Robert K. Cox, „Construction Management and the Specialty Trade (Prime) Contracts“, *Law and Contemporary Problems* 1/1983, 46-53.

³⁹⁷ Robert D. Gilbreath, *Managing Construction Contracts: Operational Controls for Commercial Risks*, John Wiley & Sons, Canada 1992², 267-291.

Иако је у пројектима велике вредности и сразмерно велике комплексности и сложености незамисливо да само пројектно друштво може самостално да изведе овакве пројекте, финансијери пројекта не гледају благонаклоно на делегирање значајнијег обима посла подизвођачима, осим уколико уговори које је са подизвођачима закључило пројектно друштво не садрже минимум следеће клаузуле:

(а) *обавезну примену принципа „кључ у руке“*. Принцип „кључ у руке“ је један од императива на којима почива реализација пројекта дугорочног односа јавног и приватног субјекта. Ово је, по правилу, увек захтев јавног субјекта, који жели да у сваком тренутку зна ко се има сматрати одговорним за реализацију пројекта,³⁹⁸ али и захтев финансијера пројекта³⁹⁹ коме је пројектно друштво коме се и обезбеђују средства, непосредно одговорно за успешно и благовремено спровођење пројекта;

(б) *фиксирање трошкова фазе изградње у мери у којој је то могуће*. Пракса реализације ове врсте уговора је показала да до највећих прекорачења рокова долази управо у фази изградње, што је уско повезано са увећањем трошкова и пробијањем пословних планова и годишњих, односно пројектованих вишегодишњих буџета, на шта су финансијери пројекта посебно осетљиви, будући да прекорачење рокова и пробијање буџета готово обавезно захтева обезбеђивање додатног финансирања, које захтева и додатна средства обезбеђења за финансијере, и дугачак административни поступак прикупљања ових средстава. У том смислу, захтеви како јавног субјекта, тако и финансијера пројекта, усмерени су на фиксирање трошкова изградње, у мери у којој је то могуће, пре свега у односу према подизвођачима. Овај захтев се пресликава кроз настојање да се у уговорима са подизвођачима искључи одредба која уређује могућност увећања цене радова према пројектном друштву у случају пролонгирања неке од фаза изградње, и

(в) *фиксирање дана окончања радова везаних за фазу изградње*. Након окончања фазе изградње, започиње оперативна фаза реализације пројекта, односно фаза економске оптимизације – постројење је изграђено, у поступку је добијања евентуалних додатних атеста и лиценци за рад, и може се очекивати скори почетак обављања делатности односно пружања услуга, од ког тренутка, заправо, почиње исплата трошкова финансирања пројекта према финансијерима пројекта.

У пракси реализације уговора јавног и приватног субјекта, у зависности од врсте пројекта и његових особености, најчешће се срећу две врсте уговора о изградњи са подизвођачима: (а) *уговор о пројектовању и изградњи* (енг. *design & build / D&B*), који се

³⁹⁸ У односу на јавног субјекта, одговорност за реализацију пројекта увек сноси пројектно друштво.

³⁹⁹ Иако се однос одговорности перципира као једностран, постоји и одговорност финансијских институција које обезбеђују финансирање према пројектном друштву и његовим подизвођачима, о чему се више може прочитати у чланку како следи: Curtis R. Reitz, „Construction Lender’s Liability to Contractors, Subcontractors and Materialman“, *University of Pennsylvania Law Review* 2/1981, 416-459.

најчешће среће код инфраструктурних пројеката који за предмет имају изградњу железница, аеродрома, путева, водоводних система или канализационих система или одређених објеката, као што су болнице, школе, затвори и слично. Код овакве врсте уговора, подизвођач преузима одговорност како за само идејно решење и пројектовање, тако и за спровођење поступка изградње, чиме се са становишта јавног и/или приватног субјекта, односно пројектног друштва, значајно умањује простор за евентуалне касније спорове у вези са питањем чија је одговорност посреди, будући да је оваквом врстом уговора практично целокупна одговорност пребачена на подизвођача, с тим што је он у пракси даље преноси на друге субјекте којима делегира одређене послове који спадају у његов мандат,⁴⁰⁰ (б) *уговор о пројектовању, набавци и изградњи* (енг. *engineering, procurement and construction / EPC*), који се најчешће закључује код гасовода, нафтних преносних система, код којих принцип „кључ у руке“ такође гарантује кумулацију одговорности за спровођење пројекта у једном субјекту – подизвођачу.⁴⁰¹

1.2.3.2. Ризици који се повезују са подизвођачима

Ризици који се повезују са подизвођачима представљају широку палету ризика⁴⁰² који се најшире одређују као *ризик компетентности подизвођача да обави послове који су му поверени*.⁴⁰³

Компетентност подизвођача испитује се још у раној фази одабира приватног субјекта, најчешће још у фази претквалификације. Јавни субјект довољно рано има прилику да се упозна са начином на који приватни субјект намерава да извршава своје обавезе преузете будућим уговором – да ли ће то чинити сам, или посредством ангажовања трећих лица. Имајућу у виду сложеност, захтевност и деликатност пројеката у којима се „удружују“ јавни и приватни субјект, изузетно су ретки пројекти у којима све уговорне обавезе везане за изградњу и управљање пројектом предвиђене уговором извршава самостално један приватни субјект, већ је уобичајена пракса да се управо значајан део послова везаних за фазу изградње преноси, односно делегира трећим лицима – подизвођачима.

Полазећи од природе овог уговорног односа, преко вредности пројекта, а посебно имајући у виду финални циљ – задовољавање општег интереса одређене категорије крајњих корисника услуга, јавном субјекту свакако није свеједно на који начин ће се уговор извршавати и ко ће се сматрати одговорним у случају било каквих пропуста у извршавању

⁴⁰⁰ У домаћој Студији случаја 3, приказаној у Прилогу бр. 1, уговор са подизвођачима био је заснован на овом моделу.

⁴⁰¹ Овај модел сарадње са подизвођачима био је примењен у домаћој Студији случаја 2, приказаној у Прилогу бр. 1.

⁴⁰² E. R. Yescombe (2014), 206-209.

⁴⁰³ E. R. Yescombe (2007), 255-257.

уговора.⁴⁰⁴ Због тога и сам нацрт уговора који се преговара, односно документација која се подноси у јавном поступку захтева од приватног субјекта да прикаже на који начин ће извршавати своје обавезе, посебно у фази изградње, ко су трећа лица са којима ће сарађивати, односно којима ће бити поверено извођење одређених деоница или врста радова.

Поред приказивања планиране структуре извођења послова, од приватног субјекта се додатно захтева да за сваког подизвођача достави и документацију којом се доказује да подизвођач испуњава строге услове поступка одабира, уз обавезно достављање референци (сижеа референтних пројеката који дају приказ врсте и природе реализованих пројеката, вредности пројеката, спецификације пројеката исте или сличне врсте у истој индустрији или у истој држави или регији у којој планирани пројекат треба да се реализује, приказ специфичних обележја тог пројекта уз посебно наглашавање сличности са конкретним пројектом у питању, препоруке наручиоца таквих послова, референце кључног тима који ће бити ангажован у реализацији одређених послова, и слично).

Делегирање послова извођења радова у фази изградње не мора нужно да се заустави на другом нивоу – приказом подизвођача приватног субјекта или пројектног друштва, већ може да иде и даље у смислу ангажовања њихових подизвођача. У таквим ситуацијама, опсег провера, оцена и процена се усложњава и умножава онолико пута колико има учесника у тој вертикалној расподели посла.

Услови тендера могу бити више или мање строги, те тако јавни субјект може задржати право „вета“, односно може да одбије ангажовање конкретног подизвођача са листе подизвођача које је приватни субјект предложио као потенцијалне сараднике у реализацији послова изградње.

Осим оцене компетентности подизвођача коју врши јавни субјект, исту врсту процене, у нешто каснијој фази реализације пројекта, врше и финансијери пројекта. Ово је посебно значајно у контексту преношења, односно трансфера ризика са пројектног друштва на подизвођаче пројектног друштва. Финансијери пројекта настоје да што већи број ризика „удаље“ од пројектног друштва и изврше њихову дисперзију на трећа лица која ће се сматрати одговорним.

1.2.3.3. Ризици повезани са механизмима усклађивања цена

⁴⁰⁴ Creed S. J. Eom, Seok H. Yun, Joon H. Paek, „Subcontractor Evaluation and Management Frameworks for Strategic Partnering“, *Journal of Construction Engineering and Management* 11/2008, 843-849.

Извршавање уговорних обавеза у вези са пројектовањем и извођењем радова на изградњи задире дубоко у однос јавног и приватног субјекта будући да директно утиче на висину трошкова, вредност инвестиција, као и на остваривање пројектованог финансијског модела на коме је заснован читав пројекат, одражавајући се тако на исплативост пројекта посматрано у односу на укупно пројектовано време трајања пројекта (енг. *whole-life cost*).⁴⁰⁵

У условима у којима би пројекат самостално изводио јавни субјект ово питање не би било толико деликатно будући да би се јавни субјект бавио искључиво питањем процене трошкова саме инвестиције коју би био дужан за изврши (енг. *up-front cost*)⁴⁰⁶ и најчешће не би постављао питање трошкова који, природно, настају у даљој фази реализације пројекта, а везују се за управљање, односно одржавање објекта, постројења, односно система. Јавни субјект, би, свакако, водио рачуна и о овим трошковима, али на начин да би их само урачунавао у цену, али не би чинио њихову оптимизацију, што је оно што чини приватни субјект. Управо у оптимизацији трошкова коју намерава да спроведе у оперативној фази реализације пројекта, приватни субјект види могућност уштеде за пројектно друштво, која уједно значи и увећање прихода који он потенцијално може да очекује.

За разлику од јавног субјекта који је усмерен превасходно на изградњу новог, односно реконструкцију тј. оперативно-техничко унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, који не може да изгради сам, и који је, у зависности од модела, најчешће његово власништво све време трајања пројекта, приватни субјект не улази у пројекат због изградње, односно реконструкције објекта/постројења/система, већ због сопствене зараде коју остварује током обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса. Дакле, за разлику од јавног субјекта, коме је тежиште интереса на успешној реализацији прве фазе пројекта, приватни субјект је превасходно заинтересован за другу – оперативну фазу пројекта током које, на основу успешно спроведене претходне фазе – фазе изградње објекта, постројења односно система, остварује приход.

Прва и друга фаза реализације пројекта, код модела уговора који укључује изградњу новог, односно реконструкцију већ постојећег објекта, постројења, односно система, су за приватног субјекта неодвојиво комерцијално-финансијски повезане,⁴⁰⁷ јер само у њиховој повезаности и неодвојивости⁴⁰⁸ приватни субјект има интерес да учествује у пројекту будући да тек друга фаза реализације пројекта даје економско утемељење учествовању у

⁴⁰⁵ E. R. Yescombe (2007), 21, 262.

⁴⁰⁶ Stephen Harris, „Public-Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services“, *Recouping infrastructure investment in Latin America and the Caribbean: selected papers from the 2004 IDB Infrastructure Conference Series* (ed. Juan Benavides), Inter-American Development Bank, Washington DC 2004, 82.

⁴⁰⁷ Frédéric Blanc-Brude, Hugh Goldsmith, Timo Väilä, „Ex Ante Construction Costs in the European Road Sector: A Comparison of Public-Private Partnerships and Traditional Procurement“, *European and Financial Report 2006/01*, European Investment Bank, Luxembourg 2006, 7-11.

⁴⁰⁸ Michael Garvin, „Governance of PPP Projects through Contract Provisions“, 7, доступно на: <http://www.academicventplanner.com/LEAD2009/papers/Garvin.pdf> - 26.4.2015.

првој фази реализације пројекта (енг. *bundling construction with long-term services*).⁴⁰⁹ Отуда, унутар постављених параметара, смерница и очекивања јавног субјекта (јер се објекат, постројење, односно систем гради за јавног субјекта), приватни субјект на себе преузима ризик пројектовања и изградње, односно жели да врши оптимизацију каснијих трошкова, тако да ће начин на који је објекат/постројење/систем пројектован омогућити спречавање настанка непотребних трошкова у каснијој фази и омогућити да оперативна фаза реализације пројекта буде спроведена на начин да ће моћи да обезбеди максималне уштете трошкова одржавања и управљања, односно максималну зараду на овим уштедама.

Приватни субјект преузима ризике извршења обавезе пројектовања и извођења радова⁴¹⁰ руководећи се својим крајњим економским интересом, а своју одлуку да узме учешће у пројекту базира на својој калкулацији трошкова и пројекцији будућих прихода. Његова калкулација трошкова не мора нужно да се поклапа са калкулацијом трошкова коју премилинарно врши и јавни субјект, што може да утиче на цену коју је јавни субјект вољан да плати, односно коју узима у обзир приликом одређења тарифе, у случају делатности, односно услуга чија се цена плаћа у складу са тарифним системом.

У пракси, најчешће, извршење обавезе на изради пројектне документације и радова на изградњи новог, односно реконструкцији већ постојећег објекта/постројења/система, приватни субјект, односно пројектно друштво ретко када само спроводи, већ то чини посредством подизвођача које ангажује, што додатно увећава трошкове прве фазе реализације пројекта, које јавни субјект најчешће настоји да умањи, умањујући тако и цену која се плаћа пројектном друштву, а посредно, кроз мање приходе од капитала, и приватном субјекту.

1.3. Ризици везани за оперативну фазу пројекта

Након окончања фазе изградње објекта, постројења, односно система, која је, у пракси, најделикатнија фаза, повезана са реалним ризицима у вези са наступањем кашњења у извођењу појединачних радова на изградњи, односно са увећањем укупних трошкова пројекта изазваних оваквим кашњењима, наступа, стиче се утисак, мирнија фаза реализације пројекта, будући да тада већ постоји објекат или постројење које је у функцији обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, а пројектно друштво, које се до тада борило са бројним ризицима које са собом носи поступак изградње, који уобичајено

⁴⁰⁹ Mathias Dewatripont, Patric Legros, „Public-private partnerships: Contract Design and Risk Transfer“, *EIB Papers* 1/2005, 124-1245; Eric Maksin, Jean Tirole, „Public-private partnership and government spending limits“, *International Journal of Industrial Organization* 2/2008, 412-420; John Bennett, Elisabetta Iossa, „Building and Managing Facilities for Public Service“, 7, 12-19, доступно на: http://ippa.ws/IPPC2/PROCEEDINGS/Article_40_Bennett_Iossa.pdf - 26.4.2015.

⁴¹⁰ M. Dewatripont, P. Legros, 132.

траје неколико година, сада треба да почне да приходује од обављања делатности, пружања услуга.⁴¹¹

Без обзира на околност што се ова фаза реализације пројекта чини мање захтевном и опасном по финални успех пројекта, она то ипак јесте, пре свега из позиције пројектног друштва, али и финансијера пројекта, који су обезбедили новчана средства за изградњу/реконструкцију објекта или постројења.⁴¹² Ово због разлога што је од овог тренутка на тесту њихова анализа исплативости пројекта, која, треба да покаже да су у тренутку када су доносили инвестициону одлуку, такву одлуку донели правилно ценећи све околности које утичу на њихов будући приход од обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса.

У овој фази, пројектно друштво губи још једно значајно упориште, које је до тада имало, и које је оптимизовало његову позицију у фази изградње. Наиме, у оперативној фази реализације пројекта, уз изузетак одговорности за квалитет изведених радова које подизвођачи имају према пројектном друштву, више нема дисперзије ризика на трећа лица – подизвођаче, која је постојала у фази изградње. Сада, кад је објекат, постројење, односно систем већ изграђен, и кад су створени сви услови за отпочињање обављања делатности, одговорност за даљу реализацију пројекта и очекивани приход од пружања услуга од општег интереса лежи пре свега на пројектном друштву, на које сада додатни притисак врше и финансијери пројекта, будући да се управо из обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, генеришу приходи, из којих пројектно друштво измирује обавезе према финансијерима пројекта.⁴¹³

С друге стране, позиција јавног субјекта након окончања фазе изградње постаје значајно лагоднија. Јавни субјект са окончањем фазе изградње пројекат доживљава као готово спроведен, и не сноси више репутациони ризик да пројекат иза кога стоји није заживео, али и он у овој фази пројекта има одређена очекивања према пројектном друштву.

Иако на први поглед изгледа као мирна фаза реализације пројекта, и ова фаза, међутим, носи са собом одређене ризике⁴¹⁴ и то: (а) ризике повезане са коришћењем изграђеног објекта, односно постројења, (б) ризике повезивања на мрежу, (в) ризик повезан са плаћањем цене услуге, (г) ризике повезане са доступношћу и квалитетом услуге која се пружа, (д) ризике повезане са оперативним трошковима, и (ђ) ризике везане за одржавање изграђеног објекта, односно постројења, са следећим особеностима:

⁴¹¹ E. R. Yescombe (2014), 230-236; A. Ng, Martin Loosemore, 8-10.

⁴¹² F. Blanc-Brude, R. Strange, 104.

⁴¹³ John Quiggin, „Forum: Public-Private Partnerships – Risks, PPPs and the Public Sector Comparator“, *Australian Accounting Review* 2/2004, 55.

⁴¹⁴ С. Г. Средојевић, 41-42.

(а) *ризици повезани са коришћењем изграђеног објекта, односно постројења.* Ови ризици у пракси се најчешће срећу код инфраструктурних пројеката (изградња ауто-путева, магистралних и регионалних путева, железница, гасоводних система, нафтовода и др.), код којих пројектно друштво након изградње дела или целокупног транспортног система започиње да наплаћује одговарајућу накнаду за коришћење објекта, постројења, односно система – путарину, односно одговарајућу транзитну таксу за коришћење транспортног система. Управо наплаћивање путарине, односно транзитне таксе представља мотив за приватног субјекта, да узме учешће у реализацији ове врсте пројеката. Путарина, односно транзитна такса представља извор прихода пројектног друштва из кога, током одређеног временског периода који је предвиђен уговором, измирује своје обавезе према финансијерима пројекта, и, истовремено, обезбеђује текуће одржавање изграђеног транспортног система (редовно текуће одржавање и редовно инвестиционо одржавање).

Приликом процене ове врсте ризика, приватни субјект и финансијери пројекта врше одговарајуће припремне радње у изради својих студија, анализа и прогноза, које треба да временски обухвате читав век трајања пројекта. Овакве врсте истраживања треба да узму у разматрање најмање следеће релевантне параметре: (а) постојање алтернативних транспортних система, (б) наплативост путарине, односно транзитне таксе на другим транспортним системима, (в) близину других транспортних система и повећање укупне цене транспорта за субјекте који се одлуче за евентуални алтернативни транспортни систем, (г) транспортне студије за путеве, железничке правце и слично, које дају приказ броја корисника транспортних система у одређеној регији, (д) студију корисника услуга и перспективе повећања њиховог броја,⁴¹⁵ (ђ) демографске студије, (е) близина индустријских комплекса, слободних зона и слично, што све може да утиче на фреквентност саобраћаја, и др. Сви ови параметри узимају се у обзир како појединчано, тако и у њиховој међусобној повезаности у тренутку када се студије, анализе и пројекције раде, уз обавезну прогнозу варијација истих за читав век трајања пројекта.

Проблем са оваквим пројектима огледа се и у томе што је од самог почетка неопходно укључити експерте који ће радити на прелиминарним студијама и анализама искључиво за потребе појединачног пројекта, и то, на страни јавног, односно приватног субјекта, односно на страни финансијера пројекта. У пракси се неретко дешава да анализе и студије које припремају јавни и приватни субјекти буду битно другачије, и да показују велика одступања у налазима и прогнозама. Јавни субјект најчешће даје веома оптимистичне прогнозе,

⁴¹⁵ Код путева и железничких праваца, на пример, испитује се да ли одређени правац више користе путничка или теретна возила будући да је цена путарине увек већа за теретна возила, а испитује се и интензитет саобраћаја – просечан саобраћај, саобраћај у одређеној сезони и слично. Код нафтовода и гасовода, с друге стране, испитује се, примера ради, постојање права слободног приступа, прикључења на транспортни систем, начина обрачуна транзитне таксе према предлогу финансијског модела – везивање за гасну или нафтну формулу и др.

покушавајући да на тај начин пројекат учини довољно атрактивним за привлачење приватног партнера, а осим таквих студија може да понуди и неке друге погодности за приватног субјекта којим га додатно стимулише да се одлучи за конкретан пројекат. Приватни субјект, с друге стране, даје другачије, мање оптимистичне, прогнозе, како би обезбедио што је могуће већи приход и рентабилност пројекта. Финансијери пројекта имају најконзервативнији приступ, будући да немогућност остваривања пројектованог прихода пројектног друштва представља директан губитак самих финансијера пројекта, који ће тешко моћи да превале на пројектно друштво. Стога је, у циљу одржавања пројекта на снази, веома важно да сви учесници у пројекту покажу потребну меру флексибилности, посебно у случајевима када се лоше полазне студије које су коришћене у фази преговора и оцене банкабилности пројекта, касније покажу нереалним, те овакве ситуације доведу до поновног преговарања уговора у тренутку када је пројекат већ увелико започет и када су инвестирана значајна финансијска средства.⁴¹⁶

Званичне статистике инфраструктурних пројеката показују 10-15% неуспеха оваквих пројеката и њиховог напуштања у некој од фаза реализације пројекта, пре свега због неисплативости пројекта посматрано из визуре финансијера пројекта. Као разлози за неуспех оваквих пројеката на глобалном нивоу наводе се најчешће: (а) нереалне студије саобраћаја,⁴¹⁷ (б) немогућност израде компаративне анализе цене коштања употребе конкретног транспортног система, у поређењу са ценом коштања употребе алтернативних транспортних система,⁴¹⁸ (в) понашање јавних субјеката на различитом нивоу, у смислу обезбеђивања услова за изградњу или каквих других погодности у односу на већ изграђене транспортне системе,⁴¹⁹ и др.

⁴¹⁶ Практична искуства аутора на неуспелом концесионом пројекту који представља домаћу Студију случаја 3, садржану у Прилогу бр. 1, показала су да је ова врста ризика могући разлог раскида уговора. У конкретном пројекту, проблем је био у томе што је јавни субјект, као део понуде, укључио и саобраћајне студије, које је према његовом захтеву, за потребе припреме тендерске документације, припремило јавно предузеће које се бави одржавањем путева. Приватни субјект је касније радио своје саобраћајне студије које су показале значајно другачије прогнозе, а кад су се укључили и финансијери пројекта, чији стручњаци су припремили своје саобраћајне студије, наметнула се нужност отварања нових преговора концесионог уговора. Спецификум овог пројекта је у томе што је у веома раној фази пројекта, практично у фази припремних радова на изградњи ауто-пута, дошло до отварања нових преговора, што није уобичајено код ове врсте пројеката, а што је указало на неадекватну припрему пројекта, пре свега од стране јавног субјекта, који је наметао своје студије саобраћаја, не остављајући приватном субјекту никакву другу могућност, до да прихвати студију која је била део тендерске документације. У конкретном концесионом пројекту саобраћајне студије нису биле непосредан повод за раскид уговора, али су у једној фази реализације пројекта довеле до застоја у реализацији пројекта и обнављању преговора уз учешће финансијера пројекта, који су, после неколико месеци тешких преговора довели до измена концесионог уговора.

⁴¹⁷ Нереалне студије су најчешће „наручене“ студије саобраћаја за потребе одређеног пројекта, или студије засноване на неажурираним подацима, што, и у једном и у другом случају, за крајњу последицу, има студије код којих су нетачни и необјективни, како сами полазни подаци, тако и пројектоване вредности.

⁴¹⁸ Упоредна анализа требало би да да одговор на питање која је то цена уштеде коришћења конкретног транспортног система, у односу на висину путарине, односно транзитне таксе, као и упоредне анализе ових истих параметара у случају оптирања за алтернативни транспортни систем.

⁴¹⁹ Како јавни субјект може да буде било који државни орган и/или јавно предузеће, може се догодити, на пример, да паралелно са пројектом који реализује, на пример, Република Србија, локална самоуправа започне свој пројекат који

Искуства у реализацији инфраструктурних пројеката, без обзира на конкретан модел реализације пројекта (концесија, јавно-приватно партнерство, и др.) показала су да ризик повезан са коришћењем изграђеног објекта, постројења, односно система, по правилу, остаје на пројектном друштву.

Међутим, постоје и такви пројекти код којих је накнада за коришћење услуге у директној повезаности са степеном коришћења објекта, односно постројења, кад ризик повезан са коришћењем изграђеног објекта, односно постројења остаје на јавном субјекту. Насупрот горе описаним инфраструктурним пројектима, код којих је ризик био на пројектном друштву, као пример пројеката код којих је ризик остао на јавном субјекту, могу се навести пројекти изградње објеката за пружање друге врсте услуга од општег интереса – на пример, пројекти који су укључивали изградњу школа, болница, војних објеката, затвора, стадиона и слично. У овим пројектима су демографски критеријум (пример школе и смањења природног прираштаја у року који се поклапа са веком трајања одређеног пројекта), стратегија државе (пример укидања обавезе служења војног рока или казнена политика по којој се затворска казна замењује кућним притвором, условном осудом, применом одређених мера безбедности и слично) или организација великих спортских догађаја (пример организације Олимпијских игара уз велика инвестициона улагања и недовољну атрактивност одређених спортова у локалним условима за обезбеђивање минимума средстава за текуће одржавање) представљали одлучујући елемент на основу кога је ризик конкретног пројекта остао на јавном субјекту.

(б) *ризик повезивања на мрежу*. Ризик повезивања на мрежу⁴²⁰ ретко када постоји као засебан ризик, и он се у пракси најчешће повезује са, односно изводи се из горе описаног ризика повезаног са коришћењем изграђеног објекта, односно постројења, те према логици одређења субјекта који сноси ризик, описаној на примеру горе наведеног ризика, и овај ризик, такође, најчешће пада на терет пројектног друштва. Наступање овог ризика везује се за одговарајуће активности јавног субјекта.⁴²¹ Будући да ова врста ризика најчешће не настаје појединачно, већ је повезана са горе описаним ризицима повезаним са коришћењем изграђеног објекта, односно постројења, умеће приватног субјекта, односно пројектног друштва, као и финансијера пројекта је да се, у мери у којој је то могуће, благовремено, још у фази преговора о конкретном пројекту, односно у фази преговора о самом тексту уговора,

укључује изградњу транспортног система – пута – на коме се неће наплаћивати путарина, што ће се одразити на интересовање за транспортни систем на коме се наплаћује путарина.

⁴²⁰ J. Quiggin (2004), 56.

⁴²¹ На пример, регулаторно одређивање висине путарине на различитим врстама транспортних система, израда пројеката транспортних мрежа, увођење посебних правила у вези са одржавањем транспортних система, што може да утиче на увећање трошкова пројектног друштва, и слично.

испеговара одређена врста заштите за пројектно друштво.⁴²² Постоје, с друге стране, и пројекти који се реализују на основу билатералних или мултилатералних уговора у којима се на пројекат примењују заштитне одредбе у смислу обезбеђивања преференционалног третмана, забране промене прописа (пре свега пореских) и друге мере. Проблем заштите од овог ризика може да постоји у случају када јавни субјекти различитих нивоа планирају своје развојне стратегије – на пример, може се постићи споразум са јавним субјектима одређеног нивоа да за време века одређеног пројекта не започињу са „конкурентским“ пројектима, али се не може у целости избећи опасност да то учине јавни субјекти друго нивоа;⁴²³

(в) *ризици повезани са плаћањем накнаде за пружене услуге од општег интереса.* Иако овај ризик на први поглед личи на првоописани ризик – ризик повезан са коришћењем изграђеног објекта, односно постројења, он је суштински другачији, јер се овај ризик не своди на питање избора коришћења изграђеног објекта, односно постројења, већ на фактичко плаћање цене услуге коришћења конкретнoг објекта, односно постројења, односно, још прецизније, на плаћање накнаде за пружене услуге од општег интереса. Овај ризик задире дубоко у однос пројектног друштва и јавног субјекта, будући да он на одређени начин проблематизује могућност јавног субјекта да изврши плаћање накнаде за пружене услуге од општег интереса, и тиме задире у центар рација за обезбеђивање пројектног финансирања, будући да пројектно друштво своје обавезе из закључених уговора о кредиту измирује управо из износа средстава које редовно прима као накнаду за пружене услуге од општег интереса. Иако се плаћање накнаде за пружене услуге од општег интереса никада не може оспорити као принцип, јер је оно један од основних постулата овог уговорног односа, оно што се отвара као потенцијални проблем, те тако и као потенцијални ризик, је доступност фондова за плаћање ове накнаде, посебно у случају кад јавни субјект није, на пример, сама држава (у ком случају се средства за плаћање накнаде за пружене услуге од општег интереса обезбеђују као обавезна ставка у буџету). Овакав проблем се најчешће не појављује ни у случају кад је јавни субјект јавно предузеће које се такође финансира из државног буџета, али делом и из сопствених прихода, што представља додатну погодност за пројектно друштво. Међутим, постоје случајеви у којима јавни субјект има одређена буџетска ограничења или током трајања пројекта услед децентрализације власти у одређеној држави стиче право да повлачи средства из буџета не праволинијски, како је то, можда, био случај у тренутку преговарања пројекта, односно у тренутку

⁴²² Ако се у тренутку разматрања конкретнoг пројекта зна за одређену стратегију јавног субјекта, која може непосредно или посредно да умањи или ограничи права приватног субјекта, односно пројектног друштва, или која може, у крајњој инстанци, да утиче на планирани пројектовани приход пројектног друштва, може се још у фази преговора о самом уговору уговорити одређена врста заштите – на пример, забрана за јавног субјекта да током века трајања конкретнoг пројекта или до тренутка остваривања исплативости конкретнoг пројекта, започиње са сличним пројектима који могу да представљају конкуренцију пројекту о коме се воде преговори.

⁴²³ Органи локалне самоуправе могу имати другачије развојне стратегије у односу на републичке органе.

обезбеђивања пројектног финансирања, већ уз одређена процедурална ограничења, или, барем, уз примену одређених административних поступака, што можда не утиче на крајњи исход приходавања пројектног друштва, али може да утиче на динамику оваквог приходавања, која је за пројектно друштво значајна са становишта обезбеђења континуитета у плаћању трошкова текућег одржавања, а за пројектно друштво и финансијере пројекта заједно, ова околност је од великог значаја јер утиче на благовремено извршавање обавеза пројектног друштва по основу добијених кредита. Ова ситуација може постати посебно деликатна у случајевима кад се конкретан јавни субјект не наплаћује сам непосредно од пореских обвезника, већ му новац пристиже на рачун из државног буџета, преко посебних подрачуна, и уз примену одређених процедура пуштања новца на подрачуне. Пошто овакво ограничење најчешће не представља тренутну сметњу, која би за финансијере пројекта потенцијално била прихватљива, ако би била изразито ограниченог рока трајања, већ модус који се примењује на дужи временски период, очекивано током читавог века трајања пројекта, у случају наступања оваквих околности финансијери пројекта инсистирају на изменама уговора, за шта су, по правилу, предвидели основ у случају наступања оваквих околности. За разлику од других ризика који су описани у овом поглављу који, можда, могу да буду непријатни, али, по правилу, не утичу на одрживост пројекта, односно одрживост уговора, овај ризик по својој природи, може озбиљно да угрози пројекат ако пројектно друштво, јавни субјект и финансијери пројекта споразумно не договоре модел његовог превазилажења.

Најједноставнији модел превазилажења овог проблема је установљавање могућности за директан прилив новца из буџета за потребе извршења обавезе јавног субјекта, кад систем организације власти у одређеној држави дозвољава овакав приступ. Финансијери пројекта ће, по правилу, захтевати и додатна средства обезбеђења, као што је државна гаранција, менице локалне самоуправе и слично. У пракси извршења оваквих уговора је, по правилу, било тешко обезбедити нека друга средства обезбеђења (на пример, хипотеке на непокретностима у државном власништву и слично), али су финансијери пројекта успели да обезбеде одређену сигурност по пројектно друштво, а тако непосредно и за себе, предвиђањем обавезе јаног субјекта да образује посебне фондове у које ће уплаћивати средства која ће стално обезбеђивати одређену резерву да, када доспе обавеза плаћања накнаде за пружене услуге од општег интереса, такво плаћање буде потпуно, благовремено и континуирано. У појединим случајевима, оваква решења су чак и превазишла ниво појединачног договора финансијера пројекта, пројектног друштва и јавног субјекта, и постале су део законских прописа одређених земаља.⁴²⁴

⁴²⁴ E. R. Yescombe (2007), 266.

Још један од модалитета за превазилажење овог ризика, на чему посебно инсистирају јавни субјекти, али се њиховом захтеву придружују и финансијери пројекта, је обезбеђивање осигурања од политичких ризика, које не пружају сва осигуравајућа друштва, већ се оваква врста заштите најчешће може исходovati код пројекта који у себи обједињују и елементе осигурања извозних кредита, која линија осигурања обезбеђује покриће од ове врсте ризика.

(г) *ризичи повезани са доступношћу и квалитетом услуге које се пружају*. Ризици повезани са доступношћу услуге⁴²⁵ које се пружају најчешће се везују за обавезу предузимања одређене активности или пропуштање предузимања одређене активности од стране пројектног друштва, те по својој природи представљају ризике који по правилу остају на пројектном друштву. Тако на пример, обавеза пројектног друштва (било непосредно или посредством друштва које се бави одржавањем и управљањем одређеним постројењем, односно објектом) је да обезбеди континуитет доступности конкретног објекта, односно постројења током века трајања конкретног пројекта. Међутим, обезбеђивање доживљења пуног века трајања пројекта неретко захтева и континуитет у предузимању активности на текућем и инвестиционом одржавању пројекта,⁴²⁶ што одређени објекат, односно постројење може учинити недоступним на одређено време. Насупрот активностима, које по својој природи спадају у редовно одржавање, у складу са стандардима индустрије, и који се редовно уређују уговором у смислу да преузимање ових активности не утиче на доступност и не умањује право пројектног друштва на пуну накнаду која му по уговору припада, могући су и периоди дуже „недоступности“ објекта или постројења који може настати као последица неадекватног или неблаговременог одржавања, када ризик свих горе описаних активности, који се уговорно санкционишу, резултира најчешће умањењем уговорене припадајуће накнаде пројектном друштву.

У оцени и процени доступности објекта, односно постројења, узимају се у обзир бројни критеријуми: (а) време наступања недоступности објекта, односно постројења (на пример, у случају радова на путевима недоступност пута је мања ноћу, јер је тада и мања фреквентност саобраћаја, али и ово може бити релативна категорија у зависности од сезоне – тако, на пример, током летњих месеци и сезоне годишњих одмора већи број путника се опредељује за путовање ноћу. С друге стране, радови на текућем одржавању, на пример школа, се другачије третирају ако се спровode током распуста или на самом почетку школске године), (б) обим недоступности објекта, односно постројења (питање да ли је

⁴²⁵ Бразилски закон о јавно-приватном партнерству је прописао обавезу формирања посебних фондова у којима се обезбеђују средства за плаћање накнада за пружене услуге од општег интереса. Вид. J. Quiggin (2004), 56.

⁴²⁶ На пример, у случају инфраструктурног пројекта – ауто-пута, гасовода, нафтовода, железничког система, и др., потребно је преузимати активности на одржавању пута у смислу обезбеђивања одговарајуће сигнализације, чишћења снега, уклањања леда, регулисања притиска у цевоводним транспортним системима, уклањања објеката које је нанео ветар или други временски услови. Такође, редовни ремонти гасовода или нафтовода који су стандард у пружању такве врсте услуга, такође доводе до краткотрајне недоступности објекта, односно постројења.

недоступност наступила у односу на целокупан објекат или само на његов део – на пример, затварање дела пута или обустава саобраћаја на читавом путу), (в) врста дела објекта, односно постројења који је недоступан и његова функционална повезаност, односно неповезаност са остатком објекта, односно постројења (нестанак струје или прекид дотока воде или топлотне енергије може да погоди један део објекта, који остатак објекта, односно постројења чини и даље употребљивим у целисти, без опасности по сигурност система напајања), (г) доступност дела објекта, односно постројења према категоризацији по значају дела постројења (на пример, у случају болничких објеката, недоступност приступа чекаоници или просторијама економата, односно кадровске службе нема једнаку тежину као, на пример, недоступност приступа одељењу хитне помоћи, одељењу за процесуирање ургентних случајева, операционим салама и слично).

Ови ризици, у пракси, не доводе до раскида уговора (осим у случају када наступи трајна недоступност објекта, односно постројења), већ њихово наступање, након процене и оцене кривце у настанку ризика на страни пројектног друштва, могу да доведу до смањења накнаде која се плаћа пројектном друштву, у зависности од дужине трајања недоступности објекта, односно постројења, временског момента када је ова недоступност настала и процене активности које је пројектно друштво предузело, односно које је пропустило да предузме у циљу предупредивања наступања околности које су од утицаја на доступност објекта, односно постројења, а под контролом су пројектног друштва. Горе наведено сходно се примењује и у односу на квалитет услуге која се пружа, тим пре што је квалитет услуге најчешће у директној повезаности са обимом доступности објекта, односно постројења које је у служби обезбеђивања одређене услуге од општег интереса.

Уговори се у пракси ретко раскидају због мањег квалитета пружене услуге, будући да ова околност, пре свега, утиче на висину накнаде која се плаћа пројектном друштву, тако да лошији квалитет пружене услуге линеарно утиче на смањење накнаде која се плаћа пројектном друштву. Како би се умањење накнаде могло контролисати, и тако избегли спорови у погледу висине накнаде која би требало да припадне пројектном друштву, уговори које закључују јавни субјект и пројектно друштво најчешће прописују одређене стандарде пружања услуга, као и табелу индикатора квалитета пружених услуга (енг. *key performance indicators*), што обема уговорним странама пружа одговарајућу извесност у смислу заједничког разумевања критеријума и параметара за оцењивање квалитета пружања услуга, што процену чини мање субјективном. Стандарди се могу разликовати, и у пракси се и разликују од пројекта до пројекта, а исти су најчешће у директној повезаности за индустријом за коју се објекат, односно постројење везује, односно са природом услуге која

се пружа.⁴²⁷ Међутим, чак и код објекта исте врсте, у зависности од природе услуге која се пружа, стандард се може разликовати.⁴²⁸ Оно што је додатно важно напоменути је да одржавање објекта, односно постројења, односно пружање услуга финалним корисницима може бити поверено од стране пројектног друштва друштву посебне намене, у чију делатност спада управо наведено, па чак и неповезаном подизвођачу. Јавни субјект и финансијери пројекта, могу уговорити, и по том основу и захтевати од пројектног друштва да, на пример, замени подизвођача који не омогућава пружање услуге квалитета какав се очекује, како би пројектно друштво приходовало од максималне накнаде која му се плаћа за услугу од општег интереса, чијем задовољењу служи изграђени објекат, односно постројење.

(д) *ризици повезани са оперативним трошковима*. Оперативни трошкови представљају збир трошкова које пројектно друштво има у вези са обављањем делатности, односно пружањем услуге током века трајања пројекта (енг. *operating costs/opex*). Калкулација и пројекција оперативних трошкова се прави још у тренутку подношења понуде, а касније се ови трошкови додатно процењују током испитивања банкабилности пројекта.⁴²⁹ Висина ових трошкова је релевантна за оцену банкабилности пројекта, будући да финансијери пројекта приликом контроле пројекције новчаних токова пројектног друштва (енг. *projected cash flow*), ове трошкове одбијају од пројектованог прихода друштва, и тако долазе до пројектованог износа новца који ће бити намењен извршењу обавезе враћања кредита који су обезбеђени за финансирање изградње објекта, постројења, односно система, набавке потребног материјала за пружање одређене услуге, и др.

Да би пројектно финансирање било економски одрживо и прихватљиво за финансијере пројекта, збир оперативних трошкова мора да буде значајно нижи од пројектованог прихода пројектног друштва. Иако се калкулација и пројекција ових трошкова, на први поглед, може сматрати једноставном и праволинијском, она то, ипак, није. Спецификум овакве калкулације и пројекције везује се за тренутак оснивања пројектног друштва и његове активности. Пројектно друштво може бити основано у различитим фазама реализације пројекта – а најчешће се управо због уштеде на оперативним трошковима, оснива у некој каснијој фази пројекта, а не одмах по закључењу уговора између јавног и приватног

⁴²⁷ Стандард чистоће, примера ради, не може бити једнак за болницу и стадион или затвор, па чак и унутар објекта, односно постројења могу постојати различити стандарди по основу наведеног критеријума чистоће (чекаоница или складиште у болници не могу имати исти стандард чистоће као операциона сала).

⁴²⁸ Примера ради, пружање здравствене услуге у специјалној болници посебне намене може имати захтев за значајно већим стандардом хигијене у односу, на пример, на општу болницу. Пројекат сарадње Завода за здравствено осигурање Републике Србије и приватног партнера – пружаоца здравствених услуга одређене врсте која је предмет домаће Студије случаја 4 садржане у Прилогу бр. 1, почива на изузетно високим стандардима на страни пружаоца услуге, што је у директној повезаности са врстом здравствене услуге која се пружа, деликатношћу услова у којима се ова услуга пружа и стања пацијената којима се пружа предметна здравствена услуга.

⁴²⁹ А. Boussabaine, 293-295.

субјекта. Додатно, иако обезбеђивање финансирања од стране финансијера пројекта неретко захтева увид у све уговоре које пројектно финансирање подразумева, у пракси је чест случај да такве уговоре закључују оснивачи пројектног друштва, те да се ови уговори, уступају пројектном друштву у некој каснијој фази реализације пројекта. Такође, значајан број пројеката сарадње јавног и приватног субјекта, обавезно укључује, како смо то већ поменули, ангажовање подизвођача, којима приватни субјект, односно пројектно друштво, делегира извршење дела уговорених послова. У којој мери ће се вршити овакво делегирање извршења послова суштински зависи од врсте пројекта, односно од врсте услуге од општег интереса која се пружа крајњим корисницима услуга. У пракси су забележени случајеви у којима је пројектно друштво поверило извршење готово свих својих уговорних обавеза подизвођачима, задржавајући према јавном субјекту једино обавезу непосредног подношења извештаја о реализацији пројекта⁴³⁰. Овакви случајеви се у литератури приказују као екстремни случајеви који на одређени начин релативизују синергију која током читавог века трајања пројекта, треба и мора да постоји између јавног субјекта и пројектног друштва.⁴³¹ У великој већини пројеката, међутим, пројектно друштво само део активности преноси на своје подизвођаче и остаје непосредно одговорно према јавним учесницима у пројекту.⁴³²

У случају када је дошло до уступања обављања значајнијег дела активности на управљању пројектом подизвођачима, ризик по пројектно друштво, а самим тим и у односу на финансијере пројекта, огледа се у томе што пројектно друштво нема контролу над овим трошковима, како у погледу њихове висине, тако и динамике њиховог наступања. У овим случајевима, овај ризик је могуће предупредити или умањити на више начина: (а) обавезном детаљном пројекцијом ових трошкова, како на страни пројектног друштва, тако и на страни подизвођача, у раној фази пројекта, при чему ова пројекција мора да буде заснована на пројектованој расподели надлежности између пројектног друштва и његових подизвођача у различитим фазама реализације пројекта, уз предвиђање минималног процента одступања и његовог урачунавања у пројекцију, (б) што је могуће мање флексибилним одредбама о могућности увећања трошкова на страни подизвођача, осим у случају курсних разлика и уобичајених одредби о промењеним околностима, односно настојањем да се трошкови подизвођача фиксирају на начин на који су фиксирани трошкови пројектног друштва, односно његових оснивача у односу на јавног субјекта,⁴³³ (в) уговарањем да се накнада

⁴³⁰ У пракси се овакви случајеви делегирања надлежности срећу код мање ризичних пројеката, на пример, пројеката изградње смештајних капацитета.

⁴³¹ E. R. Yescombe (2007), 111.

⁴³² Задржавање највећег дела активности у вези са управљањем пројектом на нивоу пројектног друштва, а делегирање само мањег дела ових активности подизвођачима најкарактеристичније је код концесионих пројеката у којима је однос јавног учесника у пројекту и пројектног друштва најригидније постављен.

⁴³³ Подизвођачи ће на све начине покушавати да избегну фиксирање трошкова будући да због дужине трајања пројекта најчешће нису спремни да овај ризик преузму на себе на дужи временски период.

трошкова подизвођачима плаћа из накнаде коју пројектно друштво прима од јавног субјекта за пружање услуга, и то тек када јавни субјект заиста и исплати накнаду на рачун пројектног друштва.

Оперативни трошкови могу се класификовати у три подкатегије:⁴³⁴ (а) финансијски мањи оперативни трошкови (енг. *soft FM*) у које спадају трошкови обезбеђења, трошкови чишћења, и други слични трошкови, (б) финансијски значајнији оперативни трошкови (енг. *hard FM*) који укључују трошкове текућег одржавања постројења, односно објекта, као што је на пример, свакодневно мање одржавање и ситне оправке, (в) трошкови одржавања постројења, односно објекта током читавог века трајања пројекта (енг. *lifecycle costs*) који обухватају трошкове пројектног одржавања, ремонта, замене, и друге сличне трошкове.⁴³⁵

Осим накнада за извршене услуге које се плаћају подизвођачима, приликом обрачуна и процене оперативних трошкова треба водити рачуна и о другим издацима пројектног друштва, који значајно увећавају укупне трошкове пројектног друштва као што су: (а) трошак премије осигурања, односно трошкови осигурања, које је код ове врсте пројеката обавезно, и на чему инсистирају како јавни субјект, тако и финансијери пројекта, и (б) обавезни порези које пројектно друштво плаћа (порез на имовину, порез на добит правног лица, и др.). Трошкови осигурања, имајући у виду значај пројекта, а посебно вредност објекта, постројења и у њима инсталиране опреме, представљају значајан издатак, који увек представља трошак пројектног друштва, који се не може пренети на другог учесника у пројекту и на тај начин ублажити. Тренд пружања услуга осигурања годинама уназад показује значајан степен увећања премија осигурања, што се дугорочно одражава на прогнозирану пројекцију трошкова пројектног друштва.

Како наступање ризика које покрива осигурање није могуће контролисати, изузев обавезе пројектног друштва, односно његових подизвођача, да објекат, односно постројење редовно одржавају, у складу са правилима струке и одговарајућим уговореним применљивим стандардима, то је једино могуће размотрити друге потенцијалне моделе за умањење наступања ризика увећања премије, односно одговарајуће мере које ће пројектно друштво и јавни субјект предузети у случају да ипак дође до повећања премијских стопа. Како су и сами пројекти које уређују уговори јавног и приватног субјекта засновани на начелу конкурентности, ово начело се настоји одржати и кроз друге аспекте реализације ових уговора – почев од одабира подизвођача, преко одабира једног или већег броја осигуравајућих друштава која пружају услуге осигурања пројектном друштву у вези са конкретним пројектом. Другим речима, није допуштено да јавни субјект преко

⁴³⁴ Graham Ive *et al.*, „Cost and Performance comparison of PFI and Non-PFI Healthcare Infrastructure in England“, HaCIRIC 10 – *Better Healthcare through Better Infrastructure*, 3rd Annual Conference on the Health and Care, Infrastructure Research and Innovation, 22-24 September 2010, Edinburgh, Scotland, 88-103.

⁴³⁵ E. R. Yescombe (2007), 147.

осигуравајућих друштава у већинском државном власништву утиче на висину премије осигурања у смислу њеног фиксирања за читав век трајања пројекта, или предвиђање каквих других погодности, будући да би овакво поступање представљало грубо кршење конкурентности у пружању услуга осигурања. Додатно, са становишта прописа који уређују заштиту конкуренције, забрањено је и свако постизање договора више осигуравајућих друштава у погледу услова осигурања и њихово уговорно удруживање у односу на пројектно друштво и пружање услуга осигурања под једнаким договореним условима за различите пакете осигураних ризика. Такође, захтеви финансијера пројекта су, по правилу, постављени тако да се осигурање мора обезбедити код осигуравајућих друштава која су најрепутабилнија и најспособнија да у случају наступања осигураног ризика што је пре могуће обезбеде исплату накнаде штете, јер је за финансијере пројекта од пресудног значаја да пројектно друштво може да наставља да обавља делатност, из чега се обезбеђује и враћање кредита које је пројектно друштво узело, али и да су му приходи од обављања делатности, континуирано у висини пројектованих вредности.

Одрживост пројекта са становишта ризика повећања премије осигурања, отуда, коначно зависи од договора пројектног друштва и јавног субјекта у погледу сношења овог ризика. Другим речима, пројектно друштво и јавни субјект могу уговорити одређени праг до кога ће пројектно друштво само учествовати у плаћању трошкова осигурања, односно одговарајуће подстицаје које ће јавни субјект дати пројектном друштву, у случају наступања ризика повећања премијских стопа осигурања.⁴³⁶ На овај начин, пројектно друштво и јавни субјект, практично, заједнички сnose овај ризик, с тим да је учешће јавног субјекта у сношењу овог ризика условљено евентуалним будућим повећањем премијске стопе осигурања изнад договореног процента.

Међутим, и овај приступ има одређена ограничења будући да јавни субјект нема интерес да пристане на овакво учешће у сношењу ризика увећања премијске стопе осигурања у односу на све врсте ризика, већ искључиво за осигурање самог објекта, постројења, односно система од уобичајених ризика, и то условљавајући овакво своје учествовање у сношењу ризика посебним степеном пажње у вези са одржавањем постројења, објеката, односно опреме, што је пројектно друштво дужно да обезбеди. Преузимање одговорности за учествовање у ширем кругу ризика, чини беспредметним интерес јавног субјекта и доводи под знак питања његове економске рације и спроведене процене у односу на критеријум вредности пројекта у односу на уложени новац (енг. *value for money/VfM*).

⁴³⁶ Тако, на пример, могуће је да пројектно друштво и јавни субјект уговоре увећање накнаде за пружање услуга од општег интереса које јавни субјект плаћа пројектном друштву, за случај да дође до повећања премијских стопа осигурања изнад одређеног процента. Вид. E. R. Yescombe (2007), 214.

Као мање финансијски значајна категорија оперативних трошкова јављају се трошкови комуналија који, сами по себи, не морају да представљају значајну ставку, ако се посматрају као трошак који пројектно друштво плаћа, на пример, за коришћење електричне енергије, нафте, мазута или гаса, за напајање својих постројења, односно за пружање услуге, итд. Међутим, поред овог основног нивоа сагледавања ове врсте трошка, постоји још један, мање упадљив, али суштински веома значајан фактор утицаја трошкова комуналија на пројекат. Реч је о утицају вредности трошкова комуналија на висину тарифе. За пројектно друштво може бити јефтине да има закључене уговоре са јавним субјектом, односно са јавним предузећима која пружају одређене врсте комуналних услуга, посебно у случају када му се одређене услуге нуде кроз уговорне пакете услуга. Основни критеријум којим се пројектно друштво мора руководити кад је реч о прибављању комуналних услуга је редовност у њиховом пружању и цена. У случају кад овакве услуге пружа јавни субјект, односно јавна предузећа, могуће је додатно уговорити и могућност да се накнада за пружање услуга коју јавни субјект плаћа пројектном друштву коригује, односно прилагоди повећању цена ове врсте услуга, што, такође, представља одређену подстицајну меру, и може се посматрати као још један вид заједничког сношења ризика увећања цена. Овакав приступ једнако је прихватљив и пројектном друштву и јавном субјекту (енг. *win-win approach*). Са становишта пројектног друштва овакав приступ је оптималан из перспективе контроле трошкова, али и пребацивања дела ризика у вези са увећањем цене на јавног субјекта, што подржавају и финансијери пројекта. Овакав модел је прихватљив и за јавног субјекта, будући да се заснива на оправданости економских рација спроведене процене у односу на критеријум вредности пројекта у односу на уложени новац (енг. *value for money/VfM*).

(ћ) *ризичи повезани за одржавањем изграђеног објекта, односно постројења*, који укључују два основна ризика: (а) ризик доступности постројења, односно објекта током спровођења одржавања, и (б) ризик увећања трошкова одржавања. Како услуге од општег интереса треба да се континуирано и са једнаким квалитетом пружају током читавог века трајања пројекта, испуњење оваквог захтева подразумева да објекат, односно постројење треба да буде у адекватном техничком и оперативном стању да би могао да обезбеди очекивани обим, ниво и квалитет пружања услуга од општег интереса.

Одржавање објекта, односно постројења може да, у зависности од врсте радова на одржавању, доведе до привременог прекида рада постројења, односно објекта, што овај ризик чини блиским горе описаном ризику доступности услуге која је предмет пружања. Одржавање објеката, односно постројења најчешће подразумева уговарање дозвољених редовних радова на одржавању (енг. *agreed repairs and maintenance*), који су срачунати на обезбеђивање безбедног, континуираног и оперативног функционисања објекта, постројења,

односно система, уз максимално скраћење периода недоступности услуга,⁴³⁷ што, по правилу, не утиче на висину накнаде коју јавни субјект плаћа пројектном друштву. Прекорачење рокова одржавања, односно продужење периода недоступности услуге најчешће не доводи до раскида уговора, али се може одразити на висину накнаде коју јавни субјект плаћа пројектном друштву за пружање услуга од општег интереса.

Пројектно друштво може да изврши оптимизацију оваквог ризика, у том смислу што ће део радова на одржавању пренети, односно делегирати на подизвођаче. У том случају, пројектно друштво је дужно да обезбеди да се у уговорима са подизвођачима „пресликају“ одредбе његовог уговора са јавним субјектом у вези са квалитетом, роковима и извештавањем о спроведеним радовима на одржавању, а у мери у којој је то могуће, и додатно смањи рокове, како би омогућило своју контролу над изведеним радовима на одржавању, и на тај начин предупредило умањење накнаде која му припада услед неадекватног или неблаговременог извођења радова на одржавању. На оваквом начину оптимизације ризика инсистирају редовно и финансијери пројекта.

Осим ове опште класификације ризика који су могући у овој фази реализације пројекта, у појединим пројектима су се у пракси испољили и неки други ризици који нису били толико чести у неким другим пројектима, као што су на пример – промене у прописима, виша сила или одређени накнадни захтеви јавног учесника у пројекту, о чему ће више речи бити касније.

2. Задовољење критеријума „вредност за новац“

Тежиште интереса јавног субјекта у пројектима поводом којих се закључују уговори о сарадњи са приватним субјектом, огледа су у задовољењу критеријума „вредност за новац“ (енг. *value for money – VfM*).⁴³⁸ Овај критеријум се у литератури дефинише на различите начине, али је заједнички именилац свих покушаја да се он одреди и приближи садржан у постизању оптималне пропорције између укупног збира свих трошкова пројекта, с једне стране, и квалитета услуга од општег интереса које се пружају крајњим корисницима ових услуга,⁴³⁹ с друге стране, односно у постизању оптималне пропорције и комбинације

⁴³⁷ На пример, оправка путева се врши у периоду кад је мања фреквенција саобраћаја на том путном правцу, одржавање школа се предузима током трајања распуста или државних празника кад школе не раде.

⁴³⁸ Вид. *Public-Private Partnerships Reference Guide, Version 2.0*, International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Asian Development Bank and Inter-American Development Bank 2014, 132-137.

⁴³⁹ D. Grimsey, M. K. Lewis, 135; такође, вид. и документ Светске банке – *Value-for-Money Analysis-Practices and Challenges: How Governments Choose When to Use PPP to Deliver Public Infrastructure and Services*, Report from World Bank Global Round-Table, 28 May 2013, Washington DC, World Bank Institute (WBI) and Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), 9.

квантитета, квалитета, погодности и трошкова очекиваних током читавог века трајања пројекта.⁴⁴⁰

Критеријум „вредности за новац“ руководи и опредељује јавног субјекта приликом доношења одлуке на који начин да обезбеди средства за реализацију пројекта: (а) да ли да средства за инвестирање одређеног пројекта прибави на традиционалан начин – из буџета, или непосредним задуживањем код финансијских институција које обезбеђују финансирање под комерцијалним условима, уз обезбеђивање одговарајућих средстава обезбеђења, најчешће државне гаранције, или (б) да средства за спровођење пројекта обезбеди кроз различите модалитете сарадње, синергије, односно партнерства са приватним субјектом који ће обезбедити претежан део средстава за извођење пројекта, док ће учешће јавног субјекта у обезбеђивању финансирања бити у потпуности искључено, или ће бити сведено на најмањи могући проценат, евентуално у вези са обезбеђивањем капиталног улагања.⁴⁴¹

Који год од ова два модела да анализира, јавни субјект је дужан да у сваком конкретном пројекту врши упоређење укупних трошкова извођења пројекта са квалитетом услуге која се пружа, и условима под којима се пружа, укључујући и цену ове услуге, а све ово на основу студије која ће извршити упоредну анализу релевантних параметара конкретног пројекта – компаратора јавног сектора (енг. *public sector comparator – PSC*).

У случају директног обезбеђивања средстава од стране јавног субјекта, поред непосредне финансијске изложености на основу задужења, јавни субјект додатно сноси пуну одговорност у односу на све ризике реализације пројекта током читавог његовог века, те сходно томе и пуну одговорност за благовремено и потпуно извршење пројекта. С друге стране, у случају сарадње, синергије, односно партнерства са приватним субјектом, ризици се дисперзују, и умањују се укупни трошкови за јавног субјекта, али се, истовремено, губи пуна контрола над пројектом, коју јавни субјект има у случају прве опције⁴⁴². Отуда, принцип „вредност за новац“ треба да, кроз упоредну анализу укупних трошкова различитих опција за исту или приближно сличну врсту улагања, да одговор на питање који је од могућих модела реализације конкретног пројекта најоптималнији. Оно што је веома важно у спровођењу овакве анализе је да принцип „вредност за новац“ треба да буде утемељен на

⁴⁴⁰ Philippe Burger, Ian Hawkesworth, „How to Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement“, *OECD Journal on Budgeting* 2011/1, 2. Комисија за јавно-приватна партнерства Републике Србије усвојила је 18. јула 2013. године Методологију за анализу добијене вредности у односу на уложена средства (*Value-for-Money*) у јавно-приватном партнерству и концесијама, која је доступна на:
<http://www.ppp.gov.rs/dok/38/Metodologija%20za%20analizu%20dobijene%20vrednosti%20u%20odnosu%20na%20ulozeni%20novac%20u%20javno-privatnom%20partnerstvu%20i%20koncesijama.pdf> - 26.4.2015.

⁴⁴¹ *The Non-Financial Benefits of PPPs, A Review of Concepts and Methodology*, European PPP Expertise Centre (EPEC), June 2011, 5-26.

⁴⁴² Nina Budina, Hana Polackova Brix, Timothy Irwin, *Public-Private Partnerships in the New EU Member States, Managing Fiscal Risks*, World Bank Working Paper No. 114, The World Bank, Washington 2007, 5-12.

квалитету услуге и на компетентности приватног субјекта у извођењу радова, а никако само на најнижој понуди.⁴⁴³

Традиционални модел најчешће је заступљен у инфраструктурним пројектима (изградња путева, железница, мостова, школа и слично) код којих јавни субјект унапред одреди квантитативне и квалитативне параметре услуге која се пружа, док се сама изградња објекта, односно постројења поверава путем тендера приватном субјекту, који изводи радове на изградњи и након окончања изградње предаје објекат, односно постројење на управљање јавном субјекту. Други модел, који претпоставља сарадњу, синергију, односно партнерство јавног и приватног субјекта, такође, започиње одређивањем квантитативних и квалитативних параметара услуге која ће се пружати, с тим што се овај задатак поверава најчешће приватном учеснику у пројекту, коме се поверава и подухват пројектовања, изградње објекта, односно постројења, у циљу пружања услуге јавном субјекту или непосредно крајњим корисницима услуге, а неретко и управљање и одржавање објекта, односно постројења током уговореног периода. Према овом моделу, приватни субјект остварује приход или од јавног субјекта, који му плаћа одговарајућу накнаду за пружене услуге (што је типично код јавно-приватног партнерства), или му за пружене услуге накнаду плаћају непосредно крајњи корисници услуга (што је типично за концесије), а постоје и под-моделу према којима приватни субјект остварује приход из оба извора – и од јавног субјекта, и од крајњих корисника услуга.

У литератури се критеријум „вредност за новац“ везује за три речи које почињу словом „е“ : економичност, ефикасност и ефективност,⁴⁴⁴ а приликом одлучивања за једну од две горе поменуте алтернативе као крајње питање се поставља може ли модел синергије јавног и приватног субјекта током читавог века трајања пројекта да пружи континуитет, квалитет и довољан обим услуге која се пружа, уз мање укупне трошкове у односу на традиционални модел. Једна од најупечатљивијих разлика између традиционалног модела и модела синергије огледа се у поступку и мерилима за процењивање „вредности за новац“. Код модела који претпоставља синергију јавног и приватног субјекта, јавни субјект који бира свог партнера најчешће спроводи анализу трошкова кроз утврђивање одговарајућег прага трошкова који је у пракси познат као компаратор јавног сектора (енг. *public sector comparator – PSC*).⁴⁴⁵

⁴⁴³ *Closing America's Infrastructure Gap: the Role of Public-Private Partnerships*, A Deloitte Research Study, Deloitte Development LLC 2007, 32.

⁴⁴⁴ Jean Shaould, „A Critical Financial Analysis of the Private Finance Initiative: Selecting a Financing Method or Allocating Economic Wealth“, *Critical Perspectives in Accounting* 16 (4), Elsevier 2005, 441-471.

⁴⁴⁵ Вид. *OECD Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnership*, May 2012, 20; *Public Private Partnerships – In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, OECD 2008, 36-82.

Компаратор јавног сектора означава комплексну формулу за израчунавање укупних трошкова јавног субјекта, која укључује збир свих капиталних трошкова и издатака (енг. *capital expenditures – capex*) и свих оперативних трошкова и издатака (енг. *operational expenditures – opex*) за одређено време за које се реализује конкретан пројекат, и која узима у калкулацију и све задржане ризике, али и очекиване директне приходе (на пример, наплата путарине, мостарине, наплата транзитне таксе код гасовода или нафтовода, и слично), као и индиректне приходе трећих лица (на пример, приходе трећих лица којима погодује, на пример, изграђени ауто-пут као што су приходи од бензинских пумпи уз ауто-пут, рекламни билборди, приходи од издавања у закуп складишта или других објеката изграђених уз ауто-пут, и слично).⁴⁴⁶ Код традиционалног модела најчешће се прибегава сличној врсти анализе – анализи трошкова и погодности (енг. *cost-benefit analysis*).⁴⁴⁷ И у једном и у другом случају калкулација трошкова врши се на бази нето садашње вредности,⁴⁴⁸ при чему се за потребе обрачунавања „вредности за новац“ уводи и још један обрачунски критеријум – дисконтна стопа (енг. *discount rate*).⁴⁴⁹

Приликом обрачуна трошкова узимају се у обзир следећи елементи: (а) укупни трошкови набавке услуга (енг. *baseline costs*), који се заснивају на обрачуну свих трошкова јавног субјекта који би настали у случају да јавни субјект обезбеђује финансијска средства за изградњу конкретног објекта, односно постројења, одржава објекат, као и обезбеђује пружање услуга од општег интереса током читавог века трајања пројекта, (б) додатни трошкови (енг. *ancillary costs*), који означавају све додатне пратеће трошкове који се протежу на читав век трајања пројекта, као што је на пример трошак набавке, (в) финансијски трошкови (енг. *financing costs*), који означавају трошкове који се односе на плаћање камате и друге сличне трошкове који произлазе из јавног дуга, (г) трошак задржаних ризика (енг. *retained risk*), који представља калкулацију наступања ризика који су по својој природи такви да увек остају на јавном субјекту, као што су, на пример, ризик промене прописа који је у искључивој контроли државе, као и ризик смањења потражње за одређеном врстом услуге,⁴⁵⁰ (д) трошак пренетих ризика (енг. *transferrable risks cost*) и у

⁴⁴⁶ Carlos Oliveira Cruz, Rui Cunha Marques, *Infrastructure Public-Private Partnership – Decision, Management and Development*, Springer-Verlag Berlin, Heidelberg 2013, 21.

⁴⁴⁷ *A Guidebook on Public-Private Partnership in Infrastructure*, United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, January 2011, 42-46.

⁴⁴⁸ Нето садашња вредност се одређује као разлика између нето садашње вредности прилива, односно ефекта инвестиција и нето садашњих одлива готовине, односно инвестиционих улагања. У том смислу се одређени пројекат сматра исплативим ако је нето садашња вредност прихода већа од нето садашње вредности инвестиционих улагања, односно ако је нето садашња вредност већа од нуле. Richard A. Brealey, Stewart C. Myers, Alan J. Marcus, *Fundamentals of Corporate Finance*, The McGraw-Hill Companies 2009, 236-286.

⁴⁴⁹ Paul A. Grout, „Public and Private Sector Discount Rates in Public-Private Partnerships“, *The Economic Journal* 486/2003, Conference Papers, C62-C63.

⁴⁵⁰ Као што је, на пример, ризик смањења коришћења одређеног пута услед изградње алтернативног путног правца, ризик смањења потрошње електричне енергије у домаћинствима у случају преласка на коришћење гаса, и др.

вези са њим трошак прилагођавања ризика (енг. *risk adjustments*), који представља калкулацију у вези са наступањем ризика који је са јавног субјекта пренет, односно дисперзован на приватног субјекта, и који значајно може да утиче на одступања од иницијалне калкулације и пројекције трошкова, (ћ) трошак прилагођавања конкурентске неутралности (енг. *competitive neutrality adjustments*), који се везује за захтев објективности и неутралности који се мора обезбедити приликом процене модела одабира и ангажовања приватног субјекта и модуса сарадње са њим, према коме се одређеним конкурентским погодностима на страни јавног субјекта не сме *a priori* дати предност.⁴⁵¹

У литератури се модел синергије јавног и приватног субјекта најчешће препознаје као економичнији, ефикаснији и ефективнији модел.⁴⁵² Као основни аргументи за овакав закључак износе се већа одговорност и обавеза транспарентнијег приказа сваког насталог трошка, будући да је приватни субјект у значајно већој мери изложен тржишним законима и објективним економским мерилима у односу на јавног субјекта. Управо из наведеног произлази убедљив аргумент у прилог модела синергије заснован на његовој способности да предупреди значајна прекорачења планираног буџета за конкретан пројекат и доцњу која је типична за традиционални модел.⁴⁵³

Преузимање ризика од стране приватног субјекта даје моделу синергије и додатна компетитивна обележја, као што су јаснија визија планирања и извођења пројекта, инвентиван приступ, боље и организованије планирање, компетитивност у тендерском поступку и већа пажња и посвећеност менаџмента који је ангажован на спровођењу пројекта у односу на традиционални метод.⁴⁵⁴ Такође, у економској литератури се срећу и други убедљиви аргументи зашто је модел синергије оптималнији од традиционалног модела који убедљивост модела синергије објашњавају аргументом власништва над имовином, повезивања и преузимањем ризика. Тако, код овог модела применљивог на поједине моделе сарадње јавног и приватног субјекта, за разлику од традиционалног, код кога је објекат, односно постројење у власништву јавног субјекта, објекат током трајања пројекта остаје у

⁴⁵¹ Као, на пример, могућност јавног субјекта да на основу власништва над имовином (јавна својина) исходује одговарајућа пореска ослобођења.

⁴⁵² Graeme A. Hodge, Carsten Greve, „PPPs: the Passage of Time Permits a Sober Reflection“, Institute for Economic Affairs Journal, Blackwell Publishing, Oxford 2009, 36-38. Постоје, међутим, аутори који указују да модели сарадње јавног и приватног субјекта нису обавезно добри и да се испуњеност критеријума „вредности за новац“ мора континуирано преиспитивати. Овакви закључци су изведени на основу бројних студија случајева спроведених у Великој Британији, у којој су најчешћи пројекти сарадње јавног и приватног сектора, који су показали да критеријум вредности за новац није био испуњен у пројектима у вези са изградњом школа, болница, затвора, информационим технологијама, и слично, те да су само инфраструктурни пројекти, превасходно они у области изградње путева, потврдили испуњеност критеријума вредност за новац, а број ових пројеката је био значајно мањи у односу на пројекте у којима овај критеријум није био задовољен – вид. Yin Wang, „A Broken Fantasy of Public-Private Partnerships“, *Public Administration Review* 4/2009, 780-781.

⁴⁵³ Darrin Grimsey, Mervyn K. Lewis, „Public Private Partnerships and Public Procurement“, *Agenda* 2/2007, 171-188, доступно на: <http://press.anu.edu.au/wp-content/uploads/2011/06/14-2-A-7.pdf> - 26.4.2015.

⁴⁵⁴ Michael Spackman, „Public-Private Partnerships: Lessons from the British Approach“, *Economic Systems* 26/2002, 283-301.

власништву приватног субјекта, што му даје додатни подстицај⁴⁵⁵ да објекат, односно постројење изгради на ваљан, технички и трошковно најоптималнији начин, да своју имовину пажљиво чува и обезбеђује одржавање, да јој одржава вредност кроз време, и домаћински управља трошковима. У противном, да је власништво остало на јавном субјекту, приватни субјект би се трудио да радове на изградњи изведе савесно, али своју пажњу током извођења радова не би изместио у даљу будућност кад ће он, а не јавни субјект, убирати плодове успешно изведеног пројекта чије постројење треба деценијама да траје и да једнаким квалитетом пружа услуге нарастајућем броју корисника. Такође, у случају синергије јавног и приватног субјекта, приватни субјект, осим тога што изводи радове на изградњи објекта, односно постројења, најчешће и управља објектом, односно постројењем, те ће у повезивању ове две операције (енг. *operation bundling*) такође имати интерес да претходне радње изведе најбоље могуће, како би уштедео на каснијим трошковима који би могли да му падну на терет ако посао изградње није ваљано и квалитетно спроведен.

И коначно, преузимање ризика нема исту тежину за јавни и приватни сектор, будући да јавни субјект терет преузимања ризика најчешће пребацује на пореске обвезнике и крајње кориснике услуга, те му је тако трошак капитала значајно мањи од приватног субјекта, који не може преузети ризик да превали на треће лице (уз изузетак случајева када дисперзију ризика врши преко подизвођача), већ прибегава контроли и управљању ризицима, што у пракси исходује њиховим значајно ређим наступањима.

Оно што представља основну разлику између поменути два модела, као што је то горе већ напоменуто, а што је и једно од централних питања приликом одређивања испуњености критеријума „вредности за новац“, је питање сношења ризика пројекта. И у једном и у другом моделу се одређени ризици преносе на приватног субјекта, с тим што је мера ове дисперзије ризика и фаза у којој се то чини различита код упоређиваних модела. У традиционалном моделу, ризик на страни приватног субјекта постоји најчешће само у фази изградње, док у каснијој фази реализације пројекта ризик остаје на јавном субјекту. С друге стране, код другог модела, јавни и приватни субјект врше одговарајућу „поделу“ ризика према критеријуму најмање цене коштања преузимања одређеног ризика, комбинованог са критеријумом оптималне могућности управљања ризиком, (како у смислу преузимања радњи у циљу предупредивања наступања ризика – *ex-ante* управљање ризиком, тако и у смислу предузимања радњи у циљу умањења последица ризика који је већ наступио – *ex-post* управљање ризиком), при чему се оваква „подела“ ризика врши како у фази изградње

⁴⁵⁵ F. Blanc-Brude, H. Goldsmith, T. Väilä, 31-33.

постројења, односно објекта, али и касније, у фази управљања постројењем, односно објектом.

Осим фактора сношења ризика, постоје и други веома важни фактори који су од значаја приликом процене испуњености критеријума „вредности за новац“, а то су: (а) усредсређеност на калкулацију укупних трошкова током читавог века трајања пројекта, а не на почетне трошкове пројекта који могу да дају лажну слику, (б) свеобухватно планирање пројекта, али и планирање и осмишљавање услуга које могу да буду повезане са објектом, односно постројењем који се гради, које могу обезбедити додатну вредност пројекту, (в) обезбеђивање подстицаја за иновативни приступ пројекту, (г) јасна расподела ризика и одговорност за сношење свих трошкова у вези са настанком ризика од стране оног субјекта који је преузео конкретан ризик, (д) потребна доза флексибилности која допушта одређене измене и прилагођавања промене околностима током века трајања пројекта, што је један од кључних фактора успеха пројекта, (ђ) обезбеђивање адекватних подстицаја за успешно, благовремено и ефикасно спровођење пројекта, (е) адекватно одређење трајања пројекта које мора да узме у обзир чиниоце који утичу на понуду и потражњу измештену у одређени будући тренутак, могуће измене у начину пружања одређене услуге протеклом времена, техничке стандарде пружања одређене услуге у будућем тренутку и прикладност идејног решења одређеног објекта, односно постројења у будућности, (ж) потребно знање, искуство, обученост и експертиза како на страни јавног, тако и на страни приватног субјекта, који додатно доприносе квалитету у пружању услуга од општег интереса, (з) адекватно управљање пројектом током читавог века његовог трајања.

Да би се стекла права процена „вредности за новац“ упутно је да се иста спроводи пре потписивања уговора, односно пре започињања пројекта, као *ex-ante* процена „вредности за новац“, али и након реализације пројекта, као *ex-post* процена „вредности за новац“, јер само оваква врста упоредне анализе може дати јасну слику који је од два могућа модела повољнији за конкретан пројекат. Искуства реализације пројеката који су функционисали по моделу синергије јавног и приватног субјекта, показала су да се код ових пројеката процене „вредности за новац“ раде и као *ex-ante* процене и као *ex-post* процене, док искуства реализације пројеката који су функционисали по традиционалном моделу нису показала примену овог теста као *ex-post* процене.⁴⁵⁶

Ex-ante процена обавезно укључује у анализу следеће елементе: (а) доступност новца;⁴⁵⁷ (б) буџетска ограничења, која могу да буду тројака – (i) случај у коме пројекат не

⁴⁵⁶ Ph. Burger, I. Hawkesworth, 19.

⁴⁵⁷ Основно питање које се поставља је да ли конкретан пројекат потпада под привремена буџетска ограничења или не, и коју конкретну вредност за новац он нуди – да ли је растерећење буџета које нуди привременог или трајног карактера. Тако, на пример, ако комплетан трошак улагања капитала и обезбеђивања пројектног финансирања сноси приватни субјект, односно пројектно друштво, такав пројекат носи потенцијално већу вредност за новац у односу на

може да се изводи и финансира традиционалним начином, само од стране јвног субјекта, а пројекат је по својој природи такав да у складу са правилима јвног субјекта није подобан за синергију са приватним субјектом, (ii) случај у коме постоје буџетска ограничења која онемогућавају плаћање накнаде приватном субјекту од стране јвног субјекта, али се трошак плаћања услуге може пребацити на крајњег корисника, и (iii) случај у коме постоје уређена правила о максимално дозвољеној висини дефицита, на пример до 3% *GDP*-а како предвиђају правила Европске монетарне уније, када је пројекат сарадње јвног и приватног субјекта, према коме приватни субјект обезбеђује финансирање, једино могуће решење, будући да би велики инвестициони пројекти које би јавни субјект сам спроводио били немогући због стриктно постављеног ограничења, (v) врсту ризика у конкретном пројекту и предвиђени модел расподеле ризика у складу са одговарајућим методологијама⁴⁵⁸ квантификације ризика у зависности од величине и деликатности пројекта⁴⁵⁹ и односом према наступању ризика,⁴⁶⁰ (г) ниво конкуренције, при чему постојање слободе конкуренције представља гаранцију адекватног преноса ризика уз постизање реалне цене таквог преноса ризика, на тржишним основама,⁴⁶¹ и (д) врсту делатности, односно врсту услуге од општег интереса која се пружа.⁴⁶²

Кад је реч о разматрању ефикасности пројекта, могуће је применити три различита критеријума анализе: (i) алокацијска ефикасност, која подразумева коришћење средстава у циљу максимизације профита и ефикасности, (ii) техничка ефикасност, која се заснива на

пројекат у коме би јавни субјект обезбеђивао и једно и друго. Вид. John Forrer *et al.*, „Public-Private Partnerships and the Public Accountability Question“, *Public Administration Review* 3/2010, 478-482.

⁴⁵⁸ Paul A. Grout, „Value-for-money measurements in public-private partnerships“, *EIB Papers* 2/2005, 33-53.

⁴⁵⁹ Методологије квантификације ризика су различите у зависности од величине пројекта и његове сложености. Код већих и сложенијих пројеката се најчешће користи *Monte Carlo симулација* о чему детаљније погледати у документу Светске банке – *Value-for-Money Analysis-Practices and Challenges: How Governments Choose When to Use PPP to Deliver Public Infrastructure and Services*, Report from World Bank Global Round-Table, 28 May 2013, Washington DC, World Bank Institute (WBI) and Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF) 2013, 26-27, као и: Johnathan Mun, *Modeling Risks*, Wiley Finance, New Jersey 2006, 25-26.

⁴⁶⁰ У погледу односа према ризику, могуће су следеће опције: (а) онемогућавање наступања ризика, кад се ризик у потпуности елиминира, а кад то није могуће, опасност од наступања ризика се превазилази на начин да се избегавају пројекти у којима може наступити конкретан ризик, (б) превенција ризика, која се састоји у умањењу могућности за наступање ризика, односно умањењу последица ризика, ако исти ипак наступи, (в) осигурање ризика, када се закључењем уговора о осигурању и плаћањем премије осигурања, ризик преноси на треће лице – осигураваача, за цену премије која се плаћа, (г) преношењем ризика, када се у зависности од околности конкретног случаја у способности страна уговорница да се са њим носе, врши прерасподела ризика на начин да конкретне ризике задржава она уговорна страна која ће најбоље моћи да њима управља, и (д) задржавање ризика, у ком случају су трошкови управљања ризиком значајни, према: *OECD Interim Report on the Role of Private Participation in Major Infrastructure Provision*, OECD, Paris 2006, 25-27.

⁴⁶¹ Конкуренција мора да буде обезбеђена како у фази пре закључења уговора, тако и након његовог закључења, што је од посебног значаја у случају настанка потребе за поновним преговорима – концепти „*competition for the market*“ и „*competition in the market*“.

⁴⁶² *Public Private Partnerships – In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, OECD 2008, 37-68.

принципу минималног улагања ради постизања максималног профита, и (iii) тзв. „X“ ефикасност, која је заснована на захтеву спречавања расипања улагања.⁴⁶³

Приликом оптирања за модел реализације пројекта, јавни субјект најчешће примењује конвенционалну методу према којој различите моделе процењује и анализира на основу критеријума нето садашње вредности, уводећи за тим и одговарајућу дисконтну стопу која има за циљ да обезбеди калкулацију нето садашње вредности пројектованих новчаних токова.⁴⁶⁴

Значај који се придаје процени испуњености критеријума „вредности за новац“ суштински говори о одговорности јавног субјекта приликом доношења инвестиционе одлуке. Да је реч о озбиљној процени, говори и околност да је држава која је започела и успешно реализовала највећи број пројеката који укључују различите видове сарадње јавног и приватног сектора – Велика Британија – донела и одговарајуће инструкције и смернице у вези са проценом испуњености критеријума „вредности за новац“,⁴⁶⁵ које предвиђају трофазни процес примене квалитативног и квантитативног теста – у првој фази, надлежно одељење јавног сектора треба да изврши анализу програма из којих би могли да се кристалишу пројекти који би потенцијално могли да буду предмет набавке по основу модела приватне финансијске иницијативе (*PFI*), другу фазу обележава још детаљнија анализа појединачних пројеката унутар програма, и коначно, трећа фаза означава континуирану процену све до наступања тзв. финансијског затварања пројекта (енг. *financial close*).

У свакој од фаза реализације пројекта испитују се одрживост, жељени ефекти и могућност остваривања жељених ефеката. Одрживост се испитује на основу анализе следећих критеријума:

(а) постављања циљева који се намеравају постићи и предвиђањем резултата. У вези са овим критеријумом постављају се бројна питања – да ли се резултати пројекта могу поставити тако да се могу објективно мерити; може ли се уговор припремити на начин који ће пружање услуге дефинисати на јасан, објективан и мерљив начин; да ли постоји пропорционалан однос између потребе за одређеном врстом услуге и пројектованим резултатом њеног пружања; може ли се уговор припремити на начин који ће обезбедити адекватно пружање услуге; да ли конкретан пројекат подразумева значајна инвестирања у нова средства; на који начин пројекат може да се одрази на упосленост јавног и приватног субјекта, односно да ли ће поверавање одређеног пројекта приватном субјекту утицати на број запослених у јавном сектору, односно на који начин ће се одразити на трансфер

⁴⁶³ Frederick Christiaan van Niekerk Fourie, Philippe Burger, „An Economic Analysis and Assessment of Public-Private Partnerships (PPPs)“, *South African Journal of Economics* 4/2000, 697.

⁴⁶⁴ Joaquim Miranda Sarmiento, „Do Public-Private Partnerships Create Value for Money for the Public Sector?“ *OECD Journal on Budgeting* 2010/1, OECD, 1-27.

⁴⁶⁵ Вид. *Value for Money Assessment Guidance*, HM Treasury, 2006.

запослених из јавног у приватни сектор; постоји ли преклапање конкретног пројекта са неким другим пројектом и, ако постоји, да ли се тим процесом може управљати;

(б) пратећих услуга (енг. *soft services*). У вези са овим критеријумом постављају се најчешће следећа питања – да ли постоји валидан разлог да се пратеће услуге задрже на нивоу јавног субјекта и с тим у вези, да ли ово може да има дугорочног утицаја на трансфер запослених из јавног у приватни сектор; које су предности и мане оваквог пружања услуга, и др.;

(в) оперативне флексибилности. У вези са овим критеријумом постављају се следећа питања – који је однос оперативне флексибилности која се жели постићи и дугорочног уговора који подразумева значајнија капитална улагања на почетку; која је могућност и која је извесност значајнијих измена уговора током његовог извршења; могу ли се услуге од општег интереса пружати без ограничења флексибилности у вези са постизањем будућих оперативних циљева;

(г) власништва, ефикасности и одговорности. У вези са овим критеријумом – као основно питање се издваја питање да ли су критеријуми власништва, ефикасности и одговорности основни разлози да конкретну услугу пружа јавни субјект, а не да се иста пренесе на приватног субјекта; да ли се пружаоцу услуге обезбеђује крајња контрола; постоје ли регулаторна ограничења да услуге од општег интереса директно пружа приватни сектор.

Жељени ефекти се испитују на основу следећих критеријума:

(а) управљања ризиком. У вези са овим критеријумом постављају се следећа питања – може ли приватни сектор ефикасније, боље, брже и јефтиније да одговори изазову наступања одређеног ризика, како у смислу предупредивања његовог настанка, тако и у смислу отклањања последица његовог наступања; на који начин приватни сектор исказује кроз цену преузимање одређеног ризика и управљање ризиком током читавог века трајања пројекта; може ли се добро и квалитетно управљање ризиком на одговарајући начин наградити накнадом која се плаћа или на какав други начин;

(б) иновације. У вези са овим критеријумом постављају се следећа питања – у чему се огледа иновација и у којој фази реализације пројекта она долази до изражаја (у фази изградње постројења, односно објекта или касније у вези са пружањем услуга од општег интереса); да ли је и иновативан приступ који се уноси у пројекат довољно флексибилан да може да одговори одређеним променама до којих може да дође током трајања пројекта као што су промене прописа, промене техничких стандарда изградње и слично; да ли се из првих процена може наслутити или јасније препознати да ли ће пројекат допринети иновативности, на који начин и у којој фази;

(в) дужине трајања пројекта и потребе за одређеном врстом услуге. У вези са овим критеријумом постављају се следећа питања – може ли се из перспективе временског тренутка у коме се врши процена утврдити да ли ће одређена услуга бити потребна у будућности и у којој мери, односно може ли се препознати нарастајући тренд потребе за конкретном услугом од општег интереса која се пружа; какав ће бити третман имовине на крају пуног века трајања пројекта;

(г) подстицаја за реализацију одређеног пројекта и поступка контроле над њиховом применом. У вези са овим критеријумом постављају се следећа питања – могу ли се очекивани резултати у пружању услуга уговором дефинисати на начин који је у бити објективан и мерљив, може ли се унапред установити одговарајући стандард у вези са пружањем одређене врсте услуга;

(д) трошкова пројекта обрачунатих у односу на читав век трајања пројекта. У вези са овим критеријумом постављају се следећа питања – могу ли се објединити пројектовање, изградња и управљање пројектом и могу ли се све ове операције поверити једном представнику приватног сектора; постоје ли и који су то значајнији оперативни трошкови и шта чини и колики су процењени трошкови управљања објектом, односно постројењем; постоје ли неке особености трошкова које су иманентне само одређеној врсти постројења, односно објекта.

Могућност остваривања жељених ефеката се испитује на основу следећих критеријума:

(а) тржишног интересовања. У вези са овим критеријумом постављају се следећа питања – постоје ли довољно опипљиви, односно препознатљиви наговештаји да ће приватни сектор моћи да кроз пружање услуге од општег интереса обезбеди жељени ефекат; постоји ли довољно велико и заинтересовано тржиште за пружање одређене услуге од општег интереса; да ли су у плану, или се већ реализују слични пројекти који резултирају пружањем исте или сличне врсте услуга од општег интереса, што би могло да утиче на остваривање жељених резултата конкретног пројекта;

(б) исплативости пројекта. У вези са овим критеријумом постављају се следећа питања – да ли уговор има такву вредност да ће пројекат учинити исплативим, односно да ли ће јавни и приватни субјект повратити уложена средства и приходовати од пројекта,⁴⁶⁶ каква је перцепција јавности у односу на пројекат, односно постоји ли заинтересованост за пројекат и јавна подршка пројекту.

Анализа заснована на финансијским параметрима је објективна, проверљива и убедљива. Међутим, приликом доношења одлуке за који модел да се определи, јавни субјект

⁴⁶⁶ R. Ball, M. Heafey, D. King, 98-100.

излази делом и изван оквира финансијске анализе, дајућу одговарајућу референтну вредност и другим важним параметрима као што су: (а) конкурентност, (б) иновације у пројектовању и изградњи, (в) трансфер технологија, (г) сигурност и заштита, (д) обученост и способност менаџмента које делегира приватни учесник у пројекту, и др.⁴⁶⁷ У пракси се најчешће догађа да се ови параметри комбинују јер се и логички наслањају и надовезују један на други – тако, на пример, конкурентност ће у значајној мери, подстаћи иновативност код приватних субјеката, срачунату да понуди најбоље идејно решење, да примени најсавременију технологију и обезбеди пренос *know-how*-а, што за јавног субјекта такође може бити вема релевантно, како за конкретан пројекат, тако и за будуће пројекте које можда јавни субјект одлучи да самостално спроводи. У појединим случајевима је испуњеност ових критеријума и очекивани захтев јавног субјекта, али и у оним пројектима у којима ови критеријуми нису очигледно одлучујући, они јесу важни са становишта оптимизације квалитета, цене, доступности и начина пружања одређене услуге крајњим корисницима.

Постоје, такође, и друге тзв. нефинансијске погодности (енг. *non-financial benefits*), које такође треба узети у обзир приликом опредељења за могући модел сарадње јавног и приватног субјекта. То су погодности које су повезане са социјално-економским аспектом. Горе поменуте иновације у пројектовању и изградњи школе, на пример, могу да резултирају бољом реализацијом наставних програма, бољим резултатима ученика у савладавању наставних планова и програма, бољим рангирањем конкретне школе у образовном систему, и слично. Такође, иновације у пројектовању и изградњи болнице могу да допринесу унапређењу стандарда пружања медицинске заштите, формирању посебних медицинских центара за истраживање, постизању бољих хигијенских услова, и слично.⁴⁶⁸

Додатно, на доношење одлуке јавног субјекта могу да утичу и друге битне околности, као што су: (а) хитност у инвестирању у јавном сектору, односно хитност у инвестирању у пружању услуга од општег интереса,⁴⁶⁹ (б) висина стварних трошкова на које ће приватни субјекти морати да рачунају у претходној или припремној фази (трошкови израде дијагностичких извештаја; трошкови ангажовања техничких, финансијских и правних саветника; израде прелиминарних студија изводљивости и исплативости пројекта, и слично), који могу да буду значајни и код којих приватни субјекти имају интерес да их сносе, ако је извесно да ће обезбедити учешће у пројекту и кад је вредност пројекта значајнија, што ће им

⁴⁶⁷ С. Г. Средојевић, 47.

⁴⁶⁸ Вид. *The Non-Financial Benefits of PPPs, A Review of Concepts and Methodology*, European PPP Expertise Centre, June 2011, 7-25, доступно на: <http://www.eib.org/epcc/resources/epcc-non-financial-benefits-of-ppps-public.pdf> - 26.4.2015.

⁴⁶⁹ Пројекти који укључују одређене облике сарадње јавног и приватног субјекта најчешће захтевају свеобухватнију и комплекснију припрему која захтева дуже време, како у погледу припреме тендерске документације, организовања конкурентног поступка одабира приватног субјекта, оцене испуњености квалификационих услова, преговора о уговору и слично, што их, у случају кад су разлози хитности опредељујући, може чинити мање атрактивним од традиционалног метода коме се прибегава у случају кад се жели да јавни субјект обезбеди финансирање пројекта.

дугорочно обезбедити и исплативост иницијално уложених средстава, што потенцијално може сузити круг заинтересованих приватних субјеката јер се практично своди на оне који су финансијски и организационо-технички конкурентнији од осталих. Сужавање круга учесника, супротно циљу који се намерава остварити, суштински утиче на конкурентност, па самим тим потенцијално и на лошију „вредност за новац“ посебно у случајевима када је инвентивност, оригиналност и техничка оптимизација идејних решења у обрнутој сразмери са финансијском моћи одређеног приватног субјекта.

Глава IX

МОДЕЛИ УГОВОРНОГ ОДНОСНО КОРПОРАТИВНО-СТАТУСНОГ ОДНОСА И САРАДЊЕ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА

У законодавству,⁴⁷⁰ литератури и пракси сарадња јавног и приватног субјекта има два изворна облика: (а) сарадња заснована искључиво на уговору који уређује начин сарадње и технику остваривања ове сарадње, као и правне последице непоступања у складу са договорним принципима уговорене сарадње (*уговорна сарадња*), и (б) сарадња заснована на оснивању правног лица у коме и кроз кога јавни и приватни субјект остварују своја права и извршавају своје уговорне обавезе (*институционализована сарадња*).

Први модел сарадње – *уговорна сарадња* – може да постоји као потпуно самосталан модел. Овај модел сарадње најчешће је заснован на уговору, који уређује међусобне односе јавног и приватног субјекта током читавог века трајања пројекта, могућности и радње које уговорне стране могу да презуму једна према другој у случају поступања супротно преузетим обавезама, међусобну одговорност уговорних страна и одговорност према трећим лицима. Овај уговор представља, практично, *основни/генерални* уговор којим се, без установљавања новог заједничког ентитета, уређује реализација пројекта, дужина трајања односа, рокови и стандарди, односно, којим се дугорочно уређују односи између уговорних страна. У вези са уговорним моделом сарадње важно је указати и на то да оснивање друштва посебне намене (енг. *special purpose vehicle/SPV*), што се уређује као обавеза приватног субјекта, не даје таквом моделу сарадње институционализовани облик, већ сарадња јавног и приватног субјекта задржава свој изворни облик, а друштво посебне намене представља само *инструмент реализације пројекта*. Најочигледнији пример уговорне сарадње код кога обавезно долази до оснивања друштва посебне намене је концесиони уговор, којим се предвиђа обавеза оснивања концесионог предузећа, које оснива приватни субјект, које овом моделу сарадње не даје институционализован облик, већ овакав модел сарадње јавног и приватног субјекта у свему задржава сва обележја уговорне сарадње. Као други типични примери овог облика сарадње јавног и приватног субјекта наводе се и уговори по моделу управљања, уговори по моделу закупа, *ВОТ* уговори, и други горе описани модели сарадње

⁴⁷⁰ Критеријум за класификацију сарадње јавног и приватног субјекта као уговорне, односно институционализоване по први пут је учињен у Зеленом документу Еворпске комисије о јавно-приватном партнерству и концесијама, да би за овим државе чланице Европске уније, које су донеле посебне прописе који уређују јавно-приватна партнерства и концесије, најчешће прихватиле идентичан модел одређења; вид. *Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions*, Commission of the European Communities, Brussels, 30.4.2004, COM (2004) 327 final, 18, доступно на: <http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/green.pdf> - 26.4.2015.

јавног и приватног субјекта. У литератури се ови облици сарадње описују као „трансакциони“ будући да су „ограничени правним основом сарадње“.⁴⁷¹

Други модел сарадње – *институционализована сарадња* – подразумева оснивање новог субјекта, који у себи рефлектује заједничку вољу његових оснивача/власника друштва, и који је искључиво задужен за даљу реализацију пројекта, као носилац пројекта. Са оснивањем се може изједначити и заснивање власничког односа на други начин – пруступањем већ основаном привредном друштву кроз поступак повећања капитала, односно куповином удела/акција у привредном друштву које обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса.

У вези са овом поделом модела сарадње, ради потпуног разумевања, веома је важно истаћи да и институционални модел сарадње по правилу има своје упориште у одређеном уговору из кога се изводи, тј. оснивање посебног правног субјекта је најчешће прва у низу заједничких обавеза партнера у пројекту, преузета уговором веће правне снаге у пројектно-уговорној хијерахији. Институционализована сарадња јавног и приватног субјекта (садржана у уговору о оснивању заједничког привредног друштва) се у пракси, по правилу, преговара паралелно са основним уговором којим се уређују основни принципи сарадње јавног и приватног субјекта – генералним уговором, према једном од следећих модела: (а) уговор о оснивању заједничког привредног друштва је предвиђен као прилог основног/генералног уговора, којим се, на начелан начин, уређују принципи сарадње партнера у пројекту. Овај модел сарадње најчешће подразумева заједничко оснивање привредног друштва од стране јавног и приватног учесника у пројекту, које ће стећи одређена права и обавезе и приступити основном уговору, који на начелан начин уређује односе партнера у пројекту; (б) тако што је постојећа одлука о оснивању привредног друштва (применљиво на једночлано друштво), прилог уговора којим се, на начелан начин, уређују односи партнера у пројекту, с тим што други прилог уговора представља одлука о повећању капитала, која се према постојећем оснивачком акту или статуту мора донети у уговореној форми и у уговореном року, а прилог уговора представља и будући оснивачки акт, односно статут друштва, који рефлектује власничке односе и управљачка и друга права партнера у пројекту након приступања новог члана друштва. Овај модел је карактеристичан код модела сарадње код кога се уговара да привредном друштву које је већ раније основао јавни субјект, приступи приватни субјект, под уговореним условима и у уговорено време; (в) тако што ће привредно друштво основати приватни субјект, као друштво посебне намене, односно пројектно друштво, а коме ће приступити јавни субјект, у ком случају прилог

⁴⁷¹ Pablo T. Spiller, „An Institutional Theory of Public Contracts: Regulatory Implications“, *NBER Working Papers* 14152/2008, 21, доступно на: <http://www.webssa.net/files/SPILLER-NBER08.pdf> - 26.4.2015; вид. и: Nuno Ferreira da Cruz, Rui Cunha Marques, „Mixed companies and local governance: no man can serve two masters“, *Public Administration* 3/2012, 3-4.

основног/генералног уговора јавног и приватног субјекта чини нацрт одлуке о оснивању привредног друштва коју доноси приватни субјект, нацрт одлуке о повећању капитала тог друштва приступањем јавног субјекта, као и нацрт измена оснивачког акта, односно статута привредног друштва, ако је применљиво, након повећања капитала, односно након приступања јавног субјекта.

Да ли ће сарадња између јавног и приватног субјекта почивати на моделу уговорне или институционализоване сарадње суштински зависи од природе пројекта, предмета пројекта, модела сарадње/модела уговора, као и од планираног начина финансирања и извођења пројекта. Посматрано статистички, на основу упоређивања података о реализацији сарадње јавних и приватних субјеката у домаћој односно упоредној пракси који су били доступни аутору, у пројектима велике вредности уговорна сарадња представља чешће практикован модел у односу на институционализовану сарадњу.

У упоредном законодавству поделу на уговорни и институционализовани модел сарадње јавног и приватног субјекта не познају сва законодавства која је аутор проучавао за потребе припреме дисертације. Тако, на пример, овакву поделу не познају: бразилски Савезни закон о јавно-приватном партнерству⁴⁷² (који разликује спонзорисану и административну концесију), дански Закон о јавним грађевинским радовима⁴⁷³ (који уређује извођење радова и јавних радова на изградњи), португалски Законик о јавним уговорима⁴⁷⁴ (који разликује уговоре о јавним радовима, уговоре о јавним набавкама и уговоре о пружању јавних услуга), фински прописи код којих се ови уговори примењују пре свега код изградње јавних путева (код којих се превасходно примењује *BOT* модел или *DBFO* модел), француски Закон о уговорима о партнерству бр. 2004-559⁴⁷⁵ [који разликује: (а) концесије од општег интереса (фран. *concessions support d'une activité d'intérêt général*), у којој групи разликује концесије радова (фран. *la concession de travaux*), *DBFOMT* модел, *BOOT* модел, *BOT* модел, *DBFOM* модел, *BOO* модел, *BO* модел, концесије пружања јавних услуга (фран. *la concession de service*), модел закупа; (б) концесије и сродне уговоре који подразумевају поверавање јавних услуга (фран. *la concession et contrats assimilés support de la délégation de service public-DSP*), а у вези са којим прави даљу поделу на: (i) концесије јавних услуга које укључују радове о трошку концесионара (фран. *la concession de service public (incluant des travaux à la charge du concessionnaire)*, *DBFOMT* модел, *BOOT* модел и *BOT* модел, (ii) концесије јавних услуга и сродне уговоре без почетне инвестиције на терет концесионара (фран. *la concession de service public et les contrats assimilés (sans investissement initial à la*

⁴⁷² У оригиналу: *LEI No 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004, Fonte: D.O.U. DE 31/12/2004, P. 6.*

⁴⁷³ У оригиналу: *Lov om offentlig byggevirksomhed, udbudsdirektivet*

⁴⁷⁴ У оригиналу: *Código dos Contratos Públicos, DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.*

⁴⁷⁵ У оригиналу: *Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF (Journal Officiel de la République Française) n°141 du 19 juin 2004 page 10994.*

charge du concessionnaire)), код којих даље разликује концесије јавних услуга без почетне инвестиције (фран. *la concession de service public (sans investissement initial)*), модел закупа, као и сродне уговоре и то: управљање (фран. *la régie intéressée*) и закуп пољопривредног земљишта (фран. *l'affermage*), и (в) уговоре о партнерству (фран. *Contrats de partenariat*), код којих такође даље уређује ДБФОМФ и ДБФОМ)], шпански Закон 30/2007 о уговорима из јавног сектора⁴⁷⁶ (који прописује седам врста уговора и то: уговоре о извођењу јавних радова, уговоре о концесији јавних радова, уговоре о пружању услуга из јавног сектора и управљању, уговоре о снабдевању, уговоре о пружању услуга из јавног сектора и комбиноване уговоре). С друге стране, хрватски Закон о јавно-приватном партнерству⁴⁷⁷ познаје разлику између уговорног и статусног јавно-приватног партнерства.

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама Републике Србије, такође познаје два облика јавно-приватног партнерства: (а) уговорно јавно-приватно партнерство, и (б) институционално јавно-приватно партнерство. Уговорно јавно-приватно партнерство,⁴⁷⁸ са или без елемената концесије, заснива се на јавном уговору чија је садржина прописана законом. С друге стране, институционално јавно-приватно партнерство заснива се на односу јавног и приватног партнера у пројекту као чланова заједничког привредног друштва које је носилац реализације пројекта, при чему се тај однос може заснивати на оснивачким улозима у новооснованом заједничком привредном друштву или на стицању власничког удела, односно докапитализацији привредног друштва.⁴⁷⁹

1. Типични елементи уговора и практични модели успостављања и одржавања непосредне сарадње јавног и приватног учесника (*уговорна сарадња*)

Сарадња јавног и приватног субјекта код уговорног модела сарадње спроводи се, како то и сам назив овог модела сарадње каже, на основу уговора који уређује однос јавног и приватног субјекта у вези са реализацијом конкретног пројекта. Колико ће уговор бити детаљан и комплексан зависи од намере уговорних страна за који временски период ће конкретни уговор уређивати њихове односе, као и од тога шта је конкретан предмет уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Оно што, такође, додатно утиче на садржину овог уговора је да ли конкретан пројекат укључује изградњу новог, односно технолошко-оперативно унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, или уређује искључиво пружање услуга од опшег интереса на већ постојећем објекту, постројењу,

⁴⁷⁶ У оригиналу: *Ley 30/2007 de Contratos de Sector Público*, BOE núm. 261 de 31 de octubre de 2007.

⁴⁷⁷ У оригиналу: *Zakon o javno-privatnom partnerstvu*, *Narodne novine*, бр. 78/12 и 152/2014.

⁴⁷⁸ ЗППК, чл. 8.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, чл. 9; E. R. Yescombe (2007), 321.

односно систему.⁴⁸⁰ У циљу бољег разумевања односа уговорних страна, али и начина њихове сарадње у уговорима јавног и приватног учесника у пројекту, у наставку је дат приказ типичних елемената које садрже уговори јавног и приватног субјекта, али и механизми сарадње јавног и приватног субјекта, које је креирала пракса закључења ових уговора, а који се овде наводе, ради бољег разумевања начина на који се ови уговори извршавају, о чему се у литератури ретко могу пронаћи записи, а који су овде дати ради целокупности приказа, практичног аспекта и употребне вредности овог документа.

а. Типични елементи уговора јавног и приватног субјекта

Као што ни начин уређења модела, врста и облика сарадње јавног и приватног субјекта није универзално уређен у различитим законодавствима, тако не постоји ни саобразност у погледу прописивања битних елемената уговора јавног и приватног субјекта. Будући да је дијапазон могућности које различита законодавства прописују веома широк, то је и прописивање битних елемената ових уговора постављено на довољно широк начин, да може да омогући примену такве одредбе на најразноврсније моделе сарадње јавног и приватног субјекта, који ће пре свега бити прилагођени актуелним потребама и захтевима сваког појединачног пројекта. Тако, на пример, бразилски Савезни закон о јавно-приватним партнерствима⁴⁸¹ као минимум елемената који уређују сарадњу учесника у пројекту прописује: (а) одређење предмета уговора на генералан начин, док се обављање конкретних делатности, односно пружање услуга детаљно уређује прилозима уговора, (б) прописивање дужине трајања уговора, (в) одређивање износа субвенција и распореда плаћања, (г) прераспodelу ризика, (д) уређивање додатних обавеза приватног партнера, као и обавезе јавног субјекта у вези са преузимањем одређених ризика, (ђ) методологију која ће се примењивати за оцену квалитета и испуњеност стандарда приватног субјекта, (е) накнаду штете и измене уговора, (ж) одредбе које се односе на обезбеђивање уредног плаћања од стране јавног субјекта, (з) надзор над извршењем уговора, контроле и инспекције, (и) гаранције јавног субјекта, (ј) услове за поновне преговоре, (к) друге одредбе.

Француски Закон о уговорима о партнерству бр. 2004-559⁴⁸² прописује да уговор о партнерству треба да садржи следеће: (а) одређење предмета уговора, (б) трајање уговора,

⁴⁸⁰ У случају да уговор који уређује непосредну директну сарадњу јавног и приватног субјекта не подразумева изградњу новог, односно техничко-оперативно или технолошко унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, тада овај уговор најчешће садржи само комерцијалне елементе сарадње и основне обавезе уговорних страна – пре свега, обавезу на пружање услуге од општег интереса и обавезу плаћања цене. С друге стране, у случајевима кад пројекат обухвата и фазу изградње, ова врста уговора је веома сложена и садржи бројне елементе – комерцијалне, финансијске, техничке и корпоративне елементе.

⁴⁸¹ Бразилски Савезни закон о јавно-приватном партнерству 11.079, чл. 5.

⁴⁸² Француски Закон о уговорима о партнерству бр. 2004-559, чл. 11.

(в) услове и критеријуме за расподелу ризика између јавног и приватног субјекта, (г) циљеве и стандарде извршења посла који је предмет уговора, укључујући квалитет пружених услуга, радова, односно стандарде у погледу опреме и нематеријалних средстава, под којима су они учињени доступним јавном субјекту, а где је применљиво, и степен пажње у вези са обављањем делатности, односно пружањем услуга, (д) плаћање накнаде, узимајући у обзир и издвајајући, трошкове инвестирања, укључујући и трошкове у вези са проценом, пројектовањем, трошкове саме изградње, као и камате током изградње, оперативне трошкове и трошкове финансирања, а где је применљиво, и износе које је приватни учесник у пројекту овлашћен да прими приликом обављања делатности од општег интереса, јавних радова али и активности које нису у непосредној повезаности са дужностима које спадају у надлежност јавног субјекта, основ и рокове у којима се могу вршити измене, и др., (ђ) услове под којима ће јавни субјект, у складу са чланом Л. 313-29-1 Монетарног и финансијског законика, потврдити да су улагања извршена у складу са уговором, (е) обавеза приватног субјекта да обезбеди да се делатност, односно услуге од општег интереса пружају на начин који је предвиђен уговором, који је у свему у складу са законом и стандардима јавног субјекта, (ж) начин на који ће јавни субјект да прати извршење уговора, посебно у делу који се односи на одрживи развој, укључујући и услове и начин под којима се могу ангажовати подизвођачи, обезбеђивање одговарајућих гаранција којима се осигурава извршење уговорних обавеза, укључујући и обавезе плаћања, (з) уговорне казне и друга права у случају повреде уговорних обавеза, (и) услове и поступак измене и раскид уговора, посебно у случају измењених потреба јавног субјекта, промене технологија или промене услова финансирања, (ј) начини контроле извршења уговора, (к) раскид уговора и последице раскида уговора, посебно у вези са преузимањем обављања делатности од стране јавног субјекта, као и питање преузимања објекта, постројења, односно система, имовине и права, којима се обезбеђује континуитет у обављању делатности, (л) решавање спорова, и др.

Шпански Закон 30/2007 о уговорима из јавног сектора⁴⁸³ уређује као битне елементе уговора: (а) податке о уговорним странама, (б) доказе о способности страна уговорница да закључе такав уговор, (в) дефинисање предмета уговора, (г) применљиво право, (д) списак докумената који чине прилог уговора којима се детаљно уређују различити аспекти сарадње јавног и приватног субјекта, (ђ) поделу ризика између јавног и приватног субјекта, (е) уговорену цену тј. накнаду, односно начин њеног одређивања, укључујући и одређивање формула плаћања и услова под којима ће се плаћати накнада у случају продужења трајања уговора, као и поступак пребијања међусобних потраживања јавног и приватног субјекта, као и начин и услови плаћања, (ж) услове пријема, испоруке, односно пружања услуга,

⁴⁸³ Шпански Закон о уговорима из јавног сектора 30/2007, чл. 26 и 120.

односно обављања делатности која је предмет уговора, (з) надзор над извршењем уговора, (и) услове под којима се преузете уговорне обавезе могу извршавати од стране других лица – подизвођача и уређивање начина њихове контроле, (ј) трајање уговора, односно период на који је уговор закључен, (к) услове и поступак раскида уговора, посебно у случају измењених потреба јавног субјекта, промене технологија или промене услова финансирања, (л) одређивање буџетских средстава или какве друге финансијске ставке на страни јавног субјекта, из које се плаћа накнада приватном субјекту, (љ) могућност и поступак уступања уговора, (м) преузимање обављања делатности од стране јавног субјекта, као и питање преузимања објекта, постројења, односно система, имовине и права, којима се обезбеђује континуитет у обављању делатности, након истека или раскида уговора, (н) поверљивост и дужина трајања обавезе поверљивости, (њ) начин решавања спорова, и др.

Хрватски Закон о јавно-приватном партнерству⁴⁸⁴ прописује да уговор мора најмање да садржи одредбе којима се уређују: (а) циљ закључења и предмет уговора, (б) рок на који је уговор закључен, (в) подела ризика између уговорних страна, (г) финансирање и рефинансирање, (д) имовинска права уговорних страна и начин њиховог решавања, укључујући и питање обезбеђивања јемства, гаранција и осигурања, (ђ) плаћање накнаде, (е) случајеви компензације, (ж) ослобађајући случајеви, (з) надзор над спровођењем уговора од стране јавног субјекта, (и) уговорне казне, (ј) последице неиспуњења уговорних обавеза, (к) превремени престанак уговора, (л) начин решавања спорова у случају превременог престанка уговора, (љ) виша сила, (м) заштита интелектуалне својине, (н) дужност чувања поверљивости података, (њ) поступак и услове за преузимање објекта, постројења, односно система, ако пројекат укључује изградњу. Додатно, уговор обавезно мора да садржи и прилоге и то: стандарде услуга, поделу ризика, јемство и гаранције, као и финансијски модел.

Словеначки Закон о јавно-приватном партнерству⁴⁸⁵ прописује да уговор (уз одређене разлике да ли се ради о концесији, односно о институционализованом партнерству) треба да садржи: (а) облик и сврху партнерства/концесије, (б) врсту, износ и облик средстава која обезбеђује приватни субјект, односно врсту, износ и облик средстава који се обезбеђује за потребе заједничког улагања, докапитализације, и др., (в) однос партнера у односу на уложена средства, као и начин повраћаја и куповине уложених јавних средстава, (г) план, износ и динамику обезбеђивања средстава од стране приватног субјекта, (д) начин контроле трошења уложених средстава, (ђ) план, динамику и износ обезбеђивања потенцијалних улагања и испуњења других уговорних обавеза, (е) одређење титулара права својине и тренутка стицања права својине према моделу БТО, БОО, концесија за радове, концесија за

⁴⁸⁴ Хрватски Закон о јавно-приватном партнерству, чл. 4.

⁴⁸⁵ Словеначки Закон о јавно-приватном партнерству, чл. 90 и 127.

услуге, и др., (ж) услове под којима се могу ангажовати подизвођачи, (з) промене у концесионом предузећу/у оквиру институционалног партнерства, за које се мора тражити сагласност јавног субјекта, (и) уговорне казне, (к) услове и поступак за раскид уговора и права и обавезе уговорних страна у том случају, (л) могућност промене уговорних страна, (љ) могућност преузимања извршења уговорних обавеза (енг. *step-in*), и др.

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама⁴⁸⁶ најпре на општи начин уређује да уговор јавног и приватног субјекта треба да садржи одредбе, услове и друге важне клаузуле које уговорне стране определе као корисне за испуњење обавеза приватног субјекта, а потом одређује и конкретније елементе јавног уговора, и то: (а) карактер и обим радова које треба извршити и/или услуга које треба да обезбеди приватни субјект, као и услове за њихово обезбеђење, (б) расподелу ризика између јавног и приватног субјекта, (в) одредбе о минимално захтеваном квалитету и стандарду услуга и радова, као и последице у погледу неиспуњавања уговорених стандарда, (г) обим искључивих права јавног субјекта, ако постоје, (д) помоћ коју јавни субјект може пружити приватном субјекту за добијање потребних дозвола, одобрења и слично за реализацију пројекта, (ђ) захтеве у погледу друштва посебне намене (корпоративне елементе, организационе и пословно-комерцијалне захтеве), (е) власништво над средствима која се односе на пројекат, као и обавезе уговорних страна у вези са стицањем пројектних средстава, (ж) висину и начин израчунавања концесионе накнаде, (з) накнаду приватном субјекту, начин и формулу за обрачунавање накнаде и услове за периодично усклађивање накнада, (и) механизме за повећање и смањење накнаде приватном субјекту, у зависности од квалитета обављања делатности/пружања услуга, (ј) поступак одобравања пројекта, планова изградње и спецификација, као и поступак коначне инспекције, одобрења и пријема инфраструктурног објекта, односно извршених услуга, (к) поступке измене пројекта, планова изградње и спецификације, ако их једнострано утврђује јавни субјект у пројекту, односно поступци за сагласност о евентуалном продужењу рокова и/или повећања накнаде, (л) обим обавезе приватног партнера да зависно од случаја обезбеди измену објекта или услуга током трајања уговора, и утицај ових промена на накнаду, (љ) могућ обим измена уговора, и круг лица која имају право да захтевају измене, (м) право јавног субјекта да приватном субјекту одобри закључење најважнијих подизвођачких уговора, или уговора са зависним друштвима приватног субјекта или другим повезаним лицима, (н) јемства која треба да обезбеди приватни или јавни субјект, (њ) покриће осигурањем које треба да обезбеди приватни субјект, односно пројектно друштво, (о) расположиве правне лекове у случају повреде уговорних обавеза, (п) меру у којој било која уговорна страна може да буде изузета од

⁴⁸⁶ ЗППК, чл. 46.

одговорности на неизвршење или кашњење у извршењу уговорних обавеза услед наступања одређених догађаја на које нема утицаја, (р) трајање уговора, могућност продужења и последице на финансирање пројекта, (с) последице промене прописа, (т) разлоге и последице превременог раскида уговора, (у) повезане уговоре које треба закључити пре свега у контексту обезбеђивања лакшег финансирања, (ф) меродавно право и начин решавања спорова, (х) околности под којима јавни субјект или одређено треће лице може преузети вођење објекта или какве обавезе друге уговорне стране (енг. *step-in*), и др.

б. Практични модели успостављања и одржавања непосредне сарадње јавног и приватног субјекта

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта неизоставно садржи опште одређење предмета уговора, као и циљ и сврху закључења уговора. Уобичајено је да јавни и приватни субјект уреде услове под којима ће учествовати у спровођењу заједничког пројекта, укључујући обавезно и могућност да у реализацију пројекта буду укључена и њихова повезана лица, најчешће као подизвођачи, којима ће бити делегирано, односно поверено извршавање појединих обавеза из уговора. Уговорне стране се међусобно обавезују да ће узајамно сарађивати у циљу реализације и спровођења конкретног пројекта, да ће своје обавезе преузете закључењем конкретног уговора извршавати у доброј вери, као и да ће предузимати све што је у њиховој моћи, како би омогућили да се остваре циљ и сврха закључења уговора.

У вези са преузимањем овакве обавезе, јавни субјект треба да буде веома обазрив и да преузима на себе, кад год је то могуће и не утиче на успешно спровођење уговора, искључиво облигацију средства, а никако облигацију циља, односно облигацију резултата, на чему ће приватни субјект најчешће инсистирати, поистовећујући конкретног јавног учесника у пројекту са државом, која има другачије механизме испуњавања својих обавеза. Како се најбројније обавезе јавног субјекта најчешће везују са иницијалне радње у оквиру прве фазе реализације пројекта, пре свега за поступке издавања потребних регулаторних одобрења, разумљив је и захтев приватног субјекта, који очекује сигурност и извесност у претходним корацима, којима се утире пут даљим активностима на реализацији конкретног пројекта. С друге стране, покушај јавног субјекта да своју обавезу релативизује, иако није срачунат на избегавање предузимања радњи, већ само на покушај да се не сноси одговорност у случају кашњења у предузимању активности и радњи за које често није лично одговоран и нема утицаја на коначан исход, често се тумачи као негативан сигнал којим јавни субјект шаље поруку колебања да се чврсто обавезе. Јавни субјект, међутим, без обзира на то колико је сам лично заинтересован за успех пројекта и колико жели да

активности које предузима заиста резултирају успехом, најчешће има проблем да преузима обавезу у име и за рачун трећег лица, што се односи на ситуацију, најчешћу у пракси, да обавеза коју предузима јавни субјект није увек искључиво његова обавеза, већ обавеза која подразумева активност, залагање и доношење одређених одлука органа који нису под непосредном, па чак ни посредном, контролом јавног субјекта који је уговорна страна.

Један од веома важних елемената сарадње јавног и приватног субјекта је временски оквир за предузимање одговарајућих радњи и извршавање обавеза уговорних страна. У пројектима који подразумевају изградњу новог објекта, постројења, односно система, предвиђање временског оквира је од посебне важности, јер је време у коме се припремају и завршавају студије изводљивости пројекта (енг. *feasibility study*) од пресудног значаја за успех читавог пројекта. Уговорне стране најчешће планирају датум израде студије изводљивости у складу са очекивањима јавног субјекта, потпомогнутим знањем и искуством приватног субјекта, који на основу својих ранијих пројеката може да пружи реалну процену потребног времена, уважавајући све специфичности конкретног случаја. Међутим, у сложеним инвестиционим пројектима, колико год да су прогнозе и процене иницијално реалне, пракса реализације уговора је увек инвентивнија од уговорних страна, што и уговорне стране чини релативно флексибилним, чак и код утврђивања тако важних елемената као што је временски оквир за завршетак одређених активности. У том смислу, највећи број уговора, уз навођење конкретних рокова за предузимање појединих активности у вези са израдом студије изводљивости, односно завршетком, односно предајом исте, садржи и одредбу која допушта могућност да се иницијално одређени рок продужи, у случајевима када било која уговорна страна, поступајући савесно и рационално, утврди, и о томе обавести другу уговорну страну, да иницијално постављен рок неће моћи да буде испоштован.

Уговори се међу собом могу разликовати према томе да ли се продужење рока, у смислу одређења тачног датума или броја месеци, експлицитно предвиђа, или се оставља могућност да се уговорне стране састану и на основу информација којима располажу споразумно одреде други разуман рок. Да ли се овим дефинитиво решава и питање рока за израду студије изводљивости? И овде постоје значајне разлике између уговора – поједини уговори не допуштају додатно продужење накнадно одређеног рока, те у случају непостизања и накнадно одређеног рока, предвиђају аутоматски раскид уговора, док други број уговора допушта могућност да се уговорне стране, у објективним случајевима, састану и међусобно одреде реалне рокове.⁴⁸⁷

⁴⁸⁷ Из искуства учествовања на пројектима који су подразумевали овакве ситуације, може се извести закључак да што је инвестиција већа и пројекат деликатнији, треба да је већа флексибилност уговорних страна и у погледу одређења најважнијих елемената уговора јер је, без обзира на очекивања, па чак и без обзира на пређашње знање и искуство,

У вези са израдом студије изводљивости, јавни и приватни субјект могу да имају подељене улоге, у смислу одговорности за израду одвојених студија, које се обједињују у јединствен документ.⁴⁸⁸ У таквим случајевима, уговорне стране се међусобно обавезују на сарадњу у погледу интерних рокова и размене информација, документације и контаката са надлежним државним органима и слично.

У пројектима који имају регионални значај или међународни домашај, тј. у пројектима у којима реализација пројекта означава радове у више општина, региона, република односно у више држава, да би пројекат могао да буде одобрен изводи се неколико претходних корака. Први корак представља израда парцијалних студија изводљивости, које треба да докажу да је пројекат спроводив технички, оперативно и технолошки, те да докаже његову изводљивост у оквиру важећих регулаторних захтева. Парцијална студија изводљивости треба да садржи и прелиминарну пројектовану процену вредности радова и услуга које ће извођење пројекта захтевати на нивоу локалитета на коме се пројекат спроводи. Ово је посебно деликатно и компликовано у ситуацијама кад се пројекат реализује на територији више република или каквих других облика територијалне организације, посебно у случају када се на нивоима различитих република примењују различити прописи, који предвиђају различите рокове и поступке, што се нужно одражава на поступак прибављања потребних сагласности и одобрења органа различитих нивоа власти, где се поставља питање њиховог односа, али и генерално општих рокова за одлучивање и доношење одлука.

Након припреме парцијалних студија, ради се генерална студија изводљивости, која уважава налазе и закључке свих парцијалних студија изводљивости, које укључује у јединствен документ, на основу кога се приступа доношењу инвестиционе одлуке која такође може да буде прелиминарна, делимична и финална. У пројектима који су везани за изградњу нафтних и гасних постројења, планирање пројекта има још сложенију структуру у којима се обавезно припрема и израђује прелиминарни пројекат (енг. *front end engineering and design*). Прелиминарни пројекат припрема се у првој фази реализације пројекта, између припреме концептуалне студије или студије изводљивости, и финалне инвестиционе одлуке, након чијег доношења најчешће следи фаза извођења пројектовања и изградње (енг. *EPC phase*). С друге стране, инвестициона одлука представља део капиталне инвестиционе одлуке (енг. *capital investment decision/CID*), која означава дугорочну корпоративно

веома тешко са сигурношћу предвидети све догађаје који могу да утичу на извршење уговора, тим пре што је значајан број фактора који могу да утичу на извршење уговора, ван контроле уговорних страна.

⁴⁸⁸ Ово је посебно карактеристично код пројеката који се реализују у неколико различитих држава, у којима национални тимови раде на одвојеним студијама изводљивости које се обједињују у јединствен документ на коме се заснива конкретан међународни пројекат. Домаћа Студија случаја 2, приказана у Прилогу бр. 1, подразумевала је израду националних студија изводљивости, на којима су радили домаћи експертски тимови, које су обједињене у јединствен документ на коме је био заснован овај међународни енергетски пројекат.

финансијску одлуку засновану на основним критеријумима за управљање уложеним капиталом и имовином пројектног друштва.

У циљу доношења капиталне инвестиционе одлуке разматра се неколико важних чинилаца: (а) интерна стопа повраћаја, односно рентабилности уложеног капитала (енг. *internal rate of return/IRR*), (б) ризици који могу да наступе, и процена степена извесности наступања ризика у пројекту, по фазама реализације пројекта, и у укупној калкулацији (енг. *risk assessment*), (в) финансијска структура пројекта – однос улагања у капитал (енг. *equity financing*) од стране оснивача пројектног друштва, и екстерног финансирања, које се обезбеђује посредством финансијера пројекта (енг. *debt financing/project financing*) и др. Анализа горњих параметара најчешће и представља тежиште студије изводљивости. Позитивни налази студије изводљивости не морају нужно да значе да ће и финална инвестициона одлука бити позитивна. Доношење финалне инвестиционе одлуке представља веома сложен процес који је заснован на: (а) инвестиционој одлуци, (б) финансијској одлуци, и (в) одлуци о начину распоређивања и исплате дивиденди. Стога, доношење финалне инвестиционе одлуке подразумева да је већ детаљно анализирано и обезбеђено финансирање, као и да је већ дефинисана политика расподеле дивиденди барем за прву годину у којој се може очекивати да ће пројектно друштво остварити приход из кога се исплаћује дивиденда.

Везано за одређивање датума доношења финалне инвестиционе одлуке, принцип је код велике већине уговора закључених између јавног и приватног субјекта исти као и у погледу одређивања рока за израду студије изводљивости. Пракса је да се, у случају непостизања иницијално предвиђеног рока за доношење финалне инвестиционе одлуке, одреди накнадни разуман рок, с тим да се најчешће уговара да се уговор сматра раскинутим, ако у року од 12 до 24 месеца рачунајући од датума закључења уговора, не буде донета финална инвестициона одлука.

Доношење финалне инвестиционе одлуке је од изузетног значаја за даљу реализацију пројекта будући да њено доношење, пре свега, утиче на почетак реализације пројекта, односно на почетак фазе изградње, односно техничко-оперативног унапређења објекта, постројења, односно система. Чак и у оним случајевима кад се помало касни са доношењем финалне инвестиционе одлуке у односу на планиране рокове, од тренутка започињања фазе изградње односно техничко-оперативног унапређења објекта, постројења, односно система, очекује се да ће ова фаза бити окончана у уговором дефинисаним роковима, а неретко и пре, како би за њом започела и фаза обављања делатности од општег интереса, односно фаза комерцијалне реализације пројекта.

Како израда студије изводљивости и доношење финалне инвестиционе одлуке најчешће означавају прве и најважније кораке у даљем успешном спровођењу пројекта, то

јавни и приватни субјект споразумно одређују, на исти начин како је то горе описано, и друге важне датуме у имплементацији пројекта као што су: (а) почетак изградње објекта, постројења, односно система (енг. *construction start-up*), и (б) датум започињања комерцијалног обављања делатности (енг. *commercial operation date/COD*). Ови рокови су, свакако, у директној повезаности и зависности од претходно наведених рокова. Док се почетак изградње објекта, постројења, односно система може на основу праксе и уобичајеног трајања радова на изградњи одређених типова објеката, постројења, односно система, колико-толико прецизно одредити, датум започињања комерцијалног обављања делатности је веома тешко чак и приближно одредити, будући да је овај дан условљен окончањем радова на изградњи објекта, постројења, односно система, као и добијањем свих потребних дозвола, односно лиценци за отпочињање обављања делатности, а неретко и закључивања уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса.

На окончање фазе изградње могу да утичу бројни фактори које није могуће унапред ни предвидети: (а) дужина поступка одабира извођача радова, као и могућност његове измене током реализације фазе изградње, која такође треба да буде спроведена у складу са поступком иницијалног одабира извођача радова; (б) повећање вредности материјала који се уграђује у објекте, постројења односно системе, што је у директној повезаности са обезбеђивањем додатног финансирања, што може значајно да пролонгира окончање радова, посебно у случајевима кад је уговором предвиђено да материјал за изградњу не обезбеђује само пројектно друштво, већ је ова обавеза уговорена као обавеза извођача радова који, по правилу, захтева авансно плаћање, а у оваквим случајевима захтева и повећање аванса како би се обезбедио у односу на поручени материјал. Како се извођач радова на изградњи не плаћа за цео пројекат, већ на основу захтева за аванс (најчешће до 30% уговорене цене радова по фази) односно по извршеној фази радова и предаји и верификацији тзв. „ситуација“, околност повећања цене материјала који се користи може значајно да утиче на продужење рокова изградње, јер ће ради заштите своје позиције и сигурности наплате и онога што је морао да сноси као неочекивани додатни трошак, извођач радова инстистирати на роковима плаћања;⁴⁸⁹ (в) кашњења у извођењу радова узрокована разлозима који нису на страни извођача радова, као, на пример, у случају – грешке у анализи и испитивању терена,

⁴⁸⁹ Иако није у складу са уговором, извођач радова, поступајући савесно, најчешће наставља са пружањем услуга и онда кад пројектно друштво касни са плаћањима видећи свој интерес у томе будући да извођењем радова установљава даљу sukcesивну облигацију за пројектно друштво за плаћање. Међутим, у случају кад је дошло до промене цене материјала које извођач радова прибавља, посебно кад се материјал прибавља и доставља sukcesивно и самом извођачу радова, извођач радова жели да се обезбеди да ће цена која је уговорена бити предмет измена, односно да ће она обавезно укључити и увећање које је он као трошак већ имао. Ово у пракси најчешће води новим преговорима, изменама уговора о грађењу, а све је ово условљено обезбеђивањем додатних финансијских средстава. Како је обезбеђивање капитала од стране оснивача пројектног друштва често компликовано, као једини начин да се пројекат одржи остаје додатно задужење код финансијера пројекта, што, такође, захтева додатне преговоре, додатна средства обезбеђења и пролонгира окончање радова на изградњи, најчешће месецима.

проналажењу архелošких блага и слично, што може да доведе и до привремене обуставе радова, чак и потребе да се промени траса – ово је прилично чест случај у пројектима изградње инфраструктурних постројења – путева, железница, мостова, али и транспортних система (гасовода или нафтовода); (г) кашњењу у извођењу радова проузрокованих разлозима на страни извођача радова, односно његових подизвођача, (д) кашњења узрокована наступањем околности које нису под контролом ни пројектног друштва, као наручиоца посла, ни извођача радова, односно његових подизвођача, који немају обележја више силе; и др.

Посебно деликатне пројекте представљају међународни пројекти који подразумевају синхронизоване активности више учесника у пројекту, који немају начина нити могућности да утичу једни на друге. Тада део радова на коме ради, на пример, домаћи извођач у пројекту, односно извођач који обавља делатност на територији једне државе, може да представља само део системских активности на пројекту који има међународно обележје.⁴⁹⁰

Непосредна сарадња јавног и приватног субјекта заснива се и на детаљној спецификацији објекта, постројења, односно система који се гради, односно који се техничко-технолошки унапређује. Ова спецификација означава прецизирање свих битних техничких, технолошких, оперативних и других перформанси и обележја објекта, постројења, односно система, уз обавезно одређење њиховог изгледа, капацитета, погона, пратећих постројења, ако иста постоје, трасе, односно руте, као и начина, квалитета и стандарда пружања услуга, те обавеза јавног субјекта на откуп капацитета, односно обавезан откуп целокупног, или дела портфеља услуга од општег интереса, које ће се пружати посредством објекта, постројења односно система, одређивање начина обрачуна цене услуге од општег интереса која ће се пружати, и слично. Овај део уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, по правилу, садржи таксативно, најчешће табеларно, приказивање свих горе наведених битних елемената који „пресликавају“ пословни и финансијски модел пројекта, односно будућег пословања пројектног друштва, који се касније даље разрађују у битним детаљима, кроз друге уговоре, који најчешће представљају саставни део основног/генералног уговора, као његови прилози, у случају да је овакве уговоре било могуће унапред испреговарати. Уколико, међутим, због специфичности конкретног пројекта, његове сложености, компликоване динамике спровођења пројекта или комплексног начина обезбеђивања финансирања, није могуће ове уговоре унапред испреговарати, тада основни уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта одређује рокове

⁴⁹⁰ Као пример може да послужи изградња међународног гасоводног система, приказан као домаћа Студија случаја 2, садржана у Прилогу бр. 1, у коме траса гасовода на територији Републике Србије представља само део укупне трасе гасовода, те ће датум комерцијалног обављања делатности на територији Републике Србије бити датум који подразумева да је траса гасовода на коју се надовезује српски део гасовода већ изграђена, и да је у систем утиснут гас који омогућава функционисање читавог система.

у којима се, зависно од динамике реализације пројекта, а узимајући у обзир све његове појединости, предвиђа закључивање конкретних уговора. И тада је уобичајено да се најважнији битни елементи уговора одреде и у овом уговору, као листа параметара, односно критеријума, који на уговорени начин морају да буду инкорпорисани и даље детаљније разрађени у појединачним уговорима (енг. *term-sheet*).

Даље, успех сарадње јавног и приватног субјекта зависи од уговореног начина доношења одлука које се захтевају током читавог века трајања пројекта, као и начина превазилажења различитих позиција јавног и приватног субјекта, током његове реализације.

Чак и онда кад конкретан пројекат не подразумева оснивање заједничког привредног друштва јавног и приватног субјекта, већ само оснивање пројектног друштва од стране приватног субјекта,⁴⁹¹ и тада је веома важно да постоји директна повезаност јавног субјекта са приватним субјектом, као и дефинисан пут, начин и динамика доношења и извршавања одлука на реализацији пројекта.

Један од уобичајених модела сарадње јавног и приватног субјекта у вези са управљањем пројектом и доношењем одлука којима се омогућава његова реализација је формирање посебног колективног тела које надзире реализацију пројекта и који се у пракси зове различито – одбор (енг. *board*), комитет (енг. *committee*) или комисија (енг. *commission*), а његовом формирању се, из практичних разлога, прибегава и у случају уговорног и у случају институционализованог модела сарадње јавног и приватног субјекта. Независно од тога како се зове ово тело, у његовог састав улазе делегирани представници јавног и приватног субјекта, који имају овлашћења за разматрање, анализу, преговарање и доношење одлука на највишем нивоу. Ово тело најчешће има непаран број чланова, али је у пракси било и случајева кад је овај орган бројао једнак број представника јавног и приватног субјекта.

У пројектима који подразумевају оснивање заједничког привредног друштва, уобичајено је да однос броја чланова овог тела зависи од власничког учешћа у заједничком привредном друштву, тако да онај учесник у пројекту који има веће власничко учешће у заједничком привредном друштву даје и већи број чланова овог органа, као и председавајућег овом органу.

С друге стране, у случајевима кад је однос учешћа у капиталу једнак (50%:50%), ово тело најчешће има паран број чланова, али се тада механизам доношења одлука уређује на другачији начин него у систему непарног броја, када је преовлађујући управо тај број који чини разлику у броју чланова овог органа. Наиме, у случају парног броја чланова овог тела, који у свему рефлектује паритет јавног и приватног субјекта, уговорне стране се договарају

⁴⁹¹ Као што је случај са концесионим предузећем, или друштвом посебне намене које се оснива код уговора по *ВОТ* моделу и слично.

најчешће о ротирајућем систему именовања председавајућег, у смислу да је то представник јавног или приватног субјекта, који се смењују у складу са договореном динамиком ротације. Динамика ротације председавајућег члана овог тела такође се разликује од пројекта до пројекта – постоје пројекти у којима се ово питање уређује на годишњем нивоу, а принцип ротације може се примењивати и учесталије. Не постоје никакве посебне погодности нити недостаци било једног, било другог система, па јавни и приватни субјект користе своју слободу да ово питање споразумно уреде на начин који највише одговара природи конкретног пројекта, али и специфичностима њиховог односа. У иницијалним фазама пројекта, кад се гради поверење између уговорних страна, интерес и једне и друге уговорне стране биће да имају контролу над доношењем одлука у овом телу – јавни субјект, који је симболични носилац пројекта, у овој фази жели да имањем представника који је уједно и председавајући овог тела, демонстрира своју моћ, док приватни субјект, који ће бити фактички носилац пројекта, жели да од самог почетка овакву своју улогу покаже и делегирањем председавајућег овог тела. Како би се разрешили евентуални проблеми о томе ко ће бити први ротирајући председавајући овог колективног тела, уговор јавног и приватног субјекта може да предвиди и која страна ће делегирати првог ротирајућег председавајућег овог колективног тела и колики ће бити његов мандат, односно после колико времена ће се вршити ротација, делегирањем новог председавајућег од стране другог учесника у пројекту. У пракси се веома често догађа да су ротације, у првој фази реализације пројекта, чешће него касније, кад се одређени односи поставе, донесу се најважније стратешке пословне одлуке, те се пројекат даље само спроводи у складу са установљеним правилима, усвојеним актима, закљученим уговорима и донетим свим важним дугорочним стратешким одлукама. Тако, уговор јавног и приватног субјекта може садржати одредбу која прецизира да се у иницијалној фази реализације пројекта ротација врши једном месечно или квартално, а да у каснијој фази, ротација буде ређа, на пример, да се иста спроводи једном годишње.

У циљу ефикасности и благовременог спровођења свих потребних активности у вези са реализацијом пројекта, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта увек прописује рок у коме је потребно да се формира ово колективно тело, а тај рок је веома близак датуму закључења уговора између јавног и приватног субјекта. Оно што је веома важно разумети је то да ово тело рефлектује највиши ниво сарадње јавног и приватног субјекта, на коме се доносе најважније стратешке одлуке за пројекат. Ово колективно тело, суштински, није оперативни орган, већ уговором уређено тело које доноси најважније генералне и инструктивне одлуке по реализацију пројекта, али и тело на коме се, евентуално, решавају сва спорна питања између јавног и приватног учесника у пројекту. Кад би се дефинисала природа овог тела његовим поређењем са органима привредног друштва, односно

корпоративном структуром и надлежностима ових органа, овај орган би по свом значају, врсти и начину доношења одлука био најближи власничком органу друштва – скупштини друштва, која доноси најважније одлуке којима се уређује и дефинише пословна политика, начин пословања друштва, којим се решавају евентуална спорна питања и становишта јавног и приватног субјекта, али и који даје инструкције и смернице другим органима друштва за њихово поступање, у свему у складу са општим актима, чије генералне принципе управо он поставља и одређује, и политиком управљања друштвом. Међутим, ово тело има и највишу функцију надзора над спровођењем пројекта, те тако осим наведених обележја, обједињује у себи и одређена обележја и надлежности надзорног одбора у поимању прописа који уређују привредна друштва.

У пројектима који предвиђају оснивање пројектног друштва, у зависности од тога шта је предвиђено конкретним уговором, поставља се и питање односа овог колективног тела према пројектном друштву. Овај однос се најчешће регулише током дужег временског периода (неретко чак и током читавог века трајања пројекта), с тим да је његово дефинисање посебно значајно у првим фазама реализације пројекта кад је од пресудне важности да уговорне стране своје обавезе извршавају благовремено, тачно, посвећено, потпуно и уз утрошак нужних средстава која су потребна да се спроведу све потребне активности, уз максималан професионализам и примену експертских знања, која су у првим фазама планирања, процене изводљивости, рентабилности и исплативости пројекта, од далекосежног значаја за његову даљу реализацију.

Уговори јавног и приватног субјекта, најчешће, садрже посебне одредбе које уређују однос овог колективног органа учесника у пројекту и привредног друштва, које ће бити непосредно задужено за реализацију пројекта. Будући да тренутак оснивања пројектног друштва може да буде различит, у зависности од специфичности сваког конкретног пројекта, уговори јавног и приватног субјекта, најчешће, предвиђају да ће колективно тело управљати пројектом током фазе у којој се испитује и анализира техничка, оперативна и финансијска изводљивост пројекта, односно током фазе у којој се спроводе претходне радње на реализацији пројекта.

Како је ова фаза од пресудног утицаја на даљу реализацију пројекта, чак и у случајевима кад се у раној фази пројекта предвиђа оснивање пројектног друштва, јавни и приватни субјект, најчешће, својим уговором уређују да ће у овој фази пројекта они кроз заједничко колективно тело доносити све одлуке које се односе на пројекат, а ако то захтевају прописи државе регистрованог седишта пројектног друштва, скупштина тог друштва ће донети потребне одлуке којима ће практично само, у законом уређеном поступку, формализовати и потврдити одлуке колективног тела, чиме ће бити обезбеђен потребан степен сарадње јавног и приватног субјекта, неопходан у овој фази реализације

пројекта, али и испуњен формални захтев којим се обезбеђује законитост рада пројектног друштва, са становишта надлежности корпоративних органа овог друштва.

У случају кад се у овој фази пројекта захтева закључивање уговора од стране пројектног друштва у циљу предузимања активности и потребних радњи на реализацији пројекта, јавни и приватни субјект се уговором који закључују, међусобно обавезују да ће омогућити, односно да неће без основа предупредити или успорити, поступак закључења уговора од стране пројектног друштва, посебно у случају кад пројектно друштво закључује уговоре на основу претходног одобрења скупштине тог друштва, при чему одлука скупштине претпоставља постојање позитивне одлуке, односно одобрења колективног тела, који скупштина друштва практично реплицира, односно само формално-правно потврђује доношењем своје одлуке.

Како је пројектно друштво, практично, носилац пројекта, у смислу добијања свих потребних дозвола, сагласности, одобрења и слично, који се односе на доказивање испуњености претходних услова, јавни и приватни субјект, неретко, уговором уређују и то да ће пројектно друштво бити носилац свих потребних дозвола, лиценци, одобрења и сагласности надлежних државних органа у поступку реализације пројекта.

У пракси, ово највише колективно тело јавног и приватног субјекта, затим, формира један или више нижих оперативних органа који даље имплементирају његове одлуке. У случају када се оснива пројектно друштво, обавезно се формира и ланац комуникације и извршавања налога и инструкција на релацији ова два ентитета. Надлежности највишег колективног тела могу бити различите, и од пројекта до пројекта могуће је приметити значајне специфичности, с тим да се увек мора водити рачуна о томе да природу надлежности овог колективног тела одређује пре свега природа и особености пројекта у чију сврху се овај орган и формира.

Иксуство рада на пројектима овакве врсте указало је на одређене правилности у погледу мандата овог колективног тела, које је најчешће задужено за: (а) формирање оперативних тела, која на нижем нивоу доприносе успешној реализацији пројекта – уговори најчешће помињу различите радне групе које се одређују према проблематици којом се баве и опсегом активности које спадају у њихов мандат. Одређивање конкретне радне групе обавезно је праћено и специфицирањем њене надлежности, али веома често и дефинисањем начина на који конкретна група сарађује са другом радном групом, или групама образованим за друге послове; (б) усаглашавање и одређивање критеријума за доношење финалне инвестиционе одлуке, (в) усаглашавање и одобравање програма за реализацију пројекта, (г) усаглашавање и одобравање буџета за заједничко привредно друштво, у случају кад уговор јавног и приватног субјекта предвиђа оснивање заједничког привредног друштва, (д) одобравање студије изводљивости, а у случају кад се ради о комплекснијим пројектима

који укључују и међународни аспект, ова одлука обухвата и усаглашавање резултата различитих студија изводљивости и чињење евентуалних додатних налога пројектном друштву за додатне радове, анализе или истраживања; (ђ) одобравање студије изводљивости; (е) управљање пројектом током фазе израде студије изводљивости; (ж) сачињавање и унапређивање пројекта, у складу са усвојеним програмом и буџетом; (з) надзор над радом радних група, њихово оркестрирање у раду и давање директних инструкција радним групама за поступање; (и) испитивање и праћење испуњености раније установљених критеријума за праћење доношења финалне инвестиционе одлуке, а све у циљу обезбеђивања позитивне одлуке; (ј) праћење и надзор активности у вези са испуњавањем претходних услова неопходних за успешну реализацију пројекта; (к) благовремено обезбеђивање консултаната и техничке подршке у циљу благовремене реализације пројекта; (л) одређивање битних елемената свих уговора који ће се сукцесивно закључивати, чије закључивање омогућава и гарантује успешно спровођење пројекта; (љ) предузимање свих других потребних радњи и активности којима се обезбеђује благовремена и успешна реализација пројекта.

Уговор јавног и приватног субјекта, по правилу, уређује колико често се састаје колективно тело, чију седницу, слично корпоративним колективним телима, заказује председавајући овог тела, с тим да се сваком учеснику у пројекту даје могућност да, у свако доба, предложи заказивање седнице овог органа, уз предлагање дневног реда за конкретну седницу. Када ово тело прими предлог јавног или приватног субјекта, председавајући је дужан да у најкраће могуће време закаже седницу овог органа на којој ће се дискутовати о свим питањима из предложеног дневног реда.

Како је ово тело које доноси важне стратешке одлуке које су од пресудног утицаја за реализацију читавог пројекта, уговор јавног и приватног субјекта најчешће садржи одредбу о томе да се, осим формалних седница које се могу одржавати на било ком месту које споразумно одреде јавни и приватни субјект, или које је одређено унапред самим уговором, седнице овог колективног органа могу одржати и телефонски, уз пратећу размену потписаних материјала. О одржаним седницама овог органа води се записник, о чему се стара председавајући овог органа, који примерак записника доставља сваком члану овог органа.

Кворум за одржавање седнице овог колективног тела и начин доношења његових одлука се обавезно уређује уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта. Имајући у виду значај, тежину и последичну везу доношења одлука у овом телу на даљу реализацију пројекта, у погледу кворума, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта готово по правилу захтева присуство свих чланова овог органа, тим пре што конкретни представници јавног и приватног субјекта не морају увек нужно да буду иста лица, већ се представници

јавног и приватног субјекта могу делегирати из редова различитих појединаца за потребе одржавања сваке појединачне седнице овог органа. Целисходност рада овог тела у пракси најчешће налаже да то буду иста физичка лица, јер овакав приступ даје извесност, сигурност и, што је најважније, континуитет у учествовању у раду овог органа, што се узрочно-последично одражава и на познавање проблема који се разматрају у овом органу, постојање јасне стратегије јавног и приватног субјекта у односу на пројекат као такав, али и у односу на заштиту неретко различитих интереса јавног и приватног субјекта, без угрожавања успешне реализације пројекта, заинтересованост за рад у овом органу и активно учествовање у раду овог органа, засновано на добром познавању пројекта и нужности агилног, благовременог и потпуног извршавања преузетих задатака и донетих одлука. Међутим, управо деликатност и значај питања о којима се одлучује на овом телу, као и брзина у одговору на потребу хитног заказивања седнице овог органа, захтева и одговарајућу флексибилност јавног и приватног субјекта, у смислу промптног одговора на захтев за хитно одржавање седнице овог тела, када се могу именовати и друга доступна лица, представници јавног, односно приватног субјекта, као лица са посебним овлашћењима и од поверења за учеснике у пројекту појединачно, али и од међусобног поверења за оба учесника у пројекту, која ће омогућити да се седница хитно одржи, кад год се за тим укаже потреба. Отуда није нереалан и немогућ захтев у погледу обавезног присуства свих чланова овог тела за потребе кворума.

Будући да број чланова овог колективног тела може да има значаја у погледу начина доношења одлука могуће су, и у пракси се најчешће предвиђају, следеће опције: (а) најједноставнији начин доношења одлука унутар овог органа је доношење одлука простом већином. Овај механизам је практично применљив само код оних уговора који предвиђају непаран број чланова, будући да само тај глас разлике у броју даје преовлађујући глас; (б) у случају када ово колективно тело има паран број чланова, јавни и приватни субјект, могу уговором предвидети да је у случају једнаке поделе гласова између чланова овог органа, провлађујући глас председавајућег овим органом; и (в) јавни и приватни субјект најчешће уговором уређују одређени број одлука из надлежности овог тела које се доносе једногласно, односно за које се захтева дакле не само позитиван глас представника и јавног и приватног субјекта, већ позитиван глас сваког појединачног члана овог колективног тела.

Обим ових одлука, односно њихова спецификација може бити уговором уређена, тако да се једногласност за све одлуке из предметне листе захтева током читавог трајања пројекта, али уговор може садржати и другачије договоре јавног и приватног субјекта, према којима се листа ових одлука уређује различито, у зависности од фазе реализације пројекта. Оно што је у сваком случају важно је да је листа одлука које доносе једногласно инклузивна,

односно да се само оне одлуке које су уговором прецизиране у вези са једногласним доношењем одлука, доносе на овај начин.

Иако је листа одлука за чије се доношење захтева једногласност различита од пројекта до пројекта, из горе наведене генералне надлежности овог тела, могу се као одлуке у односу на које се захтева једногласно доношење извојити следеће одлуке, које се у пракси најчешће срећу као одлуке у вези са чијим доношењем се захтева једногласност: (а) усаглашавање и одређивање критеријума за доношење финалне инвестиционе одлуке, (б) усаглашавање и одобравање програма за реализацију пројекта, (в) усаглашавање и одобравање буџета за заједничко привредно друштво, у случају кад уговор јавног и приватног учесника у пројекту предвиђа оснивање заједничког привредног друштва, (г) одобравање студије изводљивости; (д) управљање пројектом током фазе израде студије изводљивости; (ђ) сачињавање и унапређивање пројекта у складу са усвојеним програмом и буџетом; (е) праћење и надзор активности у вези са испуњавањем претходних услова неопходних за успешну реализацију пројекта (добивање потребних дозвола, лиценци, одобрења, прибављање земљишта и слично); (ж) благовремено обезбеђивање консултаната и техничке подршке у циљу благовремене реализације пројекта у случају кад уговор јавног и приватног учесника у пројекту обезбеђује, што се у пракси неретко уговара код међународних пројеката, паритет у ангажовању консултаната држављанства јавног и приватног учесника у пројекту; (з) одређивање битних елемената свих уговора који ће се сукцесивно закључивати, а чије закључивање омогућава и гарантује успешно спровођење пројекта.

Ефикасна реализација пројекта захтева да се вођење пројекта спусти на нижи-оперативни ниво – како је то горе већ поменуто, у чију сврху колективно тело формира једну или више радних група, које на дневном нивоу прате реализацију и спровођење пројекта, те о овоме обавештавају колективно тело које доноси стратешке одлуке, али и непосредно јавни, односно приватни учесник у пројекту. На исти начин на који то предвиђа за формирање колективног тела, у зависности од специфичности конкретног пројекта, уговор јавног и приватног субјекта, такође, прецизира и тренутак када ће се формирати радне групе, специфицирајући и број и врсту радних група, те њихове надлежности и начин рада, као и моделе сарадње са колективним телом.

Како успешна реализација пројекта зависи од благовременог и ажурног предузимања активности и радњи које се захтевају у свакој од фаза реализације пројекта, то уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешће, прецизира да ће у релативно кратком року рачунајући од дана закључења уговора, колективно тело формирати радне групе. Формирање једне или више радних група, врши се најчешће већ на првој седници колективног тела, с тим да се, у зависности од динамике реализације пројекта, односно

конкретне потребе за конкретним радним групама, може предвидети сукцесивно формирање радних група, засновано на начелима ефикасности и економичности спровођења пројекта.

Задатак радне групе је, начелно гледајући, да се, поступајући у складу са одлукама, инструкцијама и смерницама колективног тела, континуирано и на дневном нивоу стара о реализацији пројекта, у складу са овлашћењима и надлежностима које су јој стављене у делокруг. У зависности од тога да ли се образује једна или више радних група је и обим надлежности групе, као и утврђен модел сарадње између радних група (ако их је иницијално образовано више), сарадња са колективним телом, као и сарадња са пројектним друштвом.

Радне групе могу бити различите – на пример: (а) за израду интерних студија, (б) за израду студије изводљивости, (в) за припрему буџета и пословног плана пројектног друштва, (г) за координацију активности у циљу прибављања потребних дозвола, лиценци, одобрења и сагласности надлежних органа, (д) за усаглашавање и припрему обавезних елемената уговора које ће закључити пројектно друштво, ако ови обавезни елементи уговора нису могли да буду усаглашени у тренутку закључења уговора јавног и приватног субјекта, (ђ) за израду техничке документације, и слично.

Радна група дужна је да о свом раду подноси извештаје колективном телу, као и да извештаје поткрепљује достављањем материјала којима се потврђује и доказује предузимање радњи и активности из надлежности конкретне радне групе.

У састав сваке радне групе улазе представници јавног и приватног субјекта. Тачан број представника јавног и приватног субјекта и квалификација његових чланова зависи од тога шта потпада под надлежност конкретне радне групе. Будући да радне групе представљају оперативна тела, у састав овог тела улазе, по правилу, лица са доказаним експертским знањима и искуством у реализацији идентичних или сличних пројеката.

За разлику од колективног тела које одржава састанке и на њима се доносе стратешке одлуке, активност радних група није даље доношење одлука, већ извршавање одлука донетих на вишем нивоу и спровођење конкретних активности у циљу реализације пројекта. Чланови радне групе који су сви ангажовани на истом задатку међусобно сарађују, уједињујући своја знања, искуства и вештине и стављајући их у заједничку функцију једног истог циља – спровођења конкретних радњи и активности на реализацији пројекта. Од чланова радне групе се захтева да буду кооперативни, ефикасни и флексибилни у налажењу оптималних решења за реализацију пројекта, да своје одлуке доносе што је могуће ефективније, уз максималну посвећеност и сарадњу, без непотребног оптерећивања колективног тела.

Различити уговори јавног и приватног субјекта садрже различите елементе, параметре и обележја која представљају минимални именилац заједничког очекивања јавног и приватног субјекта у погледу погодности које им пројекат доноси, те је у том смислу

немогуће приказати који су то све елементи, будући да се они разликују од пројекта до пројекта, али чак и унутар пројеката исте врсте, будући да се појединачне разлике изводе из појединачних обележја сваког конкретног пројекта која могу да буду одређена следећим елементима: (а) временским тренутком у коме пројекат започиње да се реализује у смислу тренутка започињања пружања услуга од општег интереса, (б) правним оквиром за који се може очекивати или предвидети да ће бити на снази у тренутку отпочињања пружања услуга од општег интереса, (в) пројекцијом потражње за одређеном врстом услуге од општег интереса у датом тренутку кад започне пружање услуге од општег интереса до истека века трајања пројекта, (г) специфичностима корисника услуга и очекиваним трендовима у понуди и потражњи конкретне услуге, (д) пројектованом конкуренцијом у тренутку започињања пружања услуга од општег интереса као и током читавог века трајања пројекта, и слично.

Једна од посебно значајних активности у којима се огледа нужна сарадња јавног и приватног субјекта, под условом да у тренутку закључења уговора између јавног и приватног субјекта није постигнута сагласност о овом питању, јесте усаглашавање и припрема обавезних елемената уговора које ће закључити пројектно друштво, на чему је ангажована посебна експертска група која поседује потребна знања и искуство у припреми, преговарању и спровођењу најважнијих уговора који утичу на реализацију пројекта као што су – уговор о изградњи објекта, постројења, односно система; уговор о управљању и руковођењу објектом, постројењем, односно системом; уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса; и уговор о откупу услуга од општег интереса.⁴⁹²

Поред одређења елемената међусобне сарадње јавног и приватног субјекта, кроз формирање потребних органа и тела, као што је то горе приказано, један од најважнијих елемената уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, који представља тежиште њиховог односа, јесте споразум о финансирању реализације пројекта. Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешће, уређује начин финансирања пројекта као и финансирања пројектног друштва у две фазе, чију граничну линију представља моменат доношења финалне инвестиционе одлуке, те се тако као фазе у финансирању пројекта издвајају: (а) финансирање иницијалне фазе имплементације пројекта до доношења финалне инвестиционе одлуке, и (б) финансирање пројекта након доношења финалне инвестиционе одлуке.

Прву фазу обезбеђивања финансирања пројекта карактерише одређена доза неизвесности у погледу исплативости пројекта, која тек треба да буде потврђена и

⁴⁹² Ово је посебно случај код уговора јавног и приватног субјекта код кога се обавезно закључује уговор о откупу целокупног или једног дела портфеља услуга од општег интереса од стране јавног субјекта – на пример, уговор о откупу електричне енергије, уговор о ексклузивном пружању здравствених услуга одређеном ентитету и слично.

поткрепљена потребним анализама, студијама и стручним опсервацијама на основу којих се доноси финална инвестициона одлука. Отуда, ову фазу финансирања пројекта карактеришу:

(а) финансирање пројекта пропорционално власничком учешћу у пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву, у случају кад уговор јавног и приватног субјекта претпоставља формирање посебног правног субјективитета, односно финансирање пројекта у складу са споразумом јавног и приватног субјекта, садржаног у самом уговору. У случају кад уговор јавног и приватног субјекта не предвиђа оснивање пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, најчешће се превиђа да свака уговорна страна сноси своје трошкове у вези са предузимањем активности и радњи које су уговором предвиђене као обавеза конкретне уговорне стране. Међутим, у односу на одређене активности које уговорне стране предузимају заједнички, уговор неретко садржи одредбу која предвиђа да ће трошкове предузимања заједничких активности уговорне стране равноправно сносити;

(б) строга контрола трошкова која је у духу обезбеђивања економичности и ефикасности реализације пројекта, а која се остварује на различите начине.

У случају кад уговор јавног и приватног субјекта не предвиђа формирање пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, практично свака уговорна страна је у контроли својих трошкова, с тим да је у таквим случајевима неопходно обезбедити да цена радњи, активности, односно услуга, које се предузимају, односно пружају у вези са извршењем обавеза уговорних страна, не иде на штету квалитета, ефекта и резултата радњи, активности односно услуга које предузима односно пружа јавни или приватни субјект, који се међусобно информативно обавештавају о својим трошковима у вези са предузетим радњама, активностима, односно услугама, али трошкови које уговорне стране сnose, будући да представљају интерне трошкове уговорних страна, не подлежу формалном поступку међусобног извештавања нити посебног документовања које превазилази редован ток пословања, односно уобичајени начин регистровања, евидентирања и вођења трошкова конкретне уговорне стране.

У случају, међутим, кад уговор јавног и приватног субјекта, предвиђа оснивање пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, уговорне стране се најчешће међусобно обавезују да ће пројектно друштво, а посебно заједничко привредно друштво, уколико се исто оснива уговором, обезбедити отварање посебног наменског рачуна који ће бити окамаћен, на који се уплаћују средства за финансирање спровођења пројекта.

Контрола средстава која се уплаћују на предметни рачун, те утрошак уплаћених средстава који треба да прати усвојен буџет и пословни план пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, поверава се одређеном лицу које се именује за контролора посебног наменског рачуна отвореног у циљу реализације пројекта. Најчешће се за

контролора именује одређено физичко лице које делегирају оснивачи пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва. Кад пројектно друштво, односно заједничко привредно друштво, има више од једног власника, најчешће се за контролора именује лице које је представник оног члана друштва, односно акционара, који има већинско учешће у друштву, док поједини уговори могу да, у циљу одржавања паритета у односима јавног и приватног субјекта, уреде да заменика контролора именује друга уговорна страна, додатно у том случају обезбеђујући паритет и тиме да контролор и његов заменик заједнички заступају конкретно друштво пред надлежним државним органима.

Основна сврха и намена овог посебног рачуна огледа се у томе да се од самог почетка реализације пројеката обезбеди јасна улога различитих учесника у процесу као и трансфер новца, уз испуњеност услова да утрошак новца мора у свему да кореспондира са буџетским издацима предвиђеним пословним планом и буџетом пројектног друштва, односно пословним планом друштва. Контрола утрошка средстава постиже се дисциплинованим односом према пројекту, уз уговором преузету међусобну обавезу уредног вођења евиденција о утрошеним средствима пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, односно утрошеним средствима јавног и приватног субјекта, као и међусобну обавезу извештавања о утрошеним средствима. Ова обавеза је утолико значајна што у случају да не дође до доношења позитивне финалне инвестиционе одлуке, јавни и приватни субјект своде појединачне рачуне и уговором најчешће преузимају обавезу да међусобно исплате новац који одступа од принципа на којима је установљен уговор јавног и приватног субјекта.

За разлику од обезбеђивања финансирања пројекта од стране јавног и приватног субјекта, који обележава фазу финансирања пројекта до тренутка доношења финалне инвестиционе одлуке, уговор јавног и приватног субјекта у односу на фазу која следи за доношењем позитивне финансијске одлуке, најчешће предвиђа пројектно финансирање, које се обезбеђује пројектном друштву. Како је интерес јавног и приватног субјекта да обезбеде пројектно финансирање у наредном поглављу живота пројекта, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће садржи и одредбу да су уговорне стране сагласне да се сам пројекат може изменити и прилагодити захтевима финансијских институција које обезбеђују финансирање, на начин да су јавни и приватни субјект спремни да и свој основни уговор прилагоде захтеваним изменама од стране финансијера пројекта.

У вези са обавезом обезбеђивања финансирања, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта често садржи одредбу да, у случају да једна уговорна страна касни са извршењем своје уговором преузете обавезе на обезбеђивање финансирања пројекта, односно пројектног друштва, друга уговорна страна је дужна да обезбеди, из својих средстава, испуњење обавезе своје саговорнице, при чему ће уговорна страна која је била дужна да

изврши испуњење финансијске обавезе исплатити целокупну обавезу коју је у њено име и за њен рачун извршила друга уговорна страна, увећану за износ припадајуће камате, чију врсту и стопу уговором споразумно одреде.

У циљу обезбеђења извршења уговором преузетих обавеза, пре свега оних које се односе на обезбеђивање финансирања, уговорне стране се међусобно обавезују на издавање адекватних средстава обезбеђења – банкарских гаранција, меница, корпоративних гаранција и других средстава обезбеђења, док се у погледу обезбеђења за неизвршење неновчаних обавеза најчешће предвиђа уговорна казна у проценту који уговорне стране споразумно договоре самим уговором.

2. Оснивање заједничког привредног друштва (пројектног друштва)

Оснивање заједничког привредног друштва (енг. *joint venture*)⁴⁹³ врши се у складу са основним уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта. Само оснивање заједничког привредног друштва,⁴⁹⁴ отуда, представља извршење обавезе из уговора који на општи начин уређује однос јавног и приватног субјекта. Овакав приступ се примењује најмање из следећих разлога: (а) оснивање заједничког привредног друштва најчешће је измештено у одређени будући временски тренутак, и (б) јавни и приватни субјект своја права и извесност реализације истих желе да обезбеде уговорима који имају различита правна дејства и представљају паралелно егзистирајуће механизме, који гарантују очување њихових права и извршавање обавеза друге уговорне стране.⁴⁹⁵

Измештање тренутка оснивања заједничког привредног друштва у будућност може да буде условљено различитим чиниоцима који условљавају оснивање друштва, од којих су поједини везани за сам пројекат, а други нису у директној повезаности са конкретним пројектом, и представљају уобичајене регулаторне захтеве спровођења прописаних поступака пред надлежним државним органима. Чиниоци који су у непосредној повезаности са конкретним пројектом односе се, пре свега, на израду студије изводљивости и доношење инвестиционе одлуке, и представљају први значајан предуслов за оснивање заједничког привредног друштва. Док ови предуслови не буду испуњени, најчешће није рационално да се оснива заједничко привредно друштво, будући да од тренутка оснивања, без обзира на то

⁴⁹³ Детаљније о заједничком привредном друштву видети у публикацији *Joint Ventures, Protections for minority shareholders in Asia Pacific*, A Norton Rose Fulbright Guide 2012, доступно на: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/joint-ventures-70704.pdf> - 27.4.2015.

⁴⁹⁴ Вид. *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector*, HM Treasury, March 2010, 4-9; Mirjam Bult-Spiering, Geert Dewulf, *Strategic issues in Public-Private Partnerships: An International Perspective*, Blackwell Publishing 2006, 134-136.

⁴⁹⁵ Sue Trafford, Tony Proctor, „Successful joint venture partnerships: public-private partnership“, *International Journal of Public Sector* 2/2006, Emerald Group Publishing Limited, 117-129.

да ли друштво обавља делатност или не, оно има одређене обавезе које је дужно да измирује – обавезе према запосленима, државним органима (пореска управа, фонд за пензијско и здравствено осигурање), услуге књиговодства и рачуноводства, плаћање закупнине и слично. Постојање привредног друштва које не обавља делатност, а неизвесно је кад, и под којим условима, ће започети да је обавља је нерационалан корак, будући да све трошкове оснивања друштва, као и његове оперативне трошкове сnose оснивачи, по правилу *pro-rata*, односно пропорционално свом учешћу у капиталу друштва.

Осим предуслова који се везују са особености појединачног пројекта, и уобичајени регулаторни захтеви, такође, могу да одгоде тренутак оснивања заједничког привредног друштва. У зависности од врсте делатности и индустрије у којој заједничко привредно друштво треба да делује, могу да буду прописане претходне сагласности и одобрења надлежних државних органа које се дају у управном поступку, а без којих није могуће оснивање привредног друштва, будући да се доказ о прибављеној претходној сагласности надлежног органа обавезно подноси у поступку регистрације привредног друштва.⁴⁹⁶

Уз поменуте регулаторне захтеве у вези са обављањем одређених специфичних делатности, један од регулаторних захтева који је, по правилу, обавезан у случају оснивања заједничког привредног друштва, је одобрење концентрације, о чему одлуку доноси надлежни државни орган који се стара о заштити конкуренције на релевантном тржишту.⁴⁹⁷ У домаћим условима одлуку о одобрењу концентрације доноси Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије.⁴⁹⁸ Питање концентрације се у овом поглављу наводи само као један од претходних услова за оснивање привредног друштва, а детаљније је објашњен у Глави XII, Одељак 12.2. у наставку.

Како је то већ поменуто, оснивању заједничког привредног друштва обавезно претходи закључење основног/генералног уговора, којим се одређују и унапред дефинишу сви обавезни елементи будуће институционалне сарадње јавног и приватног субјекта која се остварује кроз управљање и руковођење заједничким привредним друштвом, тако да уговор о оснивању заједничког привредног друштва практично само „пресликава“ већ постигнут

⁴⁹⁶ Обављање одређених делатности у домаћим условима захтева претходно прибављање дозвола и лиценци, као на пример у случају енергетских делатности, превоза друмским путем, електронских комуникација, делатности из домена војне индустрије, оснивања банака, осигуравајућих друштава, делатности у вези са заштитом животне средине, и др. Детаљнији преглед делатности које захтевају претходне дозволе и лиценце садржан је у материјалу Привредне коморе Србије, *Водич за оснивање фирме, законски оквир, секторске дозволе, поступак*, Београд 2012, 29-38, доступно на: <http://www.pks.rs/Documents/Kabinet%20predsednika%20i%20protokol/vodic.pdf> - 27.4.2015.

⁴⁹⁷ *Council Regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentration between undertakings (the EC Merger Regulation)*, OJ L 24/1, 29 January 2004, доступно на: http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.uo.kik.gov.pl%2Fdownload.php%3Fid%3D125&ei=PrMNVbvVLOv6ygO47YGgDQ&usg=AFQjCNHIP_NHpTc33Wgm02BNOVUKYZJseA - 27.4.2015; такође, детаљније погледати: *EU Competition Law Rules Applicable to Merger Clearance Control, situation as at 1 April 2010, Competition Handbook*, European Commission Competition, Brussels 2010, доступно на: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf - 27.4.2015.

⁴⁹⁸ 33К, чл. 20 и 21.

споразум уговорних страна, и доприноси његовом извршењу. Стога, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, којим се установљава обавеза оснивања заједничког привредног друштва, између осталог, уређује и односе и међусобне обавезе јавног и приватног субјекта у циљу оснивања и рада заједничког привредног друштва и реализације пројекта који заједничко привредно друштво треба непосредно да спроводи, али и регулисање пословања заједничког привредног друштва, те права и обавеза његових чланова/акционара, у зависности од правне форме заједничког привредног друштва.

Закључењем уговора о сарадњи јавни и приватни субјект се обавезују да ће сваки од њих учинити све што се разумно од њих може очекивати у датим околностима, те да ће предузети све активности које су законом допуштене и комерцијално оправдане у циљу развоја пословања заједничког привредног друштва, у свему поступајући у духу међусобне сарадње, стандарда струке и међусобног поверења. Јавни и приватни субјект се, најпре, обавезују да ће обезбедити да њихови надлежни корпоративни органи у роковима прописаним законом, односно њиховим општим актима донесу све потребне одлуке, у циљу одобравања оснивања заједничког привредног друштва.⁴⁹⁹ Оснивачки акти јавног, односно приватног субјекта, по правилу, садрже обавезу доношења одлуке скупштине друштва о улагању у друга правна лица, а у случајевима кад улог⁵⁰⁰ било ког субјекта подразумева не само новчано улагање, већ и унос имовине као неновчаног улога (уношење непокретности, права на дугорочни закуп, опреме, права интелектуалне својине, лиценци, и слично),⁵⁰¹ извршење овакве обавезе може додатно да активира одредбу која се тиче стицања, односно располагања имовином велике вредности, коју познају готово сва законодавства. Стицање, односно располагање имовином велике вредности обавезно захтева одлуку скупштине друштва које располаже имовином која по својој вредности премашује одређени проценат књиговодствене вредности укупне имовине друштва исказане у последњем годишњем билансу стања⁵⁰² друштва. С друге стране, кад је реч о јавном субјекту, уместо одлуке скупштине, овакву одлуку треба да донесе други одговарајући орган који репрезентује

⁴⁹⁹ У случају кад се у својству јавног субјекта појављује јавно предузеће, неопходно је да оно прибави претходну сагласност Владе Републике Србије. Чл. 47 ЗЈП прописује обавезу јавног предузећа да сагласност на оснивање зависног друштва јавног предузећа даје оснивач јавног предузећа, док чл. 48 ЗЈП прописује давање сагласности оснивача јавног предузећа и на улагање капитала јавног предузећа у друга друштва капитала.

⁵⁰⁰ *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector*, 41-44.

⁵⁰¹ Закон о јавној својини – ЗЈС, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 88/2013 и 105/2014, чл. 18-22.

⁵⁰² У складу са чл. 470 Закона о привредним друштвима Републике Србије – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/11, 99/11 и 83/14, ако друштво стиче, односно располаже имовином чија набавна и/или продајна и/или тржишна вредност у моменту доношења одлуке о томе представља 30% или више од књиговодствене вредности укупне имовине друштва исказане у последњем годишњем билансу стања, сматра се да друштво стиче, односно располаже имовином велике вредности. Истим чланом даље је регулисано да стицање, односно располагање имовином велике вредности може да се спроведе ако је то стицање, односно располагање претходно или накнадно одобрено од стране скупштине друштва.

оснивача јавног субјекта (Влада, скупштина јединице локалне самоуправе, надзорни одбор јавног предузећа,⁵⁰³ и др.).

Осим обавезе прибављања одговарајућих претходних корпоративних сагласности, односно одобрења, јавни и приватни субјект се основним/генералним уговором међусобно обавезују да ће заједничком привредном друштву, у својству његових оснивача, помоћи у прибављању и подношењу свих потребних докумената, подношења захтева, пријава и слично, како у фази која претходи оснивању заједничког привредног друштва, тако и касније, након оснивања заједничког привредног друштва, а све ово у циљу обезбеђивања извршења пројекта у складу са унапред утврђеним и усаглашеним роковима.

Основни/генерални уговор јавног и приватног субјекта, на основу кога се, даље, приступа оснивању заједничког привредног друштва најчешће прописује одређене претходне услове⁵⁰⁴ (енг. *conditions precedent/CP*),⁵⁰⁵ који се морају испунити, да би се могло приступити оснивању заједничког привредног друштва. У пракси закључења ових уговора постоји неколико типичних одредби којима се уређују поменути претходни услови:

(а) *одобравање концентрације* – као први претходни услов најчешће се, захтева исходовање позитивне одлуке надлежног органа за испитивање и контролу конкуренције, да је оснивање заједничког привредног друштва дозвољено са становишта заштите конкуренције на релевантном тржишту. Како би обезбедили пуну правну сигурност, јавни и приватни субјект најчешће уговарају као претходни услов не само добијање одобрења надлежног органа за заштиту конкуренције, већ и његову правноснажност. Рокови у којима поступају надлежни органи који испитију ефекте оснивања заједничког привредног друштва на конкуренцију на тржишту, се разликују, с тим што се у пракси они најчешће свде на период између једног и шест месеци.⁵⁰⁶ Овај захтев се компликује у случају пројекта који се спроводи у више држава, али и у пројекту који се спроводи у једној држави кад подношење пријаве концентрације у држави у којој се спроводи пројекат, обавезно повлачи за собом подношење захтева за пријаву концентрације у свакој држави у којој приватни субјект на тржишту обавља пословање, а према прописима конкретне државе испуњава услов за

⁵⁰³ У складу са чл. 18 ЗЈП оваква одлука налази се у надлежности надзорног одбора јавног предузећа.

⁵⁰⁴ Arthur L. Corbin, „Conditions in the Law of Contract“, *The Yale Law Journal* 8/1919, 747-750; такође, вид. и: Byran Gibson, „Contract-Specific Performance-Conditions Precedent and Contractual Benefits –Waiver of Condition Precedent“, *U.B.C. Law Review* 431/1971, 431-434, доступно на:

http://heinonline.org.proxy.kobson.nb.rs:2048/HOL/Print?handle=hein.journals/ubclr6&div=35&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=Contract|Specific|Performance|Conditions|Precedent|and|Contractual|Benefits|Waiver|of|Condition|Precedent;|Gibson,|Byran&type=matchall - 27.4.2015.

⁵⁰⁵ Alexander Holburn, „Conditions Precedent – How to make sure you get what you bargained for“, *Corporate/Commercial Practice*, e-news from Alexander Holburn Beaudin & Lang LLP, February 2009, доступно на:

http://www.ahbl.ca/wp-content/uploads/2012/05/How_to_-make_sure_you_get_what_you_bargained_for-Ray_Schachter-February2009.pdf - 27.4.2015.

⁵⁰⁶ У домаћим условима, Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије доноси решење о одобравању концентрације у скраћеном поступку у року од месец дана рачунајући од дана достављања комплетне документације, односно у року од четири месеца, у случају покретања испитног поступка (чл. 62 и 65 ЗЗК).

обавезну пријаву концентрације у складу са финансијским праговима прописаним законима конкретне државе. Тада се испуњеност овог одложног услова по правилу везује за тренутак добијања одобрења концентрације, односно његове правноснажности, у последњој држави у којој је одобрење добијено. Редослед активности се уговором прописује према принципу од општег ка посебном. У том смислу се, ако су испуњени финансијски прагови који захтевају обавезно покретање поступка одобравања концентрације, увек прво подноси пријава концентрације, па тек ако надлежни државни орган који се стара о заштити конкуренције утврди да је оснивање заједничког привредног друштва допуштено са становишта заштите конкуренције, приступа се наредним корацима, односно прибављању других прописаних регулаторних дозвола, сагласности, односно одобрења. Ситуација може да постане још деликатнија у случајевима кад је оснивање заједничког привредног друштва предвиђено међународним уговором. У таквим околностима, у складу са општим правилима која уређују хијерархију правних аката, међународни уговори сматрају се актом јаче правне снаге у односу на законе,⁵⁰⁷ па се поставља питање може ли надлежни државни орган, поступајући у складу са законом, у поступку оцене утицаја оснивања заједничког привредног друштва на одређено тржиште, односно на конкуренте на тржишту да донесе одлуку да концентрација која се састоји у оснивању заједничког привредног друштва на основу међународног уговора није допуштена. Такође, поставља се и питање да ли је у случају кад је оснивање заједничког привредног друштва прописано међународним уговором уопште потребно подношење захтева за одобравање концентрације чак и онда кад су испуњени финансијски прагови који повлаче обавезу пријаве концентрације. Имајући у виду да устав, као акт највише правне снаге, гарантује одређена економска права, укључујући и једнак положај на тржишту и забрану свих аката којима се ограничава слободна конкуренција на тржишту, стварањем или злоупотребом монополског или доминантног положаја на тржишту,⁵⁰⁸ сматрамо да је с обзиром на наведено уставом гарантовано право и хијерархију правних аката, у сваком случају нужно поднети пријаву концентрације, чак и у случајевима кад је оснивање заједничког привредног друштва предвиђено међународним уговором, јер је то акт ниже правне снаге у односу на устав. С друге стране, тешко је замисливо, и у домаћој пракси још увек није виђено, да надлежни орган за испитивање конкуренције одбије да одобри концентрацију која се заснива на оснивању заједничког привредног друштва које је предвиђено међународним уговором;

⁵⁰⁷ Чл. 194 УРС прописује да потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права представљају део правног поретка Републике Србије и не смеју бити у супротности са Уставом Републике Србије, док закони и други општи правни акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са општеприхваћеним правилима међународног права.

⁵⁰⁸ УРС, чл. 84.

(б) *друга регулаторна одобрења, сагласности, односно дозволе* – као други претходни услов. Кад оснивање заједничког привредног друштва захтева прибављање одговарајућих претходних сагласности, дозвола, одобрења и слично, које се обавезно достављају надлежном регистру приликом подношења захтева за упис оснивања у регистар, испуњење овог предуслова је услов за оснивање друштва;

(в) *непостојање других аката којима се забрањује оснивање заједничког привредног друштва* – као трећи претходни услов. Овај услов се негативно одређује, и то као услов за непостојање било каквих аката, правноснажних пресуда, привремених или трајних мера забране, налога, уредби или каквих других аката, односно одлука било код државног органа којим се забрањује реализација пројекта, и с њим у вези и оснивање заједничког привредног друштва.

Осим ових претходних услова који су типични за уговоре јавног и приватног субјекта, у пројекту којим се установљава обавеза оснивања заједничког привредног друштва, у зависности од природе пројекта, могу се предвидети и други претходни услови.

У вези са испуњењем претходних услова, колика год да је њихова листа, јавни и приватни субјект се међусобно обавезују да ће сарађивати и предузети све што је разумно у њиховој моћи да са своје стране, а без утицаја на органе који у томе учествују, обезбеде кумулативно испуњење свих претходних услова. Овај захтев у пракси закључења оваквих уговора добија другачије тумачење. Иако се јавни и приватни субјект обавезују да ће заједно предузимати све потребне радње, кораке и мере, како би обезбедили испуњеност претходних услова, приватни субјект у реалном животу овакво преузимање обавезе јавног субјекта, иза кога непосредно или посредно стоји држава, најчешће не тумачи као облигацију средства, већ као облигацију резултата (циља) и озбиљно рачуна на то да ће јавни субјект, на основу ингеренција које се изводе из крајњих ингеренција државе, обезбедити испуњеност претходних услова који се везују за добијање одговарајућих сагласности, дозвола, одобрења и слично, које издају надлежни државни органи.⁵⁰⁹

У погледу извршења међусобних обавеза, јавни и приватни субјект се најчешће обавезују да се не могу одрећи захтева у погледу испуњења претходних услова који су везани за регулаторне захтеве,⁵¹⁰ али допуштају могућност одустанка од захтева за испуњење оних претходних услова који су друге природе, и који нису од суштинског утицаја на законитост спровођења пројекта. У случају кумулативног испуњења свих претходних услова, односно у случају испуњења оних претходних услова који су регулаторне природе, уз одустајање од захтева за испуњење оних претходних услова који не

⁵⁰⁹ Иако у пракси то најчешће и јесте тако, неопходно је како у самим уговорима, тако и очекивањима и поступањима јавног и приватног субјекта обезбедити извршење ових обавеза на начин којим се не задире у аутономност, независност и самосталност у раду поступајућих државних органа.

⁵¹⁰ В. Gibson, 431-434.

утичу на законитост, нити на било који други начин могу да угрозе реализацију пројекта, јавни и приватни субјект се састају ради потписивања протокола којим се потврђује испуњеност претходних услова и приступају наредној фази реализације њиховог договора – оснивању заједничког привредног друштва. Међутим, поставља се питање шта се догађа у случају кад не дође до испуњења претходних услова. Јавни и приватни субјект, у основном/генералном уговору који уређује њихова поступања, пре и после оснивања заједничког привредног друштва, најчешће одређују рок до кога сви претходни услови треба да буду кумулативно испуњени, односно у оквиру кога се врши одустајање јавног и приватног субјекта од појединих претходних услова чије неиспуњење не утиче, нити ће у било ком тренутку моћи да утиче на законитост пројекта на коме су заједно ангажовани. Овај рок се назива роком испуњености претходних услова (енг. *long stop date*). Јавни и приватни субјект могу уговорити да ће се, у случају неиспуњености свих претходних услова до наступања рока за испуњење свих претходних услова, састати и проценити потребно додатно време за испуњење свих претходних услова, односно одредити нови рок испуњености претходних услова. Ако ни до истека накнадног рока испуњености претходних услова не дође до испуњења претходних услова, односно ако је извесно да исти неће бити испуњени ни у догледно време, нити икада, јасно је да се не може приступити оснивању заједничког привредног друштва, те тада долази до раскида уговора закљученог између јавног и приватног субјекта, при чему се у оваквим случајевима најчешће уговара да, у мери у којој је то могуће, свака појединачна радња предузета у циљу испуњења услова до тада врати уназад (повраћај у пређашње стање), као да никада није била ни предузета.⁵¹¹ Јавни и приватни субјект се, по правилу, на основу уговора ослобађају било каквих међусобних обавеза и одговорности, осим у случају кад је неиспуњење претходних услова наступило услед радњи, или пропуштања преузимања радњи, које су могле да допринесу испуњењу претходних услова, кад је она уговорна страна која је скривила неиспуњење претходних услова својим поступањем, односно непоступањем, дужна да накнади штету другој уговорној страни. На овом месту још једном подвлачимо значај прецизног дефинисања обавеза јавног и приватног субјекта у фази која претходи оснивању заједничког привредног друштва, а посебно облигације јавног субјекта, која никако не сме бити уређена као облигација циља у односу на добијање сагласности, одобрења, дозвола и слично које су у надлежности других државних органа, будући да је пракса реализације оваквих уговора показала да приватни субјект умањује значај аутономности, самосталности и независности у раду државних органа, те пренебрегава чињеницу да исти не могу донети позитивну одлуку у вези са поднетим захтевом ако им није благовремено достављена комплетна, тачна и

⁵¹¹ Тако се, примера ради, стављају ван снаге одлуке надлежних органа друштва, односно државних органа у вези са оснивањем заједничког привредног друштва, и слично.

ажурирана документација, те недоношење одлуке надлежног државног органа у оваквим случајевима не може и не сме да се третира као недостатак сарадње јавног субјекта, нити као основ за накнаду штете коју приватни субјект може да истакне у односу на јавног субјекта.

Оснивање заједничког привредног друштва, по правилу, се врши у свему у складу са роковима и унапред постигнутим договором о свим битним елементима пословања друштва, учешћем јавног и приватног субјекта у капиталу заједничког привредног друштва, као и начину остваривања власничких, имовинских и управљачких права у друштву.

Иако се оснивање заједничког привредног друштва врши на основу посебног документа – *оснивачког акта заједничког привредног друштва*⁵¹² – овај документ представља само инструмент који „пресликава“ и рефлектује договор јавног и приватног субјекта, постигнут и садржан у основном/генералном уговору, који уређује њихову сарадњу све до истека века трајања пројекта. Отуда је уобичајено да сам текст оснивачког акта буде унапред припремљен и усаглашен између јавног и приватног субјекта, и да представља прилог уговора који закључују јавни и приватни субјект. На овај начин се обезбеђује да се оснивачки акт заједничког привредног друштва, који представља прилог основног/генералног уговора, не може мењати без спровођења поступка измене основног уговора, укључујући и прибављање свих претходних одобрења и сагласности, које су се захтевале и за закључење основног/генералног уговора јавног и приватног субјекта. Читав поступак оснивања заједничког привредног друштва се на овај начин чини максимално контролисаним поступком.⁵¹³

Уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта се обавезно уређују следећи битни елементи у вези са оснивањем заједничког привредног друштва,⁵¹⁴ од којих већина одговара пословним подацима о друштву, који се обавезно региструју у надлежном регистру код кога се врши упис оснивања заједничког привредног друштва: (а) пословно име – пуно пословно име, скраћено пословно име, пословно име на страном језику, (б) седиште заједничког привредног друштва, (в) претежна делатност, с тим да јавни и приватни субјект могу споразумно да одреде и друге делатности које ће обављати заједничко привредно друштво, (г) основни капитал друштва – висина основног капитала и у чему се састоји (новчани и неновчани капитал), (д) учешће у капиталу јавног и приватног субјекта и спецификација њихових улога према предмету и вредности, (ђ) начин, време и услови за исплату добити, (е) преузимање запослених јавног и приватног субјекта, (ж) међусобне изјаве и гаранције које

⁵¹² ЗПД, чл. 11.

⁵¹³ Контролисан поступак оснивања заједничког привредног друштва може се двојачко посматрати – као гаранција остваривања њихових права као партнера у спровођењу конкретног пројекта, али уједно и као израз релативног неповерења уговорних страна, што је још један од очигледних примера амбивалентног односа јавног и приватног субјекта, на коме почива њихова свеукупна сарадња, у којој је управо међусобна контрола гарант обезбеђивања међусобне синергије, паритета и сарадње.

⁵¹⁴ ЗПД, чл. 141 и 264.

дају јавни и приватни субјект, (з) међусобна обавеза јавног и приватног субјекта да ће заједничко привредно друштво закључити све потребне уговоре, (и) начин превазилажења разлика у гледиштима јавног и приватног субјекта, уколико до њих дође, и који доводе до блокаде у органима друштва, односно блокаде у оперативном пословању друштва, (ј) меродавно право и начин решавања спорова, и др.⁵¹⁵

У случају кад се приликом оснивања заједничког привредног друштва уноси неновчани капитал,⁵¹⁶ без обзира на околност што већина законодавстава на свету допушта могућност да оснивачи друштва (осим ако је реч о оснивању јавних друштава) споразумно одреде вредност неновчаних улога, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта уобичајено садрже одредбу којом се налаже да се изврши процена вредности неновчаног улога оснивача од стране специјализованих институција, овлашћених да врше овакве процене вредности, јер овакав приступ додатно доприноси међусобном поверењу партнера у пројекту, који оснивањем друштва постају његови чланови/акционари.

У вези са оснивањем заједничког привредног друштва, по правилу се уређује уплата, односно уношење целокупног улога оснивача пре регистрације, а у случају кад се уплата, односно уношење улога врши сукцесивно, правило је да се такво повећање капитала спроводи *pro-rata*, односно пропорционално учешћу у капиталу, чиме ће стално бити задржан идентичан власнички однос у заједничком привредном друштву.

Оно што је посебно значајно уредити унапред у вези са оснивањем заједничког привредног друштва јесу принципи корпоративног управљања,⁵¹⁷ будући да тензије и блокаде у раду органа заједничког привредног друштва могу да се одразе и на рокове и успех реализације пројекта у целини. Као што је то случај са свим горе наведеним, принципи корпоративног управљања који морају бити садржани у оснивачком акту заједничког привредног друштва, претходно се уговарају и о њима постиже сагласност и у основном/генералном уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта. Ово се, пре свега, односи на структуру корпоративних органа, кворум за одржавање седница органа и кворум за одлучивање, листу питања из надлежности корпоративних органа у односу на која се захтева већи проценат, решавање блокаде у органима, право на исплату дивиденде, пренос удела, престанак чланства у заједничком привредном друштву, право на ликвидациони вишак у случају ликвидације заједничког привредног друштва и друго.

⁵¹⁵ *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector*, 55-56; вид. препоруке Светске банке у вези са елементима које треба да садржи уговор о оснивању заједничког привредног друштва (*joint venture agreement*), доступно на: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-risk-matrices/joint-venture#put> - 27.4.2015.

⁵¹⁶ ЗПД, чл. 50-55.

⁵¹⁷ *Ibid.*, чл. 198 и 326.

Структура корпоративних органа зависи од правне форме друштва, и од опредељења јавног и приватног субјекта за модел управљања друштвом који се директно одражава на органе у друштву. Оно што је карактеристично за заједничка привредна друштва је то што његови оснивачи желе да, кад год је то могуће са становишта правног оквира државе у којој се оснива заједничко привредно друштво, кроз органе друштва прикажу и обезбеде паритет у њиховим односима. У скупштини друштва је то, свакако, могуће обезбедити будући да скупштина друштва представља колективни орган власника, у коме они остварују своја гласачка права, а у вези са гласачким правима, односно изведено из њих, и друга права (пре свега, имовинска).

Први критични моменат у вези са одмеравањем снага јавног и приватног субјекта и обезбеђивања њиховог паритета у скупштини, посебно у случајевима кад је учешће једног субјекта мање од учешћа другог, јесте кворум за одржавање седнице скупштине, односно кворум за доношење одлука. Већина законодавстава као кворум за одржавање седнице скупштине прописује обичну већину,⁵¹⁸ док за поновљену седницу скупштине предвиђа нижи кворум (најчешће 1/3 од укупног броја гласова свих чланова, односно акционара друштва).⁵¹⁹ У случајевима када је пројекат подељен фазно, и то тако да у првој фази реализације пројекта, која се одвија након оснивања заједничког привредног друштва, већина радњи које се предузимају зависе пре свега од јавног субјекта, чак и у случају кад јавни субјект има мањинско учешће у заједничком привредном друштву, најчешће се уговара да се одлуке чланова друштва доносе једногласно. Након ове фазе, кад пројекат прелази из фазе испуњења регулаторних предуслова у фазу започињања изградње, у којој знање, искуство и експертиза приватног субјекта има већи значај, предвиђа се прелазак на нижи кворум. У случајевима кад јавни и приватни субјект немају једнако власничко учешће у друштву, нижи кворум може да представља опасност да један члан/акционар може самостално да испуни овај услов. Међутим, чак и у таквим случајевима, јавни и приватни субјект настоје да обезбеде да одређена питања увек захтевају доношење једногласне одлуке, будући да ова питања задиру у саму суштину пројекта и базичног договора јавног и приватног субјекта. Од умешности преговорања јавног и приватног субјекта, а пре свега преговарачке моћи јавног субјекта зависи који ће бити обим питања у надлежности скупштине у односу на која се захтева једногласност у доношењу одлука (енг. *reserved matters* или *veto rights*).⁵²⁰

⁵¹⁸ ЗПД, чл. 208, ст. 1 и чл. 351, ст. 1.

⁵¹⁹ *Ibid.*, чл. 208, ст. 3 и чл. 353, ст. 3.

⁵²⁰ Вид. *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector*, 25 и 67.

Иако се листа одлука које захтевају једногласност у доношењу суштински разликује од пројекта до пројекта, доле наведене одлуке представљају најчешће и најтипичније одлуке у односу на које се захтева једногласност у доношењу.⁵²¹

(а) *одобрење годишњег пословног плана заједничког привредног друштва и измена пословног плана.* Ова одлука се сматра одлуком од посебног значаја за пословање друштва и реализацију пројекта. Годишњи план пословања друштва треба да у свему одговара финансијском моделу који је договорен између јавног и приватног субјекта, на коме се заснива целокупан пројекат. Искључивање јавног или приватног субјекта из доношења ове одлуке би означавало преузимање контроле над активностима заједничког привредног друштва и финансирањем предузимања ових активности, односно стицање могућности да се пројектом управља у правцу који не одговара заједничкој вољи јавног и приватног субјекта у тренутку постизања договора да конкретан пројекат заједнички реализују. Значај ове одлуке и задржавање контроле над њеним доношењем посебно је значајан код оних пројеката код којих се улог јавног субјекта састоји не само у новцу, већ и у стварима, односно правима;

(б) *одобрење буџета заједничког привредног друштва.* Ова одлука је по свом домашају и последицама веома слична претходној одлуци, будући да се пословни план друштва финансијски рефлектује у буџету заједничког привредног друштва. Контрола над буџетом заједничког привредног друштва у равни је са основним принципима и начелима на којима почива однос јавног и приватног субјекта – принципима економичности и рентабилности. Додатно, контрола над буџетом друштва реално означава контролу над пројектом, будући да је заједничко привредно друштво главни носилац извршења претежног броја обавеза из пројекта;

(в) *одобрење било које обавезе заједничког привредног друштва која није укључена у пословни план или буџет заједничког друштва која премашује вредност коју одреде јавни и приватни субјект.* И ова одлука се по својим обележјима и правним последицама наставља и надовезује на две горе поменуте одлуке скупштине друштва. Иако има мишљења да ова одлука не завређује да буде посебно истакнута и предвиђена као одлука у односу на коју се захтева једногласност у одлучивању у скупштини, она је посебно значајна из неколико разлога. Најпре, ова врста одлуке не произлази из одлуке о усвајању пословног плана и буџета, јер се управо односи на ситуације кад предузимање одређене радње или правног посла није предвиђено пословним планом, односно буџетом друштва, те би њено изостављање, на одређени начин, дерогирало већ дато право у вези са усвајањем пословног плана и буџета. Додатно, оваква врста одлуке је нужна код дугорочних пројеката. Без обзира

⁵²¹ Поједине од ових одлука биле су део уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта и у домаћим Студијама случајева, приказаним у Прилогу бр. 1.

на искуство, познавање индустрије, познавање правила пројектног финансирања, познавање технологије која ће бити примењена на извођењу пројекта, тешко је замислити да је пословним планом и буџетом заједничког привредног друштва могуће обухватити све активности друштва у периоду од 25 до 30 година. Како је живот увек инвентивнији од уговорних страна, јавни и приватни субјект желе да задрже право да могу да утичу на доношење одлуке у вези са предузимањем одређене радње, закључењем одређеног уговора, потребом уговарања додатних радова и слично, будући да овакве активности имају утицаја како на рокове, тако и на укупан планирани буџет.

Који је то финансијски праг за установљавање овакве обавезе, зависи од укупне вредности пројекта, индустрије у којој се пројекат реализује и технологије коју предметни пројекат укључује. У том смислу вредност која се може чинити веома значајном у једном пројекту не представља значајан износ у пројекту друге врсте, тако да је опредељење финансијског прага ствар договора јавног и приватног субјекта. У вези са одређивањем прага, веома је важно да јавни и приватни субјект покажу одговарајућу дозу флексибилности. Уговарање прилично ниских финансијских прагова може довести до тога да заједничко привредно друштво буде неоперативно, будући да предузимање појединих радњи, које захтевају промптна поступања, чека одлуку скупштине, што доводи до успоравања делатности заједничког привредног друштва, претеране бирократизације у доношењу одлука и, финално се може негативно одразити по сам пројекат. У тражењу равнотеже између посвећености успеху пројекта, с једне стране, и потреби да се задржи контрола, с друге стране, могу значајно да помогну друга правила корпоративног управљања, по којима се, примера ради, скупштина друштва може одржати и без сазива, уколико јој присуствују чланови друштва који се нису успротивили оваквом начину одржавања седнице скупштине и доношења одлука, гласањем у одсуству и слично;

(г) *доношење одлуке о измени пројекта или о напуштању пројекта.* Ова одлука спада у ред одлука које се односе на саму судбину пројекта, односно његове измене, и задира у суштину односа јавног и приватног субјекта. У случају наступања околности које могу да имају утицаја на сам пројекат, реализација пројекта је, најчешће, већ отпочела, јавни и приватни субјект су већ предузели одређене активности, и, у вези са њима, већ су имали одређене издатке, трошкове, већ су преузели на себе одговорности и ризике који се квантификују и финансијски, чиме се пројекат, практично, „враћа“ уназад, када је поново потребно да постоји заједничка воља јавног и приватног субјекта у односу на одлучивање о даљој будућности пројекта и превазилажењу проблема који утичу на даљу реализацију пројекта.

Овај тренутак је, по много чему, деликатнији и осетљивији од иницијалног тренутка кад се одлучивало о пројекту и начину његове реализације, управо из разлога што су до овог

тренутка јавни и приватни субјект већ предузели одређене радње, извршили одређене обавезе, и преузели ризике који могу да се протежу још неко време у будућности, независно од судбине пројекта, за које они сnose одговорност. Учесници у пројекту су до тада имали и одређене трошкове, располагали својом имовином у корист друштва (новчани, односно неновчани оснивачки улог, који је посебно деликатан са становишта одговорности), или су се задужили да би извршили своју обавезу уплате новчаног улога.

За јавног субјекта одустајање од пројекта има посебну тежину – уместо да ризик реализације пројекта дели са приватним субјектом, у случају неуспеха пројекта, изградња одређеног објекта, постројења, односно система у функцији пружања услуга од општег интереса, остаће искључива обавеза јавног субјекта, који ће он самостално морати да изгради, изведе, финансира и њиме управља, што је нешто што јавни субјект самостално није могао да учини ни пре отпочињања сарадње са приватним субјектом, чиме ће позиција јавног субјекта, услед протеча времена, дугорочно постати још неповољнија. С друге стране, одлука о наставку пројекта под измењеним условима носи додатни репутациони ризик, посебно у случају кад измена пројекта захтева додатна финансијска улагања која јавни субјект може да обезбеди једино из буџета или из средстава која се убирају од пореских обвезника, којима још увек није пружена задовољавајућа услуга која им је стављена у изглед.

У погледу одлучивања о изменама пројекта и његовом напуштању, приватни субјект има далеко рационалнији приступ. Наиме, њега много мање оптерећује репутациони ризик, већ је усредсређен само и искључиво на економски и временски моменат и на релативно лако изводљиву финансијску калкулацију колико ће га укупно коштати одржавање пројекта на снази и додатна улагања која је дужан да обезбеди пропорционално свом учешћу у капиталу.

Интереси јавног и приватног субјекта могу да буду веома супротстављени у погледу ове одлуке и зато је јако важно да једнако право одлучивања о судбини пројекта имају и јавни и приватни субјект. С друге стране, у пракси је могуће, и неретко се дешава да измене пројекта не захтева ниједна од уговорних страна, већ то чине финансијери пројекта. Тада позиције јавног и приватног субјекта не морају нужно да буду толико удаљене, али се и тада руководе истим разлозима којима се преиспитује њихов интерес да остану у пројекту, и ако одлуче да то учине, под којим то условима се пројекат надаље реализује;

(д) *доношење одлуке о повећању капитала заједничког привредног друштва.*⁵²² Иако ова одлука није од суштинског утицаја на судбину пројекта, она, у великој мери, утиче на права и обавезе јавног и приватног субјекта, а последице њеног доношења, такође, могу да

⁵²² ЗПД, чл. 200, ст. 1, тач. 5 и чл. 329, ст. 1, тач. 2.

буду далекосежно неповољне по учешће јавног и приватног субјекта у капиталу заједничког привредног друштва. У случају да само један учесник у пројекту може самостално да донесе овакву одлуку, таква могућност би практично водила преузимању контроле тог учесника у пројекту над заједничким привредним друштвом, па самим тим и над читавим пројектом. Најчешће приватни субјект брже и лакше може да прибави потребна средства за повећање капитала друштва, док је јавни субјект ограничен у погледу могућности прибављања додатних средстава на име повећања капитала.

Ограничења на страни јавног субјекта могу да буду различита – у случају кад се јавни субјект финансира искључиво из буџета, тада буџетска ограничења представљају веома рестриктивно ограничење за јавног субјекта. Наиме, уплата новчаног капитала захтева повлачење слободних финансијских средстава, док буџет не познаје категорију слободних и нераспоређених финансијских средстава. Буџет јавног субјекта се, по правилу, усваја једном годишње, с тим да то не значи да он не може бити предмет измена, што најчешће и јесте. Измене буџета најчешће укључују одређени поступак који може да траје одређено време. У случају кад се јавни субјект не финансира само и искључиво из буџета, већ може да самостално прикупља новчана средства и под комерцијалним условима, тада је јавни субјект дужан да спроведе јавну набавку, што значајно успорава читав процес, а неретко финансијске институције које му обезбеђују финансирање захтевају чврста средства обезбеђења, која се у одређеним ситуацијама не могу дати.⁵²³

У таквим случајевима, остављање могућности приватном субјекту да сам донесе одлуку о повећању капитала води тзв. *дилутирању* јавног субјекта, кроз процентуално смањење његовог учешћа у капиталу, у случају кад повећање капитала изврши искључиво приватни субјект. Допуштање овакве могућности потенцијално води ка томе да се учешће јавног субјекта може свести на симболично, што постаје посебно опасно у случају када је јавни субјект раније извршио улагања, унео неновчани улог у друштво и преузео одређене обавезе чије се извршење протеже и на будући период, а власничка права су му значајно ограничена;

(ђ) *доношење одлуке о смањењу капитала заједничког привредног друштва.*⁵²⁴

Доношење одлуке о смањењу капитала заједничког привредног друштва је по својим ефектима слично доношењу одлуке о повећању капитала заједничког привредног друштва,

⁵²³ Обезбеђивање финансијских средстава јавним предузећима у Републици Србији било је у прошлости праћено захтевима финансијских институција за издавањем државних гаранција, које је Република Србија, као оснивач јавних предузећа, давала као средство обезбеђења. Буџетска ограничења и захтеви међународних финансијских институција са којима Република Србија има *stand-by* аранжмане, последњих година су засновани на забрани издавања државних гаранција приликом задужења јавних предузећа, које Република Србија више не даје услед високе задужености јавног дуга.

⁵²⁴ ЗПД, чл. 200, ст. 1, тач. 5 и чл. 329, ст. 1, тач. 2.

чиме се учесницима у пројекту, практично, враћа део уложених средстава, под условом да ово не угрожава повериоце друштва.⁵²⁵

Као и повећање капитала, и смањење капитала би требало да се врши *pro-rata*, односно пропорционално учешћу јавног и приватног субјекта у капиталу друштва. У вези са смањењем капитала, у пракси се најчешће отвара следећи проблем – будући да је приватном субјекту лакше да прибави слободна финансијска средства, приватни субјект је најчешће онај ко обезбеђује новчани улог у друштво, док јавни субјект најчешће уноси неновчани улог, садржан у стварима односно правима. Понекад је јавни субјект унео у заједничко привредно друштво ствар која представља функционални део система, те смањење капитала није могуће извршити на начин како се то чини кад је капитал исказан само као новчани капитал. Иако је и овај проблем могуће превазићи, смањење капитала заједничког привредног друштва може да буде веома опасна одлука која, у случају када је обезбеђено пројектно финансирање, потенцијално угрожава права финансијера пројекта, будући да директно утиче на вредност њиховог обезбеђења, на пример, у случају залог над уделима у друштву. Стога, задржавање права на доношење одлуке о смањењу капитала представља још један инструмент контроле над реализацијом пројекта;

(е) *доношење одлуке о промени регистроване делатности друштва*. Ова одлука је од значаја за заједничко привредно друштво, будући да је у директној повезаности са обављањем делатности, али и остваривањем прихода друштва. Имајући у виду да је у случају оваквих модела сарадње јавног и приватног субјекта реч о обављању делатности од општег интереса, које је условљено поседовањем одговарајуће дозволе за рад, односно лиценце која се издаје за тачно одређену врсту делатности, промена регистроване делатности може да има далекосежне последице на пројекат, у том смислу што може да доведе до престанка важења лиценци за обављање одређених делатности, раскида уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса и ситуације да кад је објекат, постројење, односно систем већ изграђен и пројекат треба да уђе у фазу оперативног управљања заједничко привредно друштво, услед губитка лиценце, потенцијално буде онемогућено да приходује, те, следствено томе, да исплати задужење по основу пројектног финансирања. Овим се директно угрожавају интереси финансијера пројекта, али и јавног и приватног субјекта, који приход од дивиденде остварују најчешће тек након пуног намирања финансијера пројекта;

(ж) *доношење одлуке о цени услуге од општег интереса*. Како након изградње објекта, постројења, односно система, започиње фаза комерцијалног управљања пројектом, то је цена услуге од општег интереса која, најчешће, представља једини приход заједничког

⁵²⁵ Поступак смањења капитала спроводи се у складу са строгим правилима и у транспарентном поступку којим се обезбеђује пуна заштита права поверилаца који не смеју бити оштећени у овом поступку.

привредног друштва, одлучујући фактор који дефинише и одређује успех пројекта, али опредељује и рентабилност пројекта за јавног и приватног субјекта. Како се приход од обављања делатности од општег интереса најчешће остварује једино из цене која се плаћа за пружене услуге, након одбитка трошкова текућег одржавања, исплаћују се обавезе према финансијерима пројекта по основу задужења заједничког привредног друштва, а оно што преостане треба да оправда учешће у пројекту, како за јавног, тако и за приватног субјекта, будући да исплата дивиденде треба, не само да покрије трошак улагања у капитал заједничког привредног друштва, већ и да створи додатну вредност, која означава „зараду“ јавног и приватног субјекта од учешћа у конкретном пројекту.

Иако би цена услуге од општег интереса требало да буде заснована на тржишним принципима, и то најчешће и јесте правило у обављању делатности које не носе прерогатив делатности од „општег интереса“, обављање делатности од општег интереса често није засновано на тржишним принципима.⁵²⁶ Будући да заједничко привредно друштво не представља јавно предузеће, нити је замишљено да функционише по принципима по којима делатност обављају јавна предузећа, цена услуге од општег интереса треба да буде обрачуната на начин који неће погодovati куповини социјалног мира већ ће се, што је могуће више, приближити тржишним принципима. На ово ће посебну пажњу обратити финансијери пројекта, будући да ће њима бити неприхватљиво да интерес јавног субјекта, усмерен ка другим циљевима, поремети равнотежу учесника у пројекту и утиче на рентабилност пројекта као таквог, а пре свега на извесност финансијера пројекта, да у целости поврате сва уложена средства, и да на пласману тих средстава додатно зараде.

У погледу начина одређивања цене услуга од општег интереса, значајно је напоменути да је могуће да цену одреди: (а) само јавни субјект, кроз прописивање тарифе, или (б) заједничко привредно друштво, у ком случају обезбеђивање једнаког права гласа у вези са овим питањем добија додатни значај, јер директно утиче на приход јавног и приватног субјекта од пројекта;

(з) *доношење одлуке о расподели добити.*⁵²⁷ Иако је интерес јавног и приватног субјекта да, што је могуће пре, дакле, чим заједничко привредно друштво започне са обављањем делатности, започне исплата дивиденди, након плаћања оперативних трошкова заједничког привредног друштва, односно, исплате доспелих ануитета финансијерима пројекта, у појединим случајевима је интерес заједничког привредног друштва да формира резерве и не започне одмах са исплатом дивиденди. Понекад ће, у раној фази комерцијалног управљања пројектом бити нужно да заједничко привредно друштво предузме и неке друге

⁵²⁶ У пракси се много пута догодило, посебно у случају јавних предузећа, да држава дамpingује цене и тиме, правдајући се разлозима социјалне политике и куповине социјалног мира, девастира своја јавна предузећа.

⁵²⁷ ЗПД, чл. 200, ст. 1, тач. 6 и чл. 329, ст. 1, тач. 7.

активности у циљу обезбеђивања конкурентнијих услова у вези са пружањем услуга од општег интереса, за шта је неопходно да се оставе слободна средства.

За разлику од приватног субјекта који има ширу перспективу пројекта, јавни субјект може, из разлога сопствених финансијских ограничења, да буде заинтересован за што је брже могуће остваривање прихода од капитала, те је у оваквим случајевима важно због дугорочног успеха читавог пројекта обезбедити једногласно доношење и ове одлуке.

Финансијери пројекта, такође, неће радо гледати на тренутак отпочињања исплате дивиденди, како ово не би угрозило пројекат, и најчешће ће захтевати од заједничког привредног друштва да тренутак отплате дивиденде одгоди до тренутка потпуног или претежног измирења обавеза друштва по основу пројектног финансирања;

(и) *доношење одлуке о промени правног облика заједничког привредног друштва, статусним променама и престанку заједничког привредног друштва.*⁵²⁸ Ова одлука по својим ефектима може да има одлучујући утицај на пројекат, али много више са становишта финансијера пројекта, него из позиције чланова/акционара друштва, осим уколико је реч о добровољном престанку заједничког друштва вољом његових оснивача, што се повезује и са горе поменутом одлуком о напуштању пројекта.

Промена правног облика заједничког друштва сматра се најбенигнијом од свих промена, али може да буде, и најчешће јесте неприхватљива финансијерима пројекта, будући да је повезана са престанком установљених средстава обезбеђења и установљавањем нових.⁵²⁹

Статусна промена може да има значајне последице по пројекат, са становишта обављања делатности, преноса имовине са једног на други привредни субјект и израде деобних биланса, као и са становишта поделе одговорности за обавезе у складу са деобом имовине. У случају пројеката у којима објекат, постројење, односно систем, посредством кога се пружа услуга од општег интереса, представља јединствену техничко-технолошку целину, могући су практично случајеви вертикалног спајања (енг. *up-stream* и *down-stream merger*), али су по сам пројекат опасније статусне промене на хоризонталном нивоу, кад од заједничког привредног друштва практично настаје више друштава. Ово је посебно опасно у оним случајевима кад на једно привредно друштво може да буде пренета искључиво делатност управљања објектом, постројењем, односно системом, што практично значи да ће то друштво, које је настало тек након окончања изградње објекта, постројења, односно система, остваривати највећи приход – приход од обављања делатности, при чему га неће

⁵²⁸ *Ibid.*, чл. 200, ст. 1, тач. 22 и чл. 329, ст. 1, тач. 5.

⁵²⁹ У случају претварања друштва са ограниченом одговорношћу у акционарско друштво, оваква промена узроковала би престанак залогe над уделима и установљавање залогe над акцијама, која средства обезбеђења се најчешће уписују, што је случај и у домаћој пракси, у различите регистре и потенцијално би могле да угрозе право финансијера пројекта на одвојено намирење.

теретити никакве обавезе (осим у случају преноса и имовине посредством које се обавља делатност), док ће друштво које је учествовало у изградњи објекта, постројења, односно система, и на коме су дугогодишње обавезе, практично бити ускраћено за очекивани приход од обављања делатности тј. пружања услуга од општег интереса, чији приход треба да служи извршењу обавеза по основу задужења за финансирање. У вези са овом одлуком, интереси јавног и приватног субјекта могу да буду супротстављени, међутим, доношењу оваквих одлука се најчешће супротстављају и финансијери пројекта који, или забрањују доношење оваквих одлука или их условљавају својом претходном сагласношћу, најчешће уз захтев за установљивање солидарне одговорности према њима свих субјеката насталих статусном променом.

Добровољни престанак друштва практично води у ликвидацију односно престанак друштва, и у том смислу је веома важно да јавни и приватни субјект имају заједничко виђење кад оваква одлука треба да се донесе, ко ће бити именован за ликвидационог управника, и коначно, каква ће бити одлука о расподели ликвидационог вишка. У случају да пројекат доживи пун век трајања, јавни и приватни субјект имају заједнички интерес да се друштво ликвидира, јер је оно остварило своју сврху оснивања. Међутим, у случају кад интереси јавног и приватног субјекта јесу супротстављени у погледу трајања заједничког друштва, веома је важно обезбедити једнаку контролу над поступком добровољног престанка друштва. Јавни субјект који жели да преузме објекат, постројење, односно систем, има интерес да након истека века пројекта то учини што је могуће пре, док приватни учесник у пројекту може да има интерес да се заједничко привредно друштво не ликвидира у том, већ у неком одгођеном временском моменту, у циљу генерисања већег прихода кроз дивиденду која му се исплаћује на дужи рок. Трајање заједничког привредног друштва је највећа брига финансијера пројекта, који ће настојати да и овај процес држе под контролом, било кроз установљивање механизма који јавном и приватном субјекту забрањује доношење такве одлуке до истека пуног века трајања пројекта или барем до пуне исплате задужења заједничког привредног друштва по основу пројектног финансирања, односно условиће доношење такве одлуке својом претходном сагласношћу;

(ј) *доношење одлуке о стицању, односно располагању имовине одређене вредности, закључивање уговора о кредиту, одобравање појединачног стицања имовине изнад одређене вредности, давање било каквог зајма у висини изнад одређене вредности и др.*⁵³⁰ Ове одлуке су, у својој бити, одлуке које значајно утичу, или могу да утичу, на имовину заједничког привредног друштва, те је оправдано да се за њихово доношење захтева сагласност и јавног и приватног субјекта.

⁵³⁰ ЗПД, чл. 200, ст. 1, тач. 24 и чл. 329, ст. 1, тач. 6.

Партнери у пројекту најчешће немају различита виђења у погледу доношења ових одлука, јер закључење одређених уговора практично произлази из пословног плана и буџета заједничког привредног друштва, те одобравање ових уговора суштински представља корак даље у споровођењу пословног плана и буџета, али и још један ниво контроле утрошка средстава заједничког привредног друштва, његовог задужења, односно стицања, односно располагања имовином овог друштва. Однос јавног и приватног субјекта у заједничком привредном друштву, како је то већ помињано, треба да буде однос поверења, а не првенствено међусобне контроле, те је у том смислу од пресудног значаја који финансијски праг је прописан за одлучивање о овим пословима на нивоу органа друштва. Спровођење пројекта може да захтева већи ангажман учесника у пројекту у вези са предузимањем бројних радњи и активности, те је, стога, препоручљиво да финансијски прагови буду постављени тако да они одражавају рационалан однос партнера у послу у односу на средства која се троше, односно имовину којом се располаже. Истовремено, прагови треба да буду постављени тако да не стварају непотребно оптерећивање скупштине доношењем одлука о великом броју уговора, осим ако је, из неких разлога, посебно оправдано да се поставе релативно ниски финансијски прагови, који захтевају уговорено одлучивање о тим уговорима на скупштини заједничког привредног друштва;

(к) *доношење одлуке о изменама и допунама оснивачког акта и/или статута друштва.*⁵³¹ Ова одлука је од значаја будући да директно дира у корпоративно-уговорни однос јавног и приватног субјекта. Оснивачки акт је, у случају оснивања заједничког привредног друштва, по својој природи уговор, а све измене уговора се, по правилу, врше у истом поступку и на исти начин на који је уговор изворно и закључен, дакле захтевајући сагласност обеју уговорних страна. У случају привредних друштава која имају правну форму која, по закону, захтева и усвајање статута, у таквим привредним друштвима, статут представља општи акт друштва који има највећи значај и правну снагу, те се исти принцип одлучивања примењује и на доношење одлуке о изменама и допунама статута;

(л) *доношење одлуке о улажењу у уговорне облике сарадње са другим субјектима који имају обележја партнерства или којима се трећим лицима даје право на учешће у добити заједничког привредног друштва, односно право на накнаду из добити заједничког привредног друштва.* Ова одлука је значајна будући да представља могућност да се у пројекат који се заснива често на ексклузивном односу између јавног и приватног субјекта и односу *intuitu personae*, уведе треће лице, које из овог односа црпе одређена права, пре свега она имовинске природе, која у складу са општим правилима корпоративног права припадају члановима друштва/акционарима и веома ограниченом броју лица (чланови управе,

⁵³¹ *Ibid.*, чл. 200, ст. 1, тач. 1 и чл. 329, ст. 1, тач. 1.

запослени и слично), у односу на која друштво може да чини одговарајућа давања у контролисаном поступку, и уз пуно уважавање и заштиту интереса поверилаца.

Јавни субјект је посебно осетљив на посредно увођење трећег лица у његов однос са приватним субјектом из више разлога. Оваква врста договора је противна начелу конкурентности, коме се тежи у оваквим врстама пројеката, а учешће трећег лица у остваривању права на накнаду из добити заједничког привредног друштва директно утиче да износ добити који ће бити исплаћен члановима/акционарима заједничког привредног друштва.

За приватног субјекта овакав однос може да буде проблематичан и из разлога што је спровођење великих инвестиционих пројеката, посебно у одређеним индустријама, повезано са применом посебних технологија и експертских знања, које приватни субјект не жели да дели ни са ким другим, осим са јавним субјектом са којим сарађује у реализацији истог, а и у односу на кога своје технологије и знања штити деликатним уговорима о чувању поверљивих података.

Додатно, овакви уговори могу да буду проблематични и за финансијере пројекта, будући да закључење оваквих уговора представља извор „испумпавања“ средстава из друштва, што посебно може да буде проблематично ако се овакви уговори закључују након изградње објекта, постројења, односно система, дакле у фази оперативног управљања пројектом, односно у фази комерцијалног коришћења објекта, постројења, односно система за потребе пружања услуга од општег интереса, кад се могу класификовати и као оперативни трошкови пословања, који се уз плаћање финансијерима пројекта, приоритетно намирују из прихода остварених пружањем делатности од општег интереса, умањујући укупан приход заједничког привредног друштва;

(љ) *пренос удела у заједничком привредном друштву*.⁵³² Ова врста одлуке најчешће је повезана са уговарањем права прече куповине у корист друштва, у законодавствима која ово право признају, најпре самом друштву, а тек уколико се друштво одрекне овог права или га не искористи у законом уређеном поступку, удео се у складу са правом прече куповине нуди другом члану/акционару друштва. Ова одлука је потпуно у духу односа јавног и приватног субјекта, будући да онемогућава да на место било јавног или приватног субјекта ступи друго лице.

Заједничко привредно друштво може сопствени удео на основу одлуке скупштине пренети другом члану друштва уз накнаду или га може поништити, у ком случају се спроводи поступак смањења капитала. Будући да заједничко привредно друштво чине по правилу јавни и приватни субјект, заједничко привредно друштво не може вршити

⁵³² *Ibid.*, чл. 200, ст. 1, тач. 21.

расподелу удела другим члановима/акционарима друштва, како је то уобичајено код привредних друштава са више од два члана. Имајући у виду природу односа уговорних страна – однос *intuitu personae* – и поступак одабира приватног субјекта у јавном, конкурентном и транспарентном поступку, пренос удела се не може извршити на заинтересовано треће лице, што је уобичајено у другим моделима пословања који не укључују елементе, предуслове и поступак на којима се заснива сарадња јавног и приватног субјекта. У циљу очувања односа између јавног и приватног субјекта, у пројектима на којима се заснива оваква сарадња јавног и приватног субјекта, уговорне стране се најчешће уговорно међусобно одричу права прече куповине, односно ово право допуштају једно у односу на повезана лица, о чему ће више речи бити даље у тексту;

(м) *одобрење установљавања залоге над уделом, односно акцијама у заједничком привредном друштву*. По својим правним последицама установљење залоге је слично располагању уделом, будући да крајња последица залагања удела може да буде управо промена члана/акционара друштва. Имајући у виду природу односа јавног и приватног субјекта – однос *intuitu personae* – и, као што је то горе описано, поступак одабира приватног субјекта, свака промена партнера у реализацији одређеног пројекта практично би водила измени пројекта или чак и његовом напуштању. Отуда доношење овакве одлуке једногласно представља још једну формално-правну брану променама чланова/акционара друштва.

Корпоративна структура заједничког привредног друштва

У зависности од правне форме друштва⁵³³ корпоративна структура може да буде различито постављена – тако да друштво има директора (једног или више, односно одбор директора) и надзорни одбор.

Јавни и приватни субјект, у циљу обезбеђивања паритета у односима посматрано и кроз корпоративну структуру друштва, најчешће се опредељују за колективне органе друштва – дакле за два директора, одбор директора, односно за надзорни одбор. У случају кад заједничко привредно друштво има два директора, а управљање друштвом је једнодомно, директоре заједничког привредног друштва именује скупштина друштва,⁵³⁴ и то

⁵³³ Према изворима у литератури, заједничко привредно друштво увек се оснива као друштво капитала – дакле као друштво са ограниченом одговорношћу или као акционарско друштво, односно као одговарајућа форма друштва капитала како је познају други правни системи – вид. D. Jurić, 300. Кад је реч о одабиру између поменуте две форме правног лица, заједничко привредно друштво се, у пракси, најчешће оснива као друштво са ограниченом одговорношћу будући да је поступак оснивања овог друштва значајно лакши, бржи и једноставнији од поступка за оснивање акционарског друштва. Додатно, како је акционарско друштво предмет учесталијег извештавања, то је додатни разлог зашто се заједничко привредно друштво не оптерећује додатним захтевима, већ му се омогућава да, у складу са договором јавног и приватног субјекта, буде, у што је могуће већој мери, посвећено реализацији пројекта, а мање ангажовано око регулаторних захтева које не повлачи са собом друга правна форма заједничког привредног друштва.

⁵³⁴ ЗПД, чл. 200, ст. 1, тач. 3 и чл. 329, ст. 1, тач. 11.

на начин да по једног кандидата за директоре друштва предлажу јавни, односно приватни субјект. У овим случајевима, основни/генерални уговор јавног и приватног субјекта, на основу кога, односно у вези са чијем спровођењем се и оснива заједничко привредно друштво, обавезно прописује да ће јавни, односно приватни субјект обавезно подржати предлог другог предлагача, под условом да кандидат испуњава формалне услове за избор, односно да на страни кандидата који предложи друга уговорна страна, не постоје сметње за именовање.

Услови који могу да буду прописани за директора друштва су најчешће регулаторни, односно формални услови, а поред ових услова и сами чланови/акционари заједничког привредног друштва могу предвидети посебне услове. Услови које директор друштва мора да испуни да би могао да буде именован на ову функцију могу бити општи услови и посебни услови. Општи услови су они услови који су прописани законом који уређује привредна друштва. У складу са Законом о привредним друштвима Републике Србије,⁵³⁵ услови за именовање директора друштва су негативно одређени, односно Законом је одређено које лице не може бити именовано за директора друштва и то: (а) лице које је директор или члан надзорног одбора у више од пет друштава, (б) лице које је осуђено за кривично дело против привреде, током периода од пет година рачунајући од дана правноснажности пресуде, при чему у овај период није урачунато време проведено на издржавању затворске казне, и (в) лице коме је изречена мера безбедности забране обављања делатности која представља претежну делатност друштва, за све време док траје изречена забрана. У зависности од одређене индустрије, поред ових услова, у односу на директоре друштва могу да постоје и неки посебни услови, најчешће у директној вези са стручном спремом лица које би обављало после директора и одређеним искуством, који су прописани законом односно другим регулаторним актом ниже правне снаге.⁵³⁶

⁵³⁵ *Ibid.*, чл. 382.

⁵³⁶ Чл. 132 Закона о здравственој заштити – 333, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 72/2009 – др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 – др. закон и 93/2014, прописује да за директора здравствене установе може да буде именовано лице које: (а) има високу школску спрему здравствене струке или високу школску спрему друге струке, са завршеном едукацијом из области здравственог менаџмента, (б) има најмање пет година радног стажа у области здравствене заштите, (в) испуњава друге услове предвиђене статутом здравствене установе. Поменути закон додатно прописује да, ако за директора здравствене установе није именовано лице са високом школском спремом здравствене струке, већ лице са завршеном високом школском спремом друге струке, заменик или помоћник директора за здравствену делатност мора да буде лице са високом школском спремом здравствене струке. Овим је обезбеђена могућност да здравствена установа може да има и директора и заменика директора, од којих макар један мора да испуњава услове прописане законом; Такође, посебни услови у погледу руковођења прописани су и за енергетске делатности, при чему се у иницијалној фази пројекта, непосредно приликом добијања енергетске лиценце најчешће функција техничког руковођења пројектом поверава лицу које је директор друштва, мада ово не мора нужно бити случај, али због оптимизације трошкова, посебно у иницијалној фази пројекта, ово је најчешћи случај. За више информација у погледу услова за обављање енергетских делатности погледати Правилник о ближим условима и садржини захтева за издавање, измену и одузимање лиценце за обављање енергетских делатности и о начину вођења регистра издатих и одузетих лиценци, *Службени гласник РС*, бр. 31/13.

Осим тога што уговор јавног и приватног субјекта најчешће предвиђа два директора, он додатно уређује и начин њиховог поступања, и то тако што ради обезбеђивања ефикасности пословања друштва, сваком директору даје право да самостално води послове у складу са законом, с тим да ово не може чинити ако се томе супротставља други директор друштва, у ком случају је дужан да од скупштине друштва захтева потребне инструкције за поступање.

Кад друштво има два директора, чланови/акционари друштва настоје да и кроз начин заступања друштва⁵³⁷ обезбеде паритет, те су у овом смислу могуће следеће опције: (а) колективни потпис оба директора за доношење сваке одлуке из надлежности директора. Овакав начин заступања друштва обезбеђује пун паритет, али може значајно да кочи пословање друштва, посебно у случају кад је директор кога именује приватни субјект странац који нема стални боравак у држави седишта заједничког привредног друштва у којој се реализује уговор, односно пројекат; (б) самосталан потпис оба директора за правне послове до одређене, најчешће ниже вредности, а изнад одређене вредности, самосталан потпис једног директора искључиво уз претходну сагласност скупштине (код које се захтева позитиван глас оба члана/акционара друштва) или колективан потпис оба директора уз претходну сагласност скупштине. Овај модел обезбеђује већу флексибилност у односу на први модел, али понекад само привидну, будући да добијање претходног одобрења скупштине друштва може да пролонгира предузимање одређеног правног посла или радње за период од три недеље или дужи, а у случају кад се захтева колективни потпис оба директора практично се своди на ограничење приказано под горњом тачком (а).

Заступање заједничког привредног друштва додатно може уговорно да се искомпликује онда кад јавни и приватни субјект, осим законских заступника уреде постојање и других тзв. статутарних заступника, а посебно онда кад и у односу на статутарне заступнике обезбеде паритет, као и у односу на директоре. Из праксе је познато, мада се то коси са логиком именовања статутарних заступника, да и за статутарног заступника приватни субјект такође именује странца, и, у том случају, за заступање друштва од стране директора именованог на предлог јавног субјекта захтева колективни потпис од стране другог директора именованог на предлог приватног субјекта, или потпис статутарног заступника именованог на предлог приватног субјекта.

У случају кад заједничко привредно друштво има два директора, веома је важно уредити и њихове друге надлежности, мимо самог заступања. У пракси се ово веома ретко чини, што ствара касније проблеме у вези са поделом надлежности између директора и њихове одговорности за пословођење друштвом. Сваки од директора друштва морао би да

⁵³⁷ ЗПД, чл. 224.

има јасно одређен мандат у погледу пословођења друштвом, а у оваквим уговорима препоручљиво је дефинисати и модус међусобне сарадње директора друштва у пословођењу.

Надзор над пословањем друштва, у складу са прописима државе седишта пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва и уговором о оснивању заједничког привредног друштва, врши надзорни одбор.⁵³⁸ Надзорни одбор је колективни орган чије су надлежности уређене законом, односно интерним актима конкретног друштва, те овај документ неће улазити у дубљу анализу надлежности овог органа, већ пре свега начина обезбеђивања сарадње јавног и приватног учесника субјекта у овом органу. Будући да је колективно тело, надзорни орган увек има неколико чланова, чији се број уређује у складу са прописима државе седишта конкретног привредног друштва. У пракси, број чланова надзорног одбора је, по правилу непаран, а оваква пракса се најчешће пресликава и у уговорима јавног и приватног субјекта, односно у уговору о оснивању заједничког привредног друштва, који се закључује на основу основног/генералног уговора о сарадњи.

Однос броја чланова надзорног одбора у овом органу, по правилу, одговара процентуалном учешћу јавног, односно приватног субјекта у капиталу заједничког привредног друштва. У случају да је однос власничког учешћа јавног и приватног субјекта у капиталу заједничког привредног друштва једнак, тада се паритет јавног и приватног субјекта и рад овог органа може обезбедити на друге начине, као на пример: (а) захтевом да кворум за рад и за гласање у надзорном одбору одговара паритету јавног и приватног субјекта у капиталу друштва – на пример, надзорни одбор може имати пет чланова, од чега кворум за одржавање седнице надзорног одбора и за одлучивање о питањима из надлежности надзорног одбора чини четири члана, од чега мора бити обезбеђено присуство по два члана испред јавног, односно приватног субјекта, (б) у случају да један члан/акционар друштва има једног представника више у надзорном одбору, ради обезбеђивања паритета у односу јавног и приватног субјекта може се уговорити да председника надзорног одбора увек даје онај члан друштва/акционар на чији предлог је именован мањи број чланова надзорног одбора; (в) одлуке надзорног одбора се доносе већином гласова, при чему се уговарају и други механизми којима се обезбеђује практично једногласност у доношењу одлука.

Будући да надзорни одбор и сам има значајна овлашћења у складу са законом, те је благовремено и несметано доношење одлука овог органа од значаја за пословање друштва, а посебно имајући у виду околност да је у великом броју јурисдикција надзорни одбор орган који заказује седницу скупштине друштва на којој се доносе најважније одлуке за пословање

⁵³⁸ *Ibid.*, чл. 232 и чл. 441.

друштва, јавни и приватни субјект се уговором међусобно обавезују да ће обезбедити несметано функционисање овог органа, које може да се рефлектује и на могућност одржавања других органа друштва (скупштине друштва), те да ће у случају наступања разлога за престанак персоналног чланства одређеног лица у овом органу, без одлагања обезбедити именовање новог члана, односно кооптацију члана, како би се обезбедило несметано функционисање друштва и других органа заједничког привредног друштва, на које овај орган може да има утицаја.

*Блокада у одлучивању*⁵³⁹

Будући да су уговори јавног и приватног субјекта, по правилу, конципирани на принципу паритета у односу јавног и приватног субјекта, који рефлектује њихов однос партнера у дугорочном односу, њихова евентуална несагласност у вези ма ког питања о којем треба да доносе одлуке у циљу реализације пројекта, не сме да онемогућава, успорава или на било који начин ремети даљу реализацију пројекта.

Интерес пројекта, по правилу, издваја се у односу на интерес појединачних партнера у реализацији пројекта, те тако и уговори јавног и приватног субјекта садрже одредбе о начину превазилажења евентуалних несагласности јавног и приватног субјекта. Колики је значај одредби о решавању блокаде у одлучивању у заједничком привредном друштву (енг. *deadlock*) говоре примери из праксе закључивања ових уговора који, без изузетка, садрже одредбу која прописује да ће уговорне стране предузети све што је у њиховој моћи, како би евентуална неслагања решили споразумно, економично и промтно, на начин да својим поступањем или пропуштањем поступања не блокирају или, на било који други начин, угрозе рад органа заједничког привредног друштва.⁵⁴⁰ Оваква одредба, која указује на јасну намеру и опредељеност уговорних страна ка споразумном решавању несагласности и спорова, најчешће је додатно ојачана одредбом којом се уговорне стране обавезују на предузимање заједничких напора у циљу превазилажења несагласности, најпре удруженим напорима, а ако такви напори не резултирају омогућавањем несметаног функционисања друштва, тада се решавање блокаде поверава трећим лицима која споразумно одреде уговорне стране, најчешће у самом уговору.

Уговори јавног и приватног субјекта, у зависности од корпоративне структуре заједничког привредног друштва, најчешће таксативно наводе случајеве кад ће се сматрати

⁵³⁹ Вид. *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector*, 57-58.

⁵⁴⁰ The Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, „The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholders Agreement Provisions“, *Business Lawyer* 4/2010, 1188; Frederic Marty, Arnaud Voisin, „Partnership contracts, project finance and information asymmetries: from competition for the contract to competition within the contract“, *OFCE - Observatoire Français des Conjonctures Économiques* 2008-06, 6.

да је наступила блокада у одлучивању. Невезано од конкретне корпоративне структуре у конкретном пројекту, уобичајено ће се сматрати да је блокада у одлучивању наступила у следећим случајевима: (а) чланови/акционари друштва на седници скупштине друштва не могу да усвоје одлуку чије доношење захтева једногласност у одлучивању, (б) чланови одбора директора или надзорног одбора друштва не могу да усвоје одлуку чије доношење захтева једногласност у одлучивању, (в) седница скупштине друштва, односно седница надзорног одбора није могла да се одржи услед недостатка кворума, у два или више узастопних покушаја одржавања седнице, (г) директори друштва који имају заједнички потпис одбијају да обезбеде овакав начин заступања, онемогућавајући на тај начин извршење одлука скупштине друштва.⁵⁴¹

Како наступање било ког од горе наведених сценарија потенцијално прети доношењу штете заједничком привредном друштву, решавање проблема блокаде у одлучивању, а последично и блокаде у функционисању друштва, најчешће започиње уговором регулисаним достављањем обавештења о наступању блокаде. Наиме, у случају наступања било ког од горе наведених случајева, било који члан/акционар друштва је овлашћен да, одмах након наступања неког од горе наведених случајева, достави обавештење другом члану/акционару друштва наводећи да је, по његовом мишљењу, наступила блокада и наводећи разлоге који су довели до наступања блокаде. У пракси се као најделотворнији и најефикаснији начин превазилажења блокаде истакао случај изношења проблема блокаде на даље решавање највишем руководству чланова/акционара друштва – односно генералном директору, председнику извршног одбора, односно другом репрезенту који означава законског заступника чланова/акционара заједничког привредног друштва. Ова лица су уговором обавезана да се састану у примереном року, прописаном уговором јавног и приватног субјекта, како би у доброј вери, максималној посвећености пројекту и његовом одржању, преговарала о превазилажењу блокаде и наставку нормалног функционисања друштва.

⁵⁴¹ Случај кад друштво има два директора који имају заједнички потпис и који одбијају да обезбеде овакав начин заступања, онемогућавајући на тај начин извршење одлука скупштине друштва, представља гранични случај блокаде будући да се у том случају практично не ради о блокади у доношењу одлука, већ о блокади у функционисању и оперативном деловању друштва кад је одлука већ донета на вишем нивоу – скупштини друштва, а коју директори друштва само треба да спроведу. Овај случај се, дакле, наводи као гранични случај будући да се, за разлику од осталих горе наведених случајева блокаде у раду друштва, овај случај потенцијално може превазићи разрешењем директора и именовањем нових директора који ће обезбедити нормално функционисање друштва. Иако решење ове блокаде, наизглед, делује једноставније и у пракси решивије од других случајева блокаде, аутор је мишљења да се и овај случај обавезно мора подвести под категоризацију блокаде функционисања друштва будући да је одбијање спровођења одлука скупштине ретко чин личног деловања појединца, већ, најчешће, презентовање става члана/акционара друштва, на чији предлог је одређени директор и именован за директора друштва. Додатно, овај случај додатно добија на комплексности у ситуацији кад је одлука чије се извршење одбија одлука за коју се није захтевала једногласност у доношењу, већ одлука која се могла донети простом или каквом другом већином – односно коју је самостално могао донети један члан/акционар друштва, те се ова блокада у функционисању друштва по својим практичним последицама изједначаје са основним случајевима блокаде органа друштва у којима се у вези са одлукама у односу на које је наступила блокада захтева једногласност у доношењу.

У случају кад је наступање блокаде настало као поседица размимоилажења позиција и становишта чланова/акционара друштва услед одређених техничких, стручних, односно експертских питања, законски заступници чланова/акционара друштва су овлашћени да ангажују признате стручњаке како би се приближиле позиције чланова/акционара друштва, и блокада разрешила на обострано задовољство чланова/акционара друштва.

У случају да овакав начин решавања блокаде да резултате, чланови/акционари друштва су даље својим уговором међусобно обавезани да ће обезбедити да њихови представници у корпоративним органима друштва изгласају потребне одлуке на начин на који су блокаду споразумно решили законски заступници чланова/акционара друштва.

Значајан број уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта садржи одредбу о оваквом, назваћемо га на овом месту, *једноступеном* решавању блокаде. Овај начин решавања блокаде показао се делотворним у пројектима у којима позиције чланова/акционара друштва нису значајно удаљене, и у којима од самог почетка сарадње постоји завидан степен једнаке усредсређености на циљ, истих или сличних мотива за улазак у сарадњу и довољна доза флексибилности да се позиције приближе у интересу опстанка пројекта.

Нису ни сви пројекти, нажалост, такви, нити су позиције чланова/акционара друштва увек приближно уравнотежене и блиске. Из овога разлога, један део уговора између јавног и приватног субјекта, предвиђа и додатни, назваћемо га на овом месту, *двоступени* модел решавања блокаде, коме се прибегава у случају кад законски заступници чланова/акционара друштва нису успели да у одређеном, уговором прецизираном року, споразумно договоре превазилажење блокаде. Тада на сцену, у складу са овим двоступеним моделом решавања блокаде, ступа независни стручњак коме би требало да буде поверено решавање блокаде, чији ће предлог чланови/акционари друштва, односно чланови одбора директора, односно надзорног одбора безусловно прихватити, и наставити са даљим активностима у друштву.

И само именовање независног стручњака може, међутим, да буде предмет неслагања између чланова/акционара друштва, те стога основни/генерални уговор јавног и приватног субјекта, често даље разрађује наредне кораке у превазилажењу блокаде. Тако, ако се чланови/акционари друштва не могу споразумети око избора независног стручњака, тада се уговором предвиђа ком стручњаку (у зависности од природе проблема који је изазвао блокаду у одлучивању, односно у функционисању у друштву) ће бити поверено решавање блокаде, и такав стручњак се наводи у самом уговору. Међутим, како блокада остаје нерешена у случају да уговором предвиђени стручњак није у могућности да реши блокаду, или из било ког разлога одбије именовање, уговор јавног и приватног субјекта, даље, може предвидети да ће, у случају наступања овакве околности, проблем бити изнет пред одређени

орган у одређеној држави неутралне јурисдикције,⁵⁴² који ће именовати стручњака, а чланови/акционари друштва се обавезују да ће препорука коју буде дао на овај начин именовани стручњак, бити обавезујућа за чланове/акционаре друштва.

У циљу ограничења наступања штете по пројекат, уговор јавног и приватног субјекта најчешће садржи и одредбу да у случају наступања блокаде у одлучивању, односно у функционисању друштва, чланови/акционари друштва су дужни да обезбеде: (а) да се уздрже од предузимања било каквих мера, радњи, односно активности у вези са спорном одлуком, односно спорним поступањем, односно непоступањем, (б) да наступање блокаде, у мери у којој је то могуће, не утиче негативно на управљање и функционисање друштва, и в) да пословање друштва, односно његови финансијски извештаји буду у свему у складу са важећим прописима, те да се, ако је то могуће у околностима конкретног случаја, повећа профитабилност заједничког привредног друштва.

Уколико се проблем блокаде у одлучивању не реши на уговором предвиђене начине, односно уколико се чланови/акционари друштва оглуше у односу на своје уговором преузете обавезе на поступање, у складу са неким од горе наведених могућих начина превазилажења блокаде, уговор мора да иде и корак даље, и да предвиди решење и за случајеве када је, услед значајно удаљених позиција уговорних страна, судбина пројекта доведена у питање. У таквим случајевима, уговори између јавног и приватног субјекта, најчешће, садрже одредбе о напуштању пројекта и ликвидацији заједничког привредног друштва, или одредбе о неком од облика тзв. *излазних стратегија*, које могу да обухватају, као што ће то касније бити детаљније приказано, одређене механизме откупа удела/акција једног члана/акционара од стране другог члана/акционара друштва.

У пракси се могу, међутим, срести и уговори који не уређују питање превазилажења блокаде у раду органа друштва, односно блокаде у функционисању друштва. Овакви уговори су потенцијално веома опасни из више разлога: (а) наступање блокаде у одлучивању, односно функционисању друштва, већ само по себи, наноси штету друштву, (б) недостатак одредаба о решавању блокаде намеће сценарио у коме, кад проблем већ настане, треба договорити његово превазилажење, што се догађа у ситуацији кад су позиције чланова/акционара друштва већ довољно удаљене, а некада и драматично заоштрене, што значајно умањује могућност, односно извесност постизања договора, (в) само преговарање о модалитетима превазилажења блокаде је дуготрајно, исцрпљујуће и вишеструко штетно по заједничко привредно друштво. Отуда, јавни и приватни субјект треба да настоје да свако питање које, у перспективи њиховог дугорочног односа, може да се искомпликује на начин који може да утиче на реализацију пројекта, буде уговором регулисано у смислу предвиђања

⁵⁴² Најчешће се проблем износи пред одговарајућа стручна удружења, коморе, односно асоцијације које су независне у раду, познате и признате у међународним стручним круговима и у широј јавности.

одређених модалитета и начина за превазилажење одређеног проблема, уз дефинисање, у мери у којој је то могуће, алтернативних приступа у односу на које се уговорне стране обавезују да ће их се придржавати.

Право прече куповине – могућност или не?

У вези са горе поменути одлукама које се доносе на скупштини заједничког привредног друштва, а које могу да имају утицаја на промену члана/акционара друштва, као посебно важно питање у вези са регулисањем односа јавног и приватног субјекта истиче се и питање права прече куповине⁵⁴³ које се овде одвојено приказује.

Као основна питања у вези са правом прече куповине намећу се три питања: (а) да ли је право прече куповине уопште дозвољено, односно да ли је апсолутно искључено, (б) да ли право прече куповине може да користи и приватни и јавни субјект, као и (в) која је уобичајена процедура у којој се реализује право прече куповине.

У погледу начина уређења права прече куповине, у уговорима између јавног и приватног субјекта могуће су, и сусрећу се различите опције, али све оне, суштински, воде ка одговарајућем ограничењу овог права, у духу природе ових пројеката и улоге јавног, односно приватног субјекта. Разлог за овакво обавезивање је јасан – одабир приватног субјекта који врши јавни субјект се спроводи у уређеном поступку, заснованом на начелу заштите слободе конкуренције или, знатно ређе, на бази међудржавних уговора, с тим да се у оба случаја одабир приватног субјекта врши на основу процене његових посебних искустава, експертизе и референци у одређеној индустрији.

Ограничење права прече куповине може бити тројако: (а) ограничење у односу на стицање удела од стране заједничког привредног друштва (стицање сопствених удела, односно акција),⁵⁴⁴ (б) ограничење у односу на пренос удела трећим лицима, (в) допуштен пренос удела повезаном лицу.

У вези са ограничењем права прече куповине у корист заједничког привредног друштва, јавни и приватни субјект се уговором који закључују могу споразумети и међусобно обавезати да ће на скупштини друштва, у вези са овим питањем, гласати на начин да се понуда за стицање удела, учињена друштву у циљу коришћења права прече куповине, одбије. Стицање сопствених удела не пружа неке нарочите погодности будући да у већини законодавстава, сопствени удео не даје право гласа, нити право на учешће у добити. С друге стране, стицање сопствених удела може да буде и веома корисно у случају искључења,

⁵⁴³ ЗПД, чл. 161 и чл. 277; The Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, 1191; F. Marty, A. Voisin, 19.

⁵⁴⁴ ЗПД, чл. 157, 282.

односно „истискивања“ члана друштва у складу са општим правилима компанијског права, односно у вези са активирањем излазних стратегија, о чему ће бити више речи у наставку текста, или у случају иступања члана друштва у складу са условима и поступком прописаним уговором, па га одређени број уговора јавног и приватног субјекта, ради сигурности пре свега, јавног субјекта, те одређених ограничења која могу постојати у вези са промтним обезбеђивањем слободних финансијских средстава од стране јавног субјекта, ипак прописују. У пракси, чешће се срећу уговори у којима се јавни и приватни субјект обавезују да ће на скупштини друштва одбити понуду за стицање сопствених удела заједничког привредног друштва.

У вези са ограничењем преноса удела трећим лицима, највећи број уговора закључених између јавног и приватног субјекта, који укључују обавезу оснивања заједничког привредног друштва, прописују уговорну обавезу чланова друштва да неће продати, пренети, уступити, оптеретити нити на било који други начин, непосредно или посредно, отуђити свој удео у заједничком привредном друштву, или делове свог удела, било за накнаду у новцу или стварима, или бесплатно, као и да неће ступити ни у какав аранжман нити закључити било какав уговор, односно споразум или акт сличног правног дејства, опцију или какав други аранжман, који, као своју правну последицу, има пренос, уступање, оптерећење, отуђење, замену испуњења која се састоји у располагању целокупним уделом или делом удела/акција и слично.

У случају да јавни и приватни субјект желе да оставе одређену, али ограничену могућност располагања уделом/акцијама, они то могу учинити уговарањем као дозвољеног преноса, само оног преноса удела/свих акција или дела удела/акција који се врши на повезано лице, с тим што се и у таквим случајевима, уговара стриктна обавеза приступања уговору који уређује однос јавног и приватног субјекта, за све време трајања века пројекта, као и обавезу закључења уговора о оснивању којим ће нови члан друштва – повезано лице, у свему прихватити одредбе уговора којима је већ, на дугорочној основи, уређен однос јавног и приватног субјекта.

У случајевима кад уговор јавног и приватног субјекта садржи могућност преноса удела/акција, односно дела удела/акција на повезано лице, јавни субјект жели да обезбеди да таква могућност не доведе до губитка контроле над пројектом, те се тада, по правилу, обавезно уговара и повраћај удела (енг. *clawback clause*) на члана друштва који је располагао својим уделом у корист свог повезаног лица, ако стицалац, односно повезано лице, из било ког разлога, престане да буде повезано са преносиоцем удела, а често се уговара солидарна одговорност преносиоца удела према јавном субјекту, за обавезе његовог повезаног лица према заједничком привредном друштву, настале за време кад је на место приватног субјекта ступило његово повезано лице.

Највећи број уговора о сарадњи закључених између јавног и приватног субјекта, због правне природе овог уговора, као специфичног уговора *intuitu personae*, не допушта пренос удела на трећа лица. Ово ограничење може да буде везано и за одређени тренутак реализације пројекта – наиме, интерес јавног субјекта је да са одређеним приватним субјектом успешно оконча фазу изградње, односно техничко-оперативног унапређења објекта, постројења, односно система, будући да конкретан приватни субјект има одређене референце у тој врсти индустрије, знање, вештине, искуство, технологију, машинерију и професионални кадар који могу да изнесу фазу изградње, а након окончања фазе изградње јавном субјекту суштински више неће бити битно ко је његов партнер у пројекту, будући да од тада креће фаза оперативног обављања делатности, односно комерцијалног коришћења изграђеног објекта, постројења, односно система, кад му јесте битно на који начин ће се обављати делатност и како ће се приходовати од те делатности, али ће у овој фази јавни субјект бити растерећенији у смислу извесности да пројекат успе. С друге стране, приватни субјект има обрнуте интересе, будући да је њему од пресудног значаја да остане у пројекту након окончања фазе изградње, односно техничко-оперативног унапређења објекта, постројења, односно система, јер од тог тренутка приватни субјект, на коме је у фази изградње лежао највећи терет одговорности, односно који је у тој фази био изложен највећем спектру ризика чије је наступање било више или мање извесно, почиње да приходује од онога што је до тада улагао и за шта је сносио највећи терет одговорности. У том смислу, уговори јавног и приватног субјекта треба да буду добро избалансирани, посебно у погледу основа који дају повод за активирање механизма за престанак чланства у друштву, односно за „истискивање“ члана друштва/акционара, будући да су јавни и приватни субјект партнери у послу, који на различите начине, у различитим фазама реализације пројекта, различито носе ризике. Стога, и сам уговор, али и с њим у вези повезано право прече куповине, односно околности које активирају тзв. излазне стратегије, морају да буду успостављене на правичан начин који ће уважити, помирити и ускладити поделу одговорности, ризика и погодности реализације пројекта, на добробит обе уговорне стране, током читавог века трајања пројекта.

У случају да уговор јавног и приватног субјекта дозвољава пренос удела/акција на лице које није повезано са чланом/акционаром који жели да располаже уделом, без обзира на то да ли је ова могућност предвиђена од тренутка окончања фазе изградње објекта, постројења, односно система, или је установљена од самог почетка, члан/акционар заједничког привредног друштва који намерава да изврши пренос свог удела на лице које није са њим повезано, такво располагање може, у складу са уговором да изврши, најчешће, под следећим условима: (а) да се понуда у вези са намераваним преносом удела односи на целокупан удео, односно целокупан пакет акција, чиме се задржава установљен систем

доношења одлука и корпоративног управљања у заједничком привредном друштву; (б) да се оваква понуда чини само под условом да само заједничко привредно друштво, кад је ово уговорено, односно други члан друштва/акционар – јавни субјект, нису прихватили претходно им учињену понуду под истим условима, односно одлучили су да не користи своје уговором предвиђено право прече куповине; (в) предложени пренос удела обавезно укључује обавезу купца, односно стицаоца да приступи уговору јавног и приватног субјекта, на место приватног субјекта који располаже својим уделом, као и у све друге уговоре закључене између јавног и приватног субјекта, односно да ће прихватити обавезу да ће га обавезивати сви унапред уговорени битни елементи уговора чије закључење тек предстоји, а које су већ усагласили јавни и приватни субјект, те да ће преузети сваку другу обавезу приватног субјекта у вези са реализацијом пројекта, све до истека пуног века његовог трајања. Оваква обавеза купца, односно стицаоца удела, у пракси, се може обезбедити на различите начине – на пример, закључењем предуговора са приватним субјектом, којим се купац, односно стицалац, уз обавезно претходно закључење уговора о чувању поверљивих података, обавезује да ће у свему ступити на место приватног субјекта и преузети све обавезе приватног субјекта, све до истека века трајања пројекта, и уз полагање одговарајућих средстава обезбеђења; (г) да се пренос удела/акција врши за новчану накнаду која мора бити најмање у нивоу процењене фер тржишне вредности удела/акција које су предмет преноса.

У вези са остваривањем овог права, уговори јавног и приватног субјекта најчешће уређују да ће оваква врста преноса, односно располагања уделом/акцијама бити условљена претходним предузимањем следећих активности и радњи, односно испуњењем следећих услова: (а) заинтересовани купац удела/акција дужан је да достави одговарајуће средство обезбеђења за исплату фер тржишне вредности удела/акција и друштву, као и доказ о томе да је спреман да у свему ступи у права и обавезе приватног субјекта у вези са реализацијом уговора јавног и приватног субјекта, (б) јавни и приватни субјект се међусобно обавезују да ће са своје стране обезбедити и ускладити све потребне активности како би се без одлагања обезбедило прибављање потребног одобрења спровођења концентрације, у случају ако прописи конкретне државе чланице у вези са обезбеђивањем конкуренције, у вези са оваквим преносом захтевају одобрење концентрације која настаје предметним намераваним стицањем удела/акција, (в) приватни субјект и заинтересовани купац ће, након прибављања регулаторних одобрења, захтеваних средстава обезбеђења и достављања јавном субјекту документа којим се стицалац удела према јавном субјекту обавезује да ће, у свему, ступити на место приватног субјекта, закључити уговор о купопродаји удела/акција, о чијем закључењу ће без одлагања обавестити заједничко привредно друштво и јавног субјекта, (г) приватни субјект ће доставити писане неопозиве оставке свих лица која су у корпоративним

органима именована на предлог приватног субјекта, при чему се у вези са достављањем оваквих оставки захтева и достављање писане изјаве ових лица да немају никаква потраживања према заједничком привредном друштву, односно према јавном субјекту, (д) приватни субјект се обавезује да ће доставити све интерне корпоративне сагласности којима се одобрава пренос целокупног његовог удела/пакета акција у заједничком привредном друштву на купца.

Све горе наведене активности, радње, односно услови морају да буду предузете, односно испуњене, пре регистрације преноса удела/акција, на шта се јавни и приватни субјект уговорно обавезују, а све ово имајући у виду околност да у највећем броју законодавстава упис у регистар има конститутивно, а не деклараторно дејство, те је, с тим у вези, неопходно осигурати законитост у спровођењу поступка која не сме и не може угрозити реализацију пројекта којим се обезбеђује обављање делатности од општег интереса.

Уз све наведено, приватни субјект се према јавном субјекту обавезује и да ће обезбедити да заинтересовани купац обезбеди јавном субјекту све потребне доказе о његовим референцама у пројектима идентичне или сличне врсте, искуству, знању, вештинама, технологијама, професионалном кадру који ће бити ангажован на реализацији пројекта и слично, који имају за циљ да увере јавног субјекта да купац, односно стицалац удела/акција, поседује једнако добре или боље референце за реализацију пројекта, чиме ће се обезбедити континуитет у реализацији пројекта.

Сваки пренос који буде започет, односно спроведен противно одредбама уговора јавног и приватног субјекта сматраће се забрањеним, односно недопуштеним преносом, у односу на који ће уговорне стране сматрати као да никада није ни извршен, међусобно се обавезујући да заједничко привредно друштво и његови органи предузму све активности којима би забранили регистрацију таквог преноса, уз обавезу да одређено време наставе да воде послове заједничког привредног друштва, као да се забрањени пренос није ни догодио.

Концепт уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта је такав да је код ових уговора готово незамисливо да јавни субјект иступи из уговорног односа, будући да је пројекат најчешће инициран на предлог јавног субјекта, јер је услуга која се пружа најчешће услуга коју пружају јавни субјекти, а која је, зависно од природе конкретног пројекта и његових особености, на одређено време „измештена“ из мандата јавног субјекта и уговорно делегирана приватном субјекту, уз пратеће обавезе у вези са изградњом објекта, постројења, односно система, односно њиховог унапређења, и управљања овим системом на професионалан начин у циљу повећања квалитета услуге од општег интереса која се пружа. Отуда се право прече куповине, иако се уговором регулише на начин да практично постоји у односу на обе уговорне стране, у пракси најчешће реализује у корист јавног субјекта, о чему

ће више речи бити у наставку текста, и то у делу који обрађује тзв. излазне стратегије (енг. *exit strategies*).

У случају кад је потребно да се утврди вредност удела у заједничком привредном друштву, јавни и приватни субјект уговором најчешће уређују да ће се вредност удела/акција одређивати као фер тржишна вредност удела, односно акција друштва⁵⁴⁵ (енг. *fair market value*). Иако је овакав начин одређивања вредности сложен и деликатан зато што је тешко проценити тржишну вредност удела/акција за пројекат који је по много чему специфичан, те, у том смислу, релативно упоредив или неупоредив са било којим другим пројектом, из ког разлога је и вредност удела/акција релативно упоредива, односно неупоредива са вредношћу удела, односно акција у другим привредним друштвима, споразумно одређивање јавног и приватног субјекта за овај модел процене, осигурава законску и судску одрживост преноса у случају евентуалних оспоравања вредности удела/акција или, барем, значајно умањује извесност успеха у евентуалном судском спору по побојној тужби, о чему ће бити више речи касније у делу који обрађује тзв. излазне стратегије (енг. *exit strategies*). Управо због овог разлога, уговори јавног и приватног субјекта садрже недвосмислено одређење за овакав модел процене, као и међусобно обавезивање уговорних страна да ће, са своје стране, уложити максималне напоре у циљу постизања споразума о фер тржишној вредности удела/акција у заједничком привредном друштву.

Иако већина законодавстава, посебно када је реч о друштву са ограниченом одговорношћу, допушта могућност да јавни и приватни субјект непосредно и споразумно одреде фер тржишну вредност удела, без потребе да се за овај посао ангажује овлашћени проценитељ, управо интерес обезбеђивања да будући пренос буде законит и судски одржив, што и сам пројекат чини законитим и одрживим, најчешће руководи јавног и приватног субјекта да уговоре обавезу ангажовања признатог и познатог стручњака – овлашћеног проценитеља, који поседује потребна стручна знања, има искуство у проценама овакве или сличне врсте, видљив је и препознатљив на тржишту, како од стране оних који су активно инволвирани у привредни живот или у одређену индустрију, тако и од стране судова. У пројектима који укључују међународни елемент, за овлашћеног проценитеља се обавезно именује лице које је познато и признато у међународним круговима, најчешће неко из групације тзв. „велике четворке“ (енг. *Big Four*).⁵⁴⁶

У вези са именовањем овлашћеног проценитеља, могуће су две опције: (а) да се овлашћени ревизор, који ће извршити фер тржишну процену вредности удела/акција,

⁵⁴⁵ ЗПД, чл. 259.

⁵⁴⁶ „*Big Four*“ или „Велика четворка“ означава скупину четири највеће и по својој репутацији, искуству, знању и експертским знањима најгласовитије и најпознатије компаније које се баве услугама рачуноводства, пореског саветовања и ревизије, а које чине: *Deloitte*, *KPMG*, *Ernst & Young (E&Y)* и *PricewaterhouseCoopers (PwC)*.

именује онда кад, и ако се, за тим укаже потреба, кад ће јавни и приватни субјект споразумно донети одлуку ко ће то бити, или (б) да се овлашћени ревизор коме ће се поверити припрема фер тржишне процене вредности удела/акција именује у самом уговору.

Приступ у уговорном уређивању овог питања може да зависи од различитих чинилаца: (а) од тога колико су блиске, односно колико су удаљене позиције јавног и приватног субјекта о важним питањима. Ако преговори између уговорних страна показују да се позиције о одређеним стратешким питањима разликују, препоручљиво је да се у циљу избегавања каснијих несугласица, или избегавања блокаде у погледу одлучивања о избору овлашћеног проценитеља, исти одмах одреди уговором, а јавни и приватни субјект се обавезу самим уговором да ће прихватити процену фер тржишне вредности удела коју одреди на овај начин именовани овлашћени проценитељ; (б) од тога ко је овлашћени ревизор кога су уговорне стране већ ангажовале у свом пословању. Ово може да буде посебно значајно за приватног субјекта, а значајно мање за јавног субјекта. Наиме, у пракси се веома често дешава да приватни субјект на нивоу читаве пословне групе, унутар које послује, има јединственог овлашћеног ревизора који припрема ревизију како финансијских извештаја појединачних друштава унутар групе, тако и ревизију консолидованих финансијских извештаја за читаву групу, у ком случају ће приватни субјект инсистирати на томе да овлашћени проценитељ који ће вршити процену фер тржишне вредности удела/акција у заједничком привредном друштву, буде тај исти ревизор који је ангажован на нивоу читаве групе, будући да и заједничко привредно друштво улази у консолидацију конкретне пословне групе. У овом случају, посебно ако прописи не уређују обавезу промене ревизора после одређеног броја година, будући да конкретан пројекат који се реализује између јавног и приватног субјекта има дужи животни век, овлашћени проценитељ се може именовати и самим уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта, и (в) ако, услед законских ограничења, постоји нужност да се овлашћени ревизор мења, или ако интерна правила пословања, пре свега, приватног субјекта, захтевају промене овлашћеног ревизора након протекла одређеног временског периода, конкретан овлашћени проценитељ се, по правилу, не именује уговором, већ се оставља могућност, посебно ако између јавног и приватног субјекта постоји значајан степен међусобног разумевања и приближених позиција о важним стратешким питањима, да се овлашћени проценитељ одреди у будућем тренутку, кад се укаже потреба за његовим ангажовањем, у свему у складу са правилом које тада важи унутар пословне групе приватног субјекта, са чим се јавни субјект уговором начелно саглашава.

Како је утврђивање фер тржишне вредности у вези са реализацијом права прече куповине, односно са имплементацијом тзв. излазних стратегија, то се процена вредности удела/акција мора извршити у релативно кратком временском периоду, који ће обезбедити

несметано функционисање друштва и несметану реализацију пројекта. У том смислу, уговори између јавног и приватног субјекта, најчешће, уређују да је овлашћени проценитељ обавезан да у одређеном року, рачунајући од дана именовања, ако се именовање врши споразумно, односно рачунајући од дана обавештења о наступању околности које захтевају процену, у случају кад је овлашћени проценитељ именован самим уговором,⁵⁴⁷ у оба случаја по потписивању уговора са овлашћеним проценитељем, достави јавном и приватном субјекту писани извештај о процени, у коме је назначена фер тржишна вредност удела/акција који су предмет процене, при чему утврђивање фер тржишне вредности од стране овлашћеног проценитеља који се именује у складу са уговором, мора да буде коначно и обавезујуће за јавног и приватног субјекта.

Фер тржишна вредност је вредност која је, у складу са најбољом светском праксом, заснована на принципима и међународним стандардима процене привредног друштва у датом тренутку, кад се процена чини. Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће предвиђају да се, код утврђивања фер тржишне вредности удела, односно акција, мора процењивати фер тржишна вредност заједничког привредног друштва као целине, односно у вези са њом и на основу ње, процена вредности удела/акција чланова друштва, односно акционара. Приликом утврђивања фер тржишне вредности удела/акција у складу са горњим правилом, мора се узети у обзир нето садашња вредност основних средстава заједничког привредног друштва, укупна вредност добити које је друштво остваривало у прошлости, односно пројектовани приход и добит друштва који се могу очекивати у будућности, и то на основу упоредне анализе конкретног друштва са другим упоредивим друштвима у држави седишта заједничког привредног друштва, односно упоредне анализе недавних теретних располагања уделима/акцијама у друштвима која обављају исту, односно сличну врсту делатности у упоредивим јурисдикцијама.

Намера и жеља јавног и приватног субјекта да процена фер тржишне вредности буде добра и необорива са становишта евентуалних будућих оспоравања и потенцијалних побијања у судским поступцима, често се огледа и у пратећим одредбама уговора којима се јавни и приватни субјект међусобно обавезују да ће предузети све што је у њиховој моћи да предупреду било какве пропусте у вези са информацијама, подацима и документацијом који ће бити стављени на располагање овлашћеном проценитељу, те се, с тим у вези, чврсто обавезују на међусобну сарадњу у погледу прикупљања и достављања документације, односно давања потребних информација, појашњења и других важних података овлашћеном проценитељу, како би он свој задатак могао да обави благовремено, потпуно и правилно.

⁵⁴⁷ Рок у коме је овлашћени проценитељ дужан да јавном и приватном учеснику у пројекту достави извештај о процени се разликује од пројекта до пројекта, али је у пракси уобичајен рок од 30 дана који се у зависности од околности конкретног случаја, може продужити на додатних 30 дана.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, додатно, често садрже и одредбу према којој ће уговорне стране све трошкове у вези са именовањем и ангажовањем овлашћеног проценитеља сносити на равне части.

Излазне стратегије

Иако се уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта закључује у доброј вери и очекивању да доживи свој пуни век, он је пре свега однос који је заснован на слободи воља уговорних страна, и још важније, на одговарајућим економским и комерцијалним параметрима, чије остваривање утиче на слободну вољу уговорних страна да ли, под којим условима и колико дуго да остану у конкретном уговорном односу. Дакле, остваривање инвестиције, али и остваривање личних и појединачних интереса уговорних страна у вези са остваривањем инвестиције примарно одређују судбину овог односа. С тим у вези, готово сви уговори јавног и приватног учесника у пројекту садрже одредбе о излазној стратегији (енг. *exit strategies*),⁵⁴⁸ којима се прибегава онда кад пројекат, односно начин реализације пројекта, протеком времена или променом одређених околности под којима се пројекат реализује, више не испуњава, пре свега, комерцијална очекивања уговорних страна.⁵⁴⁹ До активирања излазних стратегија, такође, може доћи и онда кад друга уговорна страна не извршава своје уговором преузете обавезе или их извршава на начин који не доприноси остваривању циљева и очекиваних резултата конкретног пројекта.

Имајућу у виду околност да је сваки од ових уговора закључен са жељом, намером и вољом да дугорочно траје, да је његова реализација скопчана са значајним инвестиционим улагањима, али и значајним утрошком времена и људског потенцијала, уговорно дефинисање излазних стратегија представља, можда, и један од најкомплекснијих делова овог сложеног односа јавног и приватног субјекта. Оно што чини најделикатније питање у вези са дефинисањем излазних стратегија јесте вредност уложеног у заједничко привредно друштво, будући да у односу на ову имовину не постоји јасно дефинисано тржиште, те је стога компликовано, а у одређеним случајевима готово и немогуће, дефинисати тзв. тржишну вредност заједничког привредног друштва.⁵⁵⁰ Будући да се тржишна вредност одређује према објективном критеријуму – вредности која се у датом тренутку остварује на истом тржишту, кад би се тестирала потражња за истом или сличном врстом робе, јасно је да је овакву врсту вредности веома тешко одредити будући да је сваки конкретан пројекат

⁵⁴⁸ *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector*, 59.

⁵⁴⁹ *The Joint Venture (JV) Handbook*, HIS Consulting, Strategic Advisory & Transaction Services, 17-18, доступно на: http://w2w.emerging-energy.com/pdf/The-IHS-Consulting-JV-Handbook_165622110913044932.pdf - 27.4.2015.

⁵⁵⁰ Gabriel J. Power *et al.*, „Valuation of Strategic Options in Public-Private Partnerships“, conference paper, 2013, 1-39, доступно на: <http://www.realoptions.org/openconf2013/data/papers/4.pdf> - 27.4.2015.

специфичан, а вредност конкретног заједничког привредног друштва тешко да се може одредити проценом која је применљива приликом одређивања вредности било ког другог привредног друштва у датом тренутку и на датом географском тржишту.

С друге стране, и јавни и приватни субјект желе да се обезбеде уговором, како, у току реализације пројекта, не би били доведени у ситуацију да буду приморани да откупе удео, односно акције другог члана друштва под неповољним условима, односно условима који нису унапред уговорени, или да буду приморани да откупе уделе, односно акције по значајно већој вредности од оне која се уобичајено предвиђа у уговорима овакве врсте. Отуда, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешће, уређују неки од механизма за одређивање вредности уложеног, који најчешће укључују следеће елементе: (а) предвиђање примене критеријума процене нето садашње вредности будућих пројектованих прихода, (б) предвиђање примене критеријума књиговодствене вредности, или (в) уговарање независног експерта који ће извршити процену вредности друштва, односно процену вредности уложеног.

Највећи број уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта садржи одредбе о изласку из заједничког привредног друштва у случају два основна могућа сценарија:⁵⁵¹ (а) *добровољног изласка из друштва*, у случају кад једна од уговорних страна више нема економски, односно комерцијални интерес да остане у друштву, или кад се уговорне стране споразумеју о томе да заједно више немају никакав економски, односно комерцијални интерес да остану у друштву, на основу чега уговорне стране заједно, у складу са правилима за доношење одлуке за коју се захтева једногласност, доносе одлуку о напуштању пројекта и започињању ликвидације заједничког привредног друштва, или (б) *принудног изласка из друштва*, кад наступе околности које, у складу са уговором, налажу престанак чланства у друштву, или које дају основа за покретање поступка престанка заједничког привредног друштва. Као један од типичних примера принудног изласка из друштва у уговорима јавног и приватног субјекта се, најчешће, среће случај промене контроле у друштву.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта промену контроле дефинишу као наступање околности под којима јавни, односно приватни субјект престаје да буде у власништву, односно под контролом⁵⁵² оног правног, односно физичког лица које је било

⁵⁵¹ *Ibid.*, 59.

⁵⁵² Контрола над учесником у пројекту означава пре свега већинско учешће у капиталу одређеног друштва које његовом власнику даје право да у складу са својим власничким учешћем остварује и друга права која проистичу из власништва над капиталом – право да доноси одлуке у вези са управљањем друштвом, право да остварује учешће у добити у друштву, односно право да остварује друге погодности из пословања друштва. Међутим, контрола над друштвом не мора нужно да буде заснована на већинском учешћу у друштву. Тако, на пример, контролу над друштвом има и онај власник који има једнако пропорционално учешће у капиталу друштва, као и један или више других власника, али који другим механизмима (на пример, уговореним начином доношења одлука – на пример, правом вета и слично, и/или правом на именовање управе друштва. Додатно, контрола над друштвом не мора нужно да буде заснована на власништву над друштвом, већ може проистичати из уговора којим се одређеном субјекту

његов власник, односно које је имало контролу над његовим пословањем и операцијама, у тренутку закључења уговора. С тим у вези, поједини уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта могу да делимично релаксирају одредбу о промени контроле, на начин да из дефиниције промене контроле искључе случајеве кад јавни, односно приватни субјект престане да буде под контролом оног субјекта који је над њима имао контролу у тренутку закључења уговора, али да дозволе промену контроле у корист са њим повезаног лица, чиме се, на неки начин, обезбеђује континуитет истог фондуса економског, комерцијалног и стратешког интереса да се остане у пројекту, и заједничке воље и намере да се пројекат реализује удруженим напорима све до истека века његовог трајања.

У случају, међутим, кад дође до промене контроле, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће уређује обавезу оне стране код које је дошло до промене контроле, да, без одлагања, а најкасније у року који се предвиди уговором, достави другој страни писано обавештење о наступању ових околности. Уговори јавног и приватног субјекта, даље, најчешће садрже одредбе о томе да у случају да је до промене контроле дошло на страни приватног субјекта, јавни субјект има право, да откупи целокупан или део удела/пакета акција приватног субјекта⁵⁵³ (енг. *call option* у случају промене контроле),⁵⁵⁴ тако што ће приватном субјекту у одређеном, уговором предвиђеном, року рачунајући од

обезбеђује контрола над управљањем друштвом и остваривањем других погодности из друштва, што се најчешће обезбеђује уговорима о тзв. тајном партнерству (енг. *silent partnership* или *side agreements*).

⁵⁵³ Nevena Vajdić, Ivan Damnjanović, „Risk Management in Public-Private Partnerships Road Projects using the real option theory“, I International Symposium Engineering Management and Competitiveness, Zrenjanin, 24-25 June 2011, 156, доступно на: <http://www.tfzr.uns.ac.rs/stari/emc2012/emc2011/Files/B%2005.pdf> - 27.4.2015. Такође, погледати и у вези са питањем опција које уређује уговор о оснивању заједничког привредног друштва (*joint venture*) препоруке Светске банке, доступне на: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-risk-matrices/joint-venture#put> - 27.4.2015. Иако право на откуп удела/акција (енг. *call option*) може да се односи како на целокупан удео/пакет акција, тако и на његов део, намера уговорних страна најчешће јесте, а уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта се то најчешће и прецизира, да се откуп заиста и односи на целокупан удео, односно пакет акција, а не на његов део. Разлози за то могу да буду различити, али у основи свих разлога стоји једно јединствено објашњење – наступање околности која даје основ за реализацију овог права не може да буде делимично, тј. категорија контроле над учесником у пројекту је веома јасна и ова околност се не може делимично променити, а другој уговорној страни није свеједно кога има за партнера у конкретном пројекту. У односу на ову тезу, могу се истаћи и контра-аргументи – да се уговорна страна не мења, већ да у овим случајевима долази до промене субјекта који је или контролни власник, или на какав други невластички начин остварује контролу над друштвом, те да суштина односа остаје иста. Иако овај аргумент на први поглед звучи убедљиво и одрживо, постоји неколико контра-аргумента који му слабе јачину – власник партнера у пројекту је онај ко одређује која ће то лица репрезентовати конкретног партнера у корпоративној структури друштва, затим директор конкретног партнера у послу је онај ко ће са директором, односно другим законским заступником другог учесника у послу, непосредно преговарати начин разрешења блокаде у раду органа или у обављању делатности заједничког привредног друштва. Такође, са становишта обезбеђивања пројектног финансирања није свеједно ко је власник партнера у пројекту јер ће финансијери пројекта итекако ценити и његову снагу и могућност да подржи пројекат додатним улагањима, зајмовима и слично. И на крају, али никако од мањег значаја, може се истаћи и аргумент да уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта имају и одређена обележја, која овим пројектима дају обележја уговора *intuitu personae*, а неретко ови пројекти означавају и пројекте од нарочитог, а понекад чак и стратешког интереса за јавног субјекта. На основу свега наведеног, недвосмислено се изводи закључак да је итекако важно ко стоји иза одређеног партнера у пројекту, ко су његови оснивачи, ко подржава, управља, контролише партнером у односу и ко је тај ко може да суштински утиче на реализацију конкретног пројекта.

⁵⁵⁴ John Quiggin, „Public Private Partnerships: Options for Improved Risk Allocation“, *The Australian Economic Review* 4/2005, 449.

дана пријема обавештења о промени контроле над приватним субјектом, доставити писмено обавештење о томе да жели да користи право на откуп целокупног или дела удела/пакета акција приватног субјекта.

Једнако праву јавног субјекта, у уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта, се предвиђа право, али не и обавеза приватног субјекта, да прода целокупан, односно део свог удела/пакета акција (енг. *put option*), тако што ће јавном субјекту у одређеном, уговором предвиђеном, року, доставити писмено обавештење о томе да жели да користи право на да прода јавном субјекту целокупан или део удела/пакета акција.

Иако се опције могу дефинисати пре свега као уговорено право, али не и обавеза на одређено поступање, у циљу обезбеђивања њиховог извршења уговори јавног и приватног субјекта најчешће садрже експлицитно преузету обавезу страна на обавезно поступање у случају наступања околности које дају основ за активирање уговорених механизма престанка чланства у заједничком привредном друштву.

Једно од интересантних питања, које се у вези са излазним стратегијама може поставити, је питање да ли је уговарање права на откуп (енг. *call option*) у корист јавног субјекта, односно права на продају јавном субјекту целокупног или дела удела/пакета акција (енг. *put option*) уговорено у корист приватног субјекта, увек правило и да ли се од истог може, и под којим условима, одступити. Одговор на ово питање није ни праволинијски, нити једноставан, будући да га одређује неколико важних претходних питања: (а) *ко су партнери у конкретном пројекту* – ако је испред јавног субјекта уговорна страна држава, или јавно предузеће које одреди држава, ова околност тада даје посебно обележје одређеном пројекту – у пројектима у којима се оснива заједничко привредно друштво, држава, односно јавно предузеће најчешће улажу своју имовину коју желе да заштите у случају пропасти пројекта, те је тада јасно да држава жели да за себе задржи право на откуп целокупног удела, односно пакета акција приватног субјекта; (б) *шта је предмет конкретног пројекта* – ово питање је најчешће у веома тесној повезаности са претходним питањем будући да стратешки, национални или какав други интерес који, уједињен са природом услуге која се пружа – услуга од општег интереса – представља још један убедљив разлог зашто постоји интерес да целокупан удео приватног субјекта откупи држава, односно учесник у конкретном пројекту кога именује држава; (в) *шта се улаже у заједничко привредно друштво* – у случају да се у заједничко привредно друштво улаже непокретна имовина, друга добра од општег интереса или посебна права која су иманентна јавном субјекту, јасан је интерес јавног субјекта да жели да обезбеди контролу над овим средствима; (г) *дужина трајања пројекта* – ако је животни век пројекта дужи, јавни субјект ће имати већи интерес да задржи контролу над пројектом. На овом месту, додатно је важно напоменути да, без обзира на околност што је ова излазна стратегија дефинисана тако да се, на први поглед, стиче утисак да она

функционише у оба правца – тј. да се излазна стратегија може применити и у случају промене на страни јавног субјекта, у пракси се она, у преовлађујућем броју случајева, односи искључиво на случај промене контроле над приватним субјектом Међутим, постоје, чак су и у домаћој пракси забележени случајеви кад је промена контроле над јавним субјектом представљала битан моменат и то како за приватног субјекта, тако и за финансијере пројекта.⁵⁵⁵ У вези са потпуним разумевањем овог питања, као посебно важна тема истиче се и питање на који начин се финансира реализација пројекта – да ли је реч искључиво о обезбеђивању средстава за финансирање пројекта од стране јавног и приватног субјекта, без пројектног финансирања, или заједничко привредно друштво средства за реализацију пројекта обезбеђује посредством пројектног финансирања, кад и финансијери пројекта могу да имају и своје интересе и захтеве у погледу власништва над заједничким привредним друштвом.

Осим промене контроле над учесником у пројекту, која се истиче као један од најчешће уговораних основа за принудни излазак из друштва, као основи који изазивају активирање уговореног механизма „истискивања“ из друштва такође се уговарају и: (а) повреда материјалне уговорне обавезе, (б) покретање стечајног поступка над другом уговорном страном; (в) истек, односно необнављање лиценце за обављање делатности, и (г) пренос удела извршен супротно уговору.⁵⁵⁶ За разлику од случаја промене контроле, код кога се у односу на јавног и приватног субјекта могу уговорати различите опције, ови случајеви имају готово увек праволинијски исход.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, по правилу, уређују да је уговорна страна која прекрши уговорну обавезу, дужна да прода свој целокупан удео/пакет акција другој уговорној страни, по правилу, у складу са одредбама уговора које уређују право прече куповине. Другим речима, неизвршење уговора од стране уговорних страна као своју последицу, најчешће има „истискивање“ из друштва, које не искључује и право друге уговорне стране да захтева накнаду штете услед повреде уговорне обавезе.

Једно од основних питања које се поставља у вези са овим основом за искључење односно „истискивање“ из заједничког привредног друштва је, која се то повреда уговора санкционише на овај начин – да ли је предметна санкција казна за било коју повреду уговора, или се она односи искључиво на случајеве озбиљнијих кршења уговора, те да ли се ово уговором посебно уређује. Како уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта

⁵⁵⁵ У домаћој Студији случаја 2, приказаној у Прилогу бр. 1, најављена корпоратизација и реструктурирање јавног субјекта, која у себи обједињује промену правне форме као и промену контроле, изазвала је бројна негодовања приватног субјекта, али и финансијера пројекта, који су као једну од повреда уговора предвидели управо ову промену, а финансијери пројекта су наступање догађаја промене правне форме, односно интерног реструктурирања, те следствено томе, промене контроле третирале као догађај који узрокује превремено доспеће кредита који је обезбеђен за финансирање реализације пројекта.

⁵⁵⁶ *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector*, 97-98.

формално-правно уобличују и одређују пословни однос који је замишљен да траје дуже време, како се током века трајања уговора могу догодити разне околности које могу бити од утицаја на реализацију пројекта, те, како уговорне стране у овом односу морају да покажу одређену дозу толеранције и флексибилности, да би се овај вишедимензионални и комплексан дугорочни однос одржао, није реално, економски основано нити рационално, да се свака повреда уговора „санкционише“ престанком чланства у друштву. Отуда се поставља питање, које су то повреде уговора које активирају излазну стратегију. У пракси се „истискивање“ из друштва уговором, најчешће, предвиђа у случају материјалних повреда уговора јавног и приватног субјекта,⁵⁵⁷ али и у случају када повреда уговора не представља кршење материјалне обавезе из уговора јавног и приватног субјекта, већ пропуштање предузимања, или предузимање активности које су супротне уговорној обавези предвиђеној неким другим уговором, који се закључује на основу генералног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.⁵⁵⁸ Непоступање у складу са овим уговорним обавезама, доводи у питање остварење пројекта, те је уговорна страна која пропусти да предузме радњу на коју се закључењем уговора обавезала, дужна да свој целокупан удео/пакет акција пренесе другој уговорној страни. Код овог случаја „истискивања“ из друштва, у пракси је уобичајено да се приватни учесник у пројекту закључењем уговора обавезује да ће продати свој целокупан удео/пакет акција јавном учеснику у пројекту (енг. *put option*).

Покретање стечајног поступка⁵⁵⁹ над једном од уговорних страна из уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, такође, представља сметњу за реализацију уговора, који је по својој природи такав да претпоставља дугорочни пословни однос, у коме и оснивачи друштва, за потребе финансирања реализације пројекта, обезбеђују значајна материјална

⁵⁵⁷ Институт материјалне повреде уговора (енг. *material breach of the agreement*) представља институт англосаксонског права. Под материјалном повредом уговора у оваквом поимању се најчешће сматра она повреда уговора чије се последице не могу отклонити или чије би отклањање било повезано са несразмерно великим трошковима, односно несразмерно великим утрошком времена. Материјална повреда уговора блиска је, али се не подудара у целости, са одређењем битне повреде уговора у поимању домаћег права. Материјална повреда уговора не мора нужно да буде и повреда битне одредбе уговора, односно битне обавезе уговорне стране, али је са становишта активирања излазне стратегије битна утолико што пропуштање предузимања обавезе отежава, односно онемогућава остваривање циља и сврхе закључења уговора.

⁵⁵⁸ На пример, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта може, у случају кад околности случаја то допуштају још у фази преговора, да као своје прилоге и саставне делове садржи и неке друге уговоре, на пример, уговор о изградњи, уговор о управљању и одржавању објекта, постројења, односно система и слично. У појединим случајевима, извршење обавеза из ових уговора сматра се материјално битним за извршење основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта – на пример, извршење обавезе у погледу изградње објекта, постројења, односно система од круцијалног је значаја по сам пројекат и његову даљу реализацију, те непоступање у складу са преузетим обавезама, било у погледу предузимања конкретних радњи било у вези са поштовањем, односно пропуштањем поштовања уговорених рокова, суштински утиче на остварење циља и сврхе уговора закљученог између јавног и приватног учесника у пројекту. Такође, основни уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта може, као свој прилог, да садржи и уговор о оснивању заједничког привредног друштва (оснивачки акт), којим је детаљно уређена обавеза везана за уплату, односно уношење новчаног, односно неновчаног улога, било приликом оснивања друштва, било касније, током пословања друштва, кад јавни и приватни субјект, као партнери у послу и оснивачи друштва, треба да обезбеде средства за пословање друштва – кроз повећање основног капитала, зајмове и слично.

⁵⁵⁹ Вид. *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector*, 98.

средства. У вези са наступањем стечаја, једно од основних питања у погледу активирања „излазне стратегије“ је у односу на ког учесника у пројекту се може применити оваква стратегија, у ком тренутку се примењује, утврђивање цене по којој ће се целокупан удео/пакет акција откупити, и могућност побијања оваквог правног посла, односно радње.

У већини правних система, прописи који уређују стечај садрже одредбу која искључује могућност покретања и вођења стечајног поступка у односу на државу, јединицу локалне самоуправе и јавно предузеће које се претежно финансира из буџета, за чије обавезе су одговорни оснивачи ових субјеката, односно ентитета. Овакву одредбу садржи и Закон о стечају Републике Србије.⁵⁶⁰ Стога, предметна излазна опција активира се, дакле, само у случају покретања стечајног поступка над приватним субјектом, а јавном субјекту уговором се обавезно предвиђа право да откупи целокупан удео/пакет акција приватног субјекта (енг. *call option*).

Тренутак реализације ове опције такође може да буде значајан – да ли до откупа целокупног удела/пакета акција долази пре формалног покретања стечајног поступка над приватним субјектом, или онда кад над њим формално-правно буде покренут стечајни поступак. Такође, да ли покретање поступка реорганизације над приватним субјектом доводи до активирања ове опције или се она реализује искључиво у случају банкротства приватног субјекта.

Покретање стечајног поступка над приватним субјектом не значи нужно да ће доћи и до отварања стечајног поступка. Наиме, у пракси су могући случајеви да током претходног стечајног поступка у коме се испитује испуњеност стечајног разлога,⁵⁶¹ суд који води поступак утврди да нису испуњени услови за стечај, па да до отварања стечајног поступка и не дође, или да током трајања претходног стечајног поступка отпадну разлози који су иницијално дали основа за подношење предлога за покретање стечајног поступка. Са становишта приватног субјекта, релевантан би био тренутак отварања стечајног поступка,⁵⁶² јер је тек тада дефинитивно да ће управљање над приватним субјектом преузети стечајни управник, уместо дотадашње управе и власника.

Међутим, са становишта јавног субјекта, тренутак у коме ће откупити целокупан удео/пакет акција приватног субјекта није безначајан из најмање следећих разлога:

⁵⁶⁰ Чл. 14 Закона о стечају – ЗС, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука Уставног суда и 83/2014, прописује да се стечајни поступак не спроводи према: Републици Србији; аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе; фондovima или организацијама обавезног пензијског, инвалидског, социјалног и здравственог осигурања; правним лицима чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, а које се искључиво или претежно финансирају кроз уступљене јавне приходе или из републичког буџета, односно буџета аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе; Народној банци Србије; Централном регистру, депоу и клирингу хартија од вредности; јавним агенцијама. Чл. 14, ст. 3 ЗС прописује да за обавезе правног лица над којим се не спроводи стечајни поступак у складу са овим чланом, солидарно одговарају његови оснивачи, односно власници, као чланови или акционари.

⁵⁶¹ ЗС, чл. 60.

⁵⁶² *Ibid.*, чл. 69.

(а) покретање стечајног поступка не значи нужно и отварање стечајног поступка, али јасно указује на инсолвентност приватног субјекта, те тако даје и недвосмислен сигнал јавном субјекту да његов партнер неће моћи, или је веома вероватно да неће моћи, да извршава уговором преузете обавезе;

(б) током претходног стечајног поступка приватни субјект, без обзира на околност што стечајни поступак још увек није отворен, тешко да ће, односно мало је вероватно да ће, извршавати своје обавезе из уговора, посебно оне које се односе на уплату и уношење новчаних односно неновчаних улога, допунске уплате, давање зајмова пројектном, односно заједничком привредном друштву и слично, што може значајно да утиче на динамику реализације пројекта;

(в) у претходном стечајном поступку може се именовати претходни стечајни управник који, у случају кад се формално именује од стране суда који води поступак, преузима управљање над приватним субјектом, а поступајући суд може у односу на приватног субјекта одредити мере обезбеђења које имају за циљ да сачувају и одрже вредност имовине стечајног дужника. Привремени стечајни управник има идентична овлашћења онима које има стечајни управник,⁵⁶³ који се именује одлуком суда о отварању стечајног поступка, с тим да је његова основна обавеза да очува имовину приватног субјекта из које ће се, у стечајном поступку, формирати стечајна маса која служи колективном намирењу поверилаца стечајног дужника. Привремени стечајни управник, отуда, може онемогућити било какво располагање имовином приватног субјекта, те тако може забранити, ограничити или у потпуности онемогућити извршење обавеза приватног субјекта из уговора о сарадњи са јавним субјектом, што може да има изузетно негативне последице на реализацију самог пројекта, поготово ако се наступање стечајног разлога на страни приватног субјекта догоди у неком од важних тренутака у реализацији пројекта – на пример, у тренутку кад доспева обавеза јавног и приватног субјекта на докапитализацију, давање зајмова, додатних уплата и слично;

(г) отварањем стечајног поступка наступају правне последице стечаја, а у односу на јавног субјекта посебно су значајне следеће правне последице – именовање стечајног управника у стечајном поступку значи да управљање и руковођење приватним субјектом врши, не више управа овог субјекта, већ стечајни управник, који се у предузимању активности из своје надлежности руководи једино императивом заштите интереса поверилаца, а не захтевом за благовременим и целовитим извршењем обавеза уз уговора о сарадњи са јавним субјектом.

⁵⁶³ *Ibid.*, чл. 66.

Преузимање управе од стране стечајног управника важно је и из других разлога – корпоративно управљање над заједничким привредним друштвом неће више моћи да се остварује на начин како је то уређено уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта. Интерес стечајног управника, заснован на његовој законској обавези и овлашћењима која има у стечајном поступку, биће значајно другачији у односу на интерес јавног субјекта. У контексту другачијих интереса јавног субјекта и стечајног управника који управља приватним субјектом, штитећи интересе његових поверилаца у циљу постизања што је могуће већег процента њиховог намирења, тешко је замисливо решавање блокаде у раду органа заједничког привредног друштва, односно блокаде у његовом функционисању. Све ово доводи до успоравања у оперативности, функционалности и делотворности заједничког привредног друштва и одражава се последично на рокове у реализацији пројекта.

Даље, стечајни управник има право да одлучи о судбини уговора⁵⁶⁴ које затекне на снази у тренутку отварања стечајног поступка. Тако, стечајни управник има право да раскине све уговоре приватног субјекта за које сматра да не доводе до увећања стечајне масе и повећања степена намирења поверилаца стечајног дужника.

И коначно, велика већина стечајних прописа уређује да од дана отварања стечајног поступка престају сва права прече куповине која су постојала у погледу имовине стечајног дужника,⁵⁶⁵ што практично значи да једна од најважнијих одредаба уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, која јавном субјекту омогућава да самостално преузме даље вођење пројекта неће моћи да се изврши, што ће као своју последицу имати околност да ће јавни субјект, заједно и у свему равноправно са другим лицима заинтересованим за куповину удела приватног субјекта у заједничком привредном друштву, учествовати у поступку јавног надметања приликом продаје удела приватног субјекта, које има за циљ постизање што је могуће веће цене, а све у циљу оптималнијег намирења поверилаца стечајног дужника. Ово, практично, значи да поменута последица стечајног поступка отвара могућност да јавни субјект, у уговору који има сва обележја уговора *intuitu personae* и у коме је партнер јавног субјекта биран у транспарентном и конкурентном поступку, у коме су се оцењивале референце приватног субјекта, његова експертска знања и искуство у пројектима идентичне или сличне врсте, за другог члана/акционара друштва добије некога са ким не жели да буде у односу, а да би спречио овакав исход, јавни субјект мора да понуди већу цену за удео стечајног дужника у заједничком приватном друштву, како би обезбедио самостално учешће у капиталу друштва, преузимање пројекта и његову реализацију у складу са планираном динамиком.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, чл. 94.

⁵⁶⁵ ЗС у чл. 74 прописује да се отварањем стечајног поступка гасе раније стечена права прече куповине у погледу имовине стечајног дужника. Ако се стечајни поступак обустави услед усвајања плана реорганизације, а имовина која је била предмет права прече куповине није продата, право прече куповине се поново успоставља.

Из наведених разлога, посматрано из перспективе јавног субјекта, активирање излазне опције би морало да се обезбеди пре покретања стечајног поступка (чак и пре покретања претходног стечајног поступка), јер би само тада могло да се обезбеди остваривање циља и сврхе уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Овај ефекат се може постићи на различите начине које је могуће предвидети уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта, и то: (а) обезбеђивањем међусобних изјава и гаранција јавног и приватног субјекта, (б) уговорним уређењем обавезе приватног субјекта на достављање јавном субјекту годишњих и полугодишњих финансијских извешатаја, а у случају ако се за тим покаже посебан или оправдан интерес, и чешћим финансијским извештавањем, (в) уговорним преузимањем обавезе приватног субјекта о извештавању јавног субјекта о наступању битних догађаја (у финансијском, рачуноводственом и правном смислу), (г) ширим уговорним дефинисањем околности које могу да изазову инсолвентност, односно претећу немогућност плаћања у односу на прописе који уређују стечајни поступак, и (д) уговорним установљавањем обавезе финансијског извештавања и обавештавања о битним догађајима не само приватног субјекта, већ и његових оснивача, а све ово у циљу препознавања и утврђивања тзв. „раних“ сигнала који указују на могућу инсолвентност, како би се обезбедило да пројекат преживи и наступање оваквих околности.

Међутим, оно што свакако остаје као отворено питање је питање цене по којој ће јавни субјект откупити целокупан удео/пакет акција приватног субјекта, и оно што је можда још важније, на који начин се може искључити примена одредби о побијању правних послова и радњи – конкретно побијању правног посла купопродаје целокупног удела/пакета акција приватног субјекта у заједничком привредном друштву од стране јавног субјекта.

Најубедљивија линија одбране у погледу вредности целокупног удела/пакета акција приватног субјекта у заједничком привредном друштву био би откуп целокупног удела/пакета акција од стране јавног субјекта, према тржишној (фер) вредности. Иако је веома тешко одредити тржишну вредност, како смо то горе већ поменули, будући да тржиште у односу на овакве пројекте не постоји због правне, комерцијалне, техничко-технолошке, стратешке и друге природе сваког конкретног пројекта и бројних других специфичности уговорног односа јавног и приватног субјекта, процена вредности, која би била заснована на методологији процене тржишне, односно фер вредности, или барем на приближној методологији, могла би да ојача извесност успеха овакве продаје и њено неоспоравање, које је могуће у контексту примене других системских закона.

И на крају, може ли се и под којим условима искључити могућност побијања правног посла купопродаје целокупног удела/пакета акција приватног субјекта у заједничком привредном друштву од стране јавног учесника у пројекту? Иако се уговор јавног и приватног субјекта закључује у циљу обављања делатности од општег интереса, без обзира

на то на коју се делатност односио општи интерес и ко су корисници услуге од општег интереса, сматрамо да нема основа да се уговори јавног и приватног субјекта изместе изван правног система, на основу критеријума општег интереса, остављајући по страни друге системске прописе који уређују правну заштиту. Такво размишљање и настојање да се овакав ефекат оствари водило би злоупотреби правног система и угрожавању правне сигурности, будући да би један уговорни однос ставио изнад системског поступка који се у већини законодавстава спроводи уз активно учешће суда. Отуда, сматрамо да уговори јавног и приватног субјекта треба да буду засновани на оној мери консензуса слободне воље која омогућава остварење циља и сврхе ових уговора, уз уважавање свих других норми правног система на који се ослањају и унутар кога и сами егзистирају. О овоме ваља водити рачуна приликом преговора и приликом дефинисања права и обавеза уговорних страна. Стога би препорука у вези са обавезним елементом овог уговора било и предвиђање да ће се цена у вези са реализацијом опције у вези са излазном стратегијом, без обзира на то да ли се она посматра кроз откуп целокупног удела/пакета акција (енг. *call option*) или кроз продају целокупног удела/пакета акција (енг. *put option*), одређивати према тржишним принципима, односно да ће се цена одређивати као тржишна (фер) цена и то ангажовањем признатог стручњака специјализованог за процену вредности удела, односно акција, по могућности онога ко већ има одређена искуства у оваквим проценама, односно који има искуства у процени вредности акција, односно удела у другим пројектима, који су укључивали оснивање заједничког привредног друштва од стране јавног и приватног субјекта. Уговорно уређење оваквог начина процене вредности целокупног удела/пакета акција приватног субјекта у заједничком привредном друштву не може да искључи могућност да стечајни управник, или било ко од поверилаца стечајног дужника, поднесе побојну тужбу, али у значајној мери може да определи ток и исход поступка по побојној тужби. Терет доказивања би био на тужиоцу да докаже да вредност по којој је извршена купопродаја није била тржишна вредност, што би било тешко доказати, посебно у случају кад су јавни и приватни субјект одредили уговором и еминентног проценитеља са искуством, референцама и *know-how*-ом, који је познат и признат у професионалним и стручним круговима, и чије процене су се у ранијим поступцима показале као тачне те који је као врхунски експерт признат и од стране судова.

Дакле, уговором јавног и приватног субјекта не могу се обезбеђивати механизми искључења од примене других закона, али се зато могу предвидети механизми који могу да функционишу напореда и паралелно са другим институтима, поступцима и начелима једнаког третмана свих учесника у правном промету. Тиме се ризик подношења тужбе за побијање не искључује, али се у великој мери умањује извесност подношења побојне тужбе (у случају неуспеха таквог судског поступка сви трошкови вођења поступка пашће на терет

стечајне масе, односно на терет повериоца који подноси тужбу, чиме ће процентуално мања стечајна маса бити расположива за намирење стечајним повериоцима, што ће бити директан трошак повериоца који покреће поступак. Ову околност треба да цене стечајни управник, односно повериоци који разматрају основаност и оправданост подношења побојне тужбе, а чак и у случају њеног подношења, околност да је процена извршена у складу са најбољом праксом и највишим професионалним стандардом, умањује извесност успеха у спору по побојној тужби.

Један од случајева који у пракси често даје основа за активирање излазне стратегије је и истек, односно необнављање лиценце за обављање делатности. Наступање ове околности може да представља и основ за споразумно доношење одлуке о добровољном престанку пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва. У литератури⁵⁶⁶ и у пракси, овај случај примене излазне стратегије се најчешће односи на случајеве у којима је пројектно друштво, односно заједничко привредно друштво, основано у посебне сврхе које су испуњене, услед чега је престао да постоји правни основ за даље поседовање лиценце, али и на случај кад је регулаторни орган у законом уређеном поступку, и из основа који су прописани одговарајућим актима, одузео пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву лиценцу за обављање делатности, чиме оно више не испуњава услове за обављање делатности за коју је регистровано.

Основ за активирање излазне стратегије може да буде и пренос удела извршен супротно уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта – забрањени пренос удела.⁵⁶⁷ Као што је то горе већ поменуто, јавни и приватни субјект уговором унапред преузимају међусобну обавезу да ће предузети све неопходне радње да спрече регистрацију преноса удела/акција, који је извршен противно уговору, односно да ће предузети све како би обезбедили да између уговорних страна, али и у односу на сва трећа лица, забрањен пренос не произведе никакве ефекте, односно да заједничко привредно друштво настави да послује као да забрањен пренос није ни покушан, односно да до њега није дошло. Оваква ситуација је замишљена да траје одређено време, међутим, како покушај забрањеног преноса указује на недостатак поверења, посвећености заједничком задатку са истих стратешких и пословних позиција, наставак партнерства у заједничком привредном друштву је дугорочно незамислив, те води активирању излазне стратегије кад јавни субјект откупљује од приватног субјекта његов целокупан удео/пакет акција.

Будући да се откуп удела врши у складу са генералним правилом установљеним уговором и то на основу фер тржишне процене вредности, тренутак активирања опције „истискивања“ приватног субјекта зависи од могућности јавног субјекта да обезбеди

⁵⁶⁶ *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector*, 98.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

слободна финансијска средства за откуп целокупног удела/пакета акција приватног субјекта,
и самосталног наставка реализације пројекта.

Глава X

ТРАЈАЊЕ УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА

Трајање уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта представља битан елемент ове врсте уговора, који по много чему одређује природу и динамику односа уговорних страна.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта означавају се као дугорочни, односно као дуготрајни. Дуготрајност односа⁵⁶⁸ не мора нужно да указује на стабилност односа уговорних страна, будући да се уједињени интереси јавног и приватног субјекта мењају временом, имају своју природну еволуцију, као и еволуцију узроковану наступањем одређених околности, које могу бити изазване поступањем или пропуштањем дужног поступања од стране друге уговорне стране или, међутим, наступањем околности које нису под контролом уговорних страна, а значајно утичу на њихов однос и на динамику извршења њихових међусобних права и обавеза.

У вези са дугорочношћу односа уговорних страна, на самом почетку се поставља неколико питања: (а) шта је то што одређује дужину трајања одређеног уговорног односа, (б) на који начин саме уговорне стране могу да утичу на дужину трајања уговорног односа, (в) постоји ли могућност да неко трећи утиче на дужину трајања уговорног односа, а да није уговорна страна, (г) може ли се континуирано сукцесивно закључивање уговора између истих уговорних страна, са истим предметом уговора које се протеже кроз дужи временски период, иако формално-правно краткорочни уговор, може по својим ефектима и правним последицама третирали као дугорочни уговорни однос.

Дужину трајања конкретног уговорног односа дефинише, пре свега, *предмет уговора*, а с тим у вези, и *врста*, односно *подврста уговора* који се закључује између јавног и приватног субјекта, односно између пројектног друштва и трећих лица у циљу реализације пројекта, односно извршења уговора. Како предметни уговори, по правилу, у себи обједињују две компоненте, односно две фазе – *период изградње* новог, односно техничко-оперативног унапређења, тј. реконструкције, већ постојећег објекта, постројења, односно система, и *период комерцијалног управљања* таквим објектом, постројењем, односно системом,⁵⁶⁹ дужина трајања конкретног уговорног односа представља најчешће прост збир трајања ова два периода. Међутим, овај уговорни однос је, по много чему, сложенији и не одређује га проста већ, напротив, веома сложена математика, која је у тесној повезаности са

⁵⁶⁸ Дуготрајност односа одређена је као једно од најважнијих обележја уговора јавног и приватног субјекта, који су предмет ове анализе. Вид. *Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law Contracts and Concessions*; С. Г. Средојевић, 19; Б. Радуловић, Д. Ненезић, 196-197.

⁵⁶⁹ Б. Радуловић, Д. Ненезић, 194.

начином обезбеђивања финансијских средстава за извођење радова на изградњи новог, односно унапређењу већ постојећег објекта, постројења, односно система, тј. њиховој реконструкцији, и процењено време повраћаја уложеног новца субјекта који се задужио како би обезбедио реализацију пројекта, који након истека трајања конкретног уговорног односа треба да је у целости измирио задужење, и, коначно, треба да је и зарадио од овакве дугорочне инвестиције.

Приликом заснивања конкретног уговорног односа, јавни и приватни субјект имају различите личне и пословне интересе, који се сублимишу и одражавају у јединственој каузи овог уговора – обезбеђивању пружања производа, односно услуге од општег интереса.

Као што је то већ истакнуто, интерес јавног субјекта је да кроз реализацију конкретног пројекта обезбеди обављање делатности од општег интереса, чиме ће се одређеној групи корисника, на одређеном ужем или ширем географском подручју, у зависности од конкретног предмета уговора, обезбедити производ, односно услуга од општег интереса. Та делатност, по својој природи, потпада под изворну надлежност јавног субјекта, те и изградња новог односно реконструкција, односно техничко-оперативно унапређење, већ постојећег објекта, постројења, односно система, представља изворну обавезу субјекта, за чије извршење јавни субјект нема, или нема довољно, финансијских средстава, знања, искуства, вештина, довољно стручног кадра и других формалних, финансијских и техничких услова да одређени пројекат који је изворно његов, самостално предузме и изведе.

Приватни субјект је, с друге стране, руковођен другачијим мотивима да уђе у овај уговорни однос. Започињање сарадње са јавним субјектом може да означава продор на ново тржиште, освајање нових пословних меридијана, проширење и експанзију пословних интереса приватног субјекта, ангажовање подизвођача приватног субјекта, и коначно, остваривање профита.

И јавни и приватни субјект свој крајњи пословни циљ остварују одложено, уз пуно уважавање динамике остварења интереса друге уговорне стране у овом односу, с тим што се тренутак остваривања њихових интереса разликује, што такође утиче на динамику њихових међусобних односа.

Јавни субјект свој основни интерес у конкретном пројекту практично остварује од тренутка финализације изградње новог, односно реконструкције тј. техничко-оперативног унапређења већ постојећег објекта, постројења, односно система, будући да је средство посредством кога се обезбеђује одређени производ, односно пружа одређена услуга од општег интереса тада већ ту, дакле, изграђено је и постоји, и извесно је да ће након протеча одређеног временског периода, током кога приватни субјект врши његово комерцијално искоришћавање, прећи у власништво јавног субјекта, који ће наставити његово даље комерцијално коришћење. Будући да је средство којим се обезбеђује производ, односно

услуга од општег интереса, након окончања изградње, односно реконструкције, практично већ ту, односно постоји, интерес јавног субјекта се тада унеколико мења, и усмерен је на захтев за очувањем и одржавањем вредности изграђеног тј. реконструисаног објекта, постројења, односно система, све до пуне реализације пројекта, односно извршења уговора, како би у тренутку кад га јавни субјект буде преузео, тај објекат, постројење, односно систем и даље имао своју вредност, те како би јавни субјект, тада, без значајнијих улагања, само могао да настави његово комерцијално коришћење, те, у вези са тим, и очекивано приходовање.⁵⁷⁰

Приватни субјект, најчешће, сноси, као што смо то имали прилике да видимо кроз приказ различитих модела уговора, највећи баласт одговорности за извођење конкретног пројекта, и, с тим у вези, на себе преузима и претежан део ризика, а све ово, рачунајући на успешно спровођење друге фазе пројекта – кад након изградње новог или реконструкције, тј. техничко-оперативног унапређења већ постојећег објекта, постројења, односно система, започиње са њиховим комерцијалним управљањем и коришћењем, када, заправо, започиње и остваривање прихода од целокупне инвестиције. Дакле, и у односу на приватног субјекта, тренутак остваривања његовог пословног интереса за улазак у конкретни уговорни однос, и остваривање комерцијалног ефекта инвестиције, је такође одложен, односно измештен у будућност, и то у још даљу будућност у односу на јавног субјекта.

Дужина трајања пројекта, односно дугорочност уговорног односа, одређена је управо тренутком у коме, након измирења обавеза по основу задужења за обезбеђивање финансирања изградње новог, односно реконструкције тј. техничко-оперативног унапређења већ постојећег објекта, постројења, односно система, започиње период приходовања. Који ће то тачно бити тренутак у времену, односно колико ће тачно трајати конкретан уговорни однос, зависи од претходних калкулација које су уговорне стране имале у виду приликом вођења преговора, односно у тренутку закључења уговора. Ове калкулације заснивају се на објективним и стручним проценама, које за те потребе, најчешће

⁵⁷⁰ Највећи број пројеката сарадње јавног и приватног субјекта укључује управо две фазе реализације пројекта – фазу изградње и фазу комерцијалног коришћења објекта, постројења, односно система, те након окончања фазе комерцијалног коришћења објекта, постројења, односно система од стране приватног субјекта, реализацијом пројекта, односно извршењем уговора, исти прелазе у власништво јавног субјекта. С друге стране, одређен број пројеката (заснованих на уговору о пружању услуга или управљању, на пример) не укључује фазу изградње, односно реконструкције објекта, постројења, односно система, те је интерес јавног субјекта код таквих пројеката унеколико другачији. Сарадња јавног и приватног субјекта по моделу пружања услуга, најчешће представља привремено решење, којим јавни субјект, док сам не изгради објекат, постројење, односно систем посредством кога ће обављати делатност, односно пружати услуге од општег интереса, пружање услуга делегира, односно уступа приватном субјекту, а током овог процеса, док се сам техничко-технолошки не оспособи, добија одговарајући *know-how*. Код пројеката код којих се сарадња реализује по моделу управљања и одржавања, јавни субјект такође дугорочно профитира од унапређења управљања, односно одржавања које врши приватни субјект, будући да током управљања и одржавања приватни субјект развија дистрибутивну мрежу и придобија кориснике услуга, увећавајући укупну корисничку базу, коју јавни субјект, након реализације пројекта, односно извршења уговора, преузима и наставља да убира даљу финансијску корист.

по налогу јавног субјекта,⁵⁷¹ припремају стручне службе, а неретко и специјализоване институције које поседују неопходна стручна знања у области, односно индустрији у којој се реализује конкретан пројекат.

Калкулације и процене, од којих зависи дужина трајања пројекта, односно уговорног односа, заснивају се на мерљивим и проверљивим параметрима, на студијама у одређеној области, на искуству у обављању идентичне, односно сличне врсте делатности од општег интереса, али и на анализи других веома битних параметара који нису уско повезани са конкретном индустријом, али могу да дају одговор о томе колика ће бити понуда и потражња за одређеном врстом производа, односно услуге у будућем периоду, који се, често, мери деценијама. Поменути други параметри који се узимају у обзир приликом припреме стручних анализа и студија односе се, примера ради, на демографске, тржишне, маркетиншке и друге анализе и процене, а условљени су природом конкретног пројекта.⁵⁷²

Иницијалне калкулације приликом постављања пројекта увек припрема јавни субјект, пре започињања поступка одабира приватног субјекта, као свог партнера у реализацији конкретног пројекта. Међутим, сваки озбиљан инвеститор/приватни субјект за потребе припреме будуће сарадње са јавним субјектом се, по правилу, не ослања на студије и анализе јавног субјекта већ, без обзира на издатке које то са собом носи, припрема своје студије, ради сопствене анализе и истраживања, што даје добру основу да се, полазећи од

⁵⁷¹ Уобичајено је да време трајања пројекта, односно дужина трајања уговора буде опредељена од стране јавног субјекта, те је дужина трајања пројекта и један од битних елемената у поступку одабира приватног субјекта са којим ће се реализовати конкретан пројекат. Стога, нацрт уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта садржи и одређење трајања уговора. Ово је опште правило које је и у домаћим Студијама случаја, које су садржане у Прилогу бр. 1 и које су укључене у предметну анализу, било примењено у нацртима уговора о којима су се водили преговори. Међутим, могућ је и унеколико другачији приступ – према коме јавни субјект одреди максимално трајање уговора, а приватни субјект у својој понуди, која садржи и предлог измена и допуна уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта прецизира трајање уговора, у сваком случају унутар иницијално одређеног максималног трајања уговора. Овакав приступ је тренутно примењен у неколико примера нацрта уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта о којима се тренутно воде преговори, чије појединости се не наводе због осетљиве фазе поступка закључења ових уговора, а који се овде само помињу, из разлога појашњења различитих могућности, те омогућавања компарације њихових предности и недостатака.

⁵⁷² Тако, на пример, изградња објекта, односно постројења за пречишћавање воде у одређеној јединици локалне самоуправе, или изградња регионалног ауто-пута зависи од различитих фактора. У првом случају, веома је важна демографска анализа – колико становника има конкретна јединица локалне самоуправе, који је тренд прираштаја броја становника, и да ли је већа стопа наталитета или морталитета. Такође, једнако важна је и развијеност индустрије у области у којој се гради објекат, односно постројење за пречишћавање воде и потребе других индустрија за пречишћеном водом – тако, на пример, постојање неколико већих производних система или погона у области прехранбене производње или у области фармацеутске индустрије у конкретној јединици локалне самоуправе, гарантује да ће ови системи користити услуге од општег интереса на чије је пружање усмерен конкретан пројекат, а повећање капацитета ових система и њихов раст непосредно утиче и на раст потражње за конкретном услугом од општег интереса која се пружа, и која и сама може да оствари значајан раст и увећање прихода које је последица паралелног раста других система у конкретној јединици локалне самоуправе. У случају изградње регионалног ауто-пута узимају се у разматрање други релевантни фактори, као на пример – студије саобраћаја које указују на број возила (теретних и путничких) која пролазе конкретном регијом, који су алтернативни путни правци и која је њихова оптерећеност и цена коштања услуге, која би била процењена сезонска оптерећеност пута и да ли је исти оптерећен само у одређено време, близина индустријских објеката и упућеност возила на достављање или преузимање материјала, сировина или готових производа производних система у региону, да ли се на другим путевима у околини наплаћује путарина и у ком износу, и др.

приближно истих закључака и параметара, јавни и приватни субјект споразумеју о дужини трајања уговорног односа, као и о временском оквиру предузимања конкретних фаза у реализацији пројекта на коме сарађују.

Уговорне стране могу да утичу на трајање уговорног односа на различите начине. Најпре, током преговора, у свему у зависности од особености конкретног пројекта, али и околности конкретног случаја [који може, али не мора нужно да личи ни на један претходни пројекат који може служити као узорни пример (енг. *pathfinder*)], јавни и приватни субјект се могу споразумети око дужине века трајања пројекта, у свему се ослањајући на претходне припремне податке, студије, анализе и истраживања.

Одређене релевантне датуме у реализацији пројекта, планиране током преговора, јавни и приватни субјект могу споразумно одгодити на одређено разумно време, под претпоставком да то не утиче уопште, или не утиче материјално на укупан рок, а посебно значајно, да то не утиче на вредност пројекта, тј. на укупне трошкове пројекта у односу на које се финансирање обезбеђује прикупљањем слободних новчаних средстава од стране финансијера пројекта, у поступку прибављања пројектног финансирања.⁵⁷³ У пракси, споразум јавног и приватног субјекта везан за измене конкретних рокова за предузимање одређених радњи, могућ је у случају наступања околности које нису под контролом ниједне уговорне стране, које су објективне и које је могуће отклонити, без штете по пројекат, односно без пролонгирања века пројекта, као и без увећавања трошкова пројекта.

Одговор на питање постоји ли могућност да неко трећи утиче на дужину трајања уговорног односа, а да није уговорна страна, у директној је вези са питањем на који начин се финансира реализација пројекта. У случају кад пројекат током читавог века његовог трајања финансирају јавни и приватни субјект (што је веома ретко у пракси због укупне вредности инвестиција које ниједан учесник на тржишту не може самостално да обезбеди, али је теоријски ипак могуће), не постоји ниједно треће лице ван уговорног односа јавног и приватног субјекта, које може да утиче на судбину овог односа, као и на дужину трајања пројекта односно динамику извршења уговорних обавеза уговорних страна.⁵⁷⁴ Наиме, у случају оваквих уговора комплетна реализација пројекта је у искључивој и директној контроли самих уговорних страна.

Ситуација се, међутим, драстично мења у случају кад се реализација пројекта обезбеђује путем екстерног финансирања. Највећи број пројеката који се у данашње време

⁵⁷³ У случају да се пројекат финансира обезбеђивањем средстава искључиво од стране јавног и приватног субјекта, без екстерног финансирања, споразум о роковима, те тако и о укупном трајању уговорног односа значајно је лакше постићи.

⁵⁷⁴ Ангажовање подизвођача на реализацији пројекта, односно извршењу уговора, може да утиче на благовременост извођења конкретних фаза реализације уговора, с тим да се, у пракси, рокови поступања подизвођача могу држати под контролом адекватним уговорним механизмима, тако да не долази до продужења трајања уговора, због пробијања појединих рокова од стране подизвођача.

реализују у различитим уговорним модалитетима сарадње јавног и приватног субјекта, како због укупне вредности инвестиција, тако и због финансијске кризе која на глобалном нивоу траје већ неколико година, финансирају се комбинацијом финансирања од стране оснивача пројектног друштва/заједничког привредног друштва (енг. *equity finance*) и обезбеђивањем средстава од стране финансијера пројекта (енг. *project finance*). Однос ова два извора финансирања варира од уговора до уговора, али се у пракси најчешће креће у проценту не више од 30% у корист финансирања које обезбеђују оснивачи пројектног друштва/заједничког привредног друштва, односно најмање 70% које се обезбеђује посредством финансијера пројекта.

У случају кад се средства за финансирање пројекта обезбеђују из екстерних извора, дакле посредством финансијера пројекта, ове институције су итекако заинтересоване за успешно спровођење уговора, али на начин који ће обезбедити изванредан и сигуран континуиран приход пројектног друштва/заједничког привредног друштва, будући да се из прихода овог друштва намирују потраживања финансијера пројекта. У поступку оцене кредитне способности пројектног друштва/ заједничког привредног друштва, а у вези са одобравањем пројектног финансирања, финансијери пројекта врше испитивање пословања пројектног друштва, његову имовину, садашњу и будућу вредност пословања тог друштва, и то, пре свега, уговоре на снази које то друштво има⁵⁷⁵ и који му омогућавају будући приход из кога ће друштво измиривати обавезу према финансијерима пројекта.

Како је пројектно друштво, како му и сам назив каже, привредно друштво које је основано у циљу реализације конкретног пројекта, јасно је да је највећа вредност тог друштва у будућем пословању из кога ће предметно друштво приходовати, будући да то друштво нема никакву финансијску предисторију и, најчешће, нема никакву имовину, коју ће тек стећи изградњом објекта, постројења/система,⁵⁷⁶ или та имовина нема неку посебну вредност, јер тек треба да се реконструише тј. обнови, модернизује и увећа извођењем радова на техничко-оперативном унапређењу већ постојећег објекта, постројења, односно система. У том смислу, финансијери пројекта посебну пажњу посвећују постојећим документима који установљавају принципе будућег пословања пројектног друштва, на основу кога врше процену да ли ће пројектно друштво, кад се за то стекну услови, дакле кад се изгради нови, односно реконструише тј. техничко-оперативно унапреди већ постојећи

⁵⁷⁵ Укључујући овде и закључене предуговоре или документа која у себи садрже обавезујући споразум уговорних страна о свим битним елементима уговора који ће тек закључити (енг. *term sheet*), а на основу којих се може проценити финансијско-комерцијални ефекат будуће реализације одређених уговорних односа, на којима почива укупан пројекат.

⁵⁷⁶ У случају да се ради о моделу сарадње по коме приватни субјект стиче својину над објектом, постројењем, односно системом који изгради. У пракси реализације уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, преовлађују, међутим, модели сарадње према којима јавни субјект од самог почетка задржава, односно стиче, својину над објектом, постројењем, односно системом посредством кога се обавља делатност, односно пружа услуга од општег интереса.

објекат, постројење, односно систем, обављањем делатности којима се пружају услуге од општег интереса, моћи да послује на начин да ће уз измирење свих текућих обавеза, моћи редовно, благовремено и у целости да извршава своју обавезу отплате кредита који му је одобрен у сврху реализације конкретnog пројекта.

Основни документ од кога финансијери пројекта крећу у анализу способности пројектног друштва да измири своје обавезе према њима, је управо уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, који представља и базу и круну њихове сарадње. Уз овај документ, финансијери пројекта анализирају и проучавају и друга пратећа документа, на основу којих је овај уговор закључен, али и друга документа која представљају прилог уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.⁵⁷⁷

Посебан значај приликом анализе докумената на којима се заснива сарадња јавног и приватног субјекта, финансијске институције посвећују студијама, анализама и истраживањима које утврђују исплативост пројекта и релевантни моменат у будућности од када ће пројектно друштво моћи да приходује, као и прогнозе прихода пројектног друштва.

У вези са овим истраживањима, финансијске институције ће желети да упореде студије и анализе јавног и приватног субјекта, ако су исте рађене као одвојене студије, али ће, ради осигурања повраћаја сопственог новца, односно новца чије обезбеђење аранжирају, спровести и сопствена истраживања, односно израдити посебне наменске студије и анализе, које треба да потврде или оспоре налазе и закључке студија и анализа, које су припремили и на њима засновали своју сарадњу јавни и приватни субјект. У случају да студије и анализе финансијера пројекта утврде другачије параметре пројекта, односно изведу закључке који, у крајњој инстанци и на основу економских анализа и финансијских пројекција, дају другачије податке о томе у ком тренутку се може очекивати приход пројектног друштва, и који је то очекивани прогнозирани приход пројектног друштва, што се директно одражава на критеријум исплативости пројекта и тренутак постизања исплативости, финансијери пројекта ће се, ако оцене да је пројекат уопше исплатив уз мање или веће корекције уговорених услова, вратити јавном и приватном учеснику у пројекту, и од њих захтевати одговарајуће измене уговора чије је извршење већ започето.⁵⁷⁸ Опсег промена, број измена и

⁵⁷⁷ Прилоге као саставне елементе уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешће чине: оснивачки акт пројектног друштва/заједничког привредног друштва, уговор о управљању, руковођењу и одржавању, ако је овај уговор закључен истовремено са уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта, односно документа која садрже постигнут договор јавног, односно приватног субјекта о свим битним елементима будућих уговора на основу којих ће се заснивати делатност друштва, ако је, у тренутку закључења уговора између јавног и приватног субјекта било преурањено или немогуће њихово закључивање, као што су уговор о откупу комплетног или претежног дела производа/услуга од општег интереса, и слично.

⁵⁷⁸ Концепт пројектног финансирања може да буде и другачије постављен, у смислу да пре закључења уговора, у процес оцене финансијске исплативости пројекта буду укључење и финансијске институције, које ће свакако радити своје студије, анализе и процене, и пре закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта поставити своје захтеве око обавезних елемената уговора, што у пракси доводи до продужења трајања поступка који претходи закључењу уговора (најчешће за више месеци, а некада и читаву годину), чиме се ублажава, али не искључује у

далекосежност предлога, које ће учинити финансијери пројекта се разликује од пројекта до пројекта,⁵⁷⁹ а ови захтеви могу да иду и толико далеко да задиру у битне елементе уговора, укључујући и његово трајање. Захтев за променом битних елемената уговора практично се своди на отварање нових преговора између јавног и приватног субјекта. Иако отварање нових преговора формално-правно може да буде проблематично, посебно у оним случајевима када је конкретан партнер одабран између осталих кандидата управо зато што је учинио понуду која је укључивала као битан елемент, и рок за имплементацију целокупног пројекта, а његова понуда садржала краћи рок за реализацију пројекта, искуство преговора са финансијерима пројекта и искуство рада на изменама уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта показало је, по правилу, бескомпромисност финансијера пројекта у постављању оваквих захтева, и прихватање од стране јавног и приватног субјекта, после мањег или већег опирања и минималних уступака који су им учињени, свих или претежног дела захтева финансијера пројекта.

Захтеви финансијера пројекта садржани су у предлогу измена уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, који се, неретко, доставља јавном и приватном субјекту без могућности да воде даље преговоре о предложеним изменама, по принципу „узми или остави“. Однос снага и финансијске моћи јавног и приватног субјекта у односу на финансијере пројекта, који најчешће удруженим снагама обезбеђују средства за финансирање пројекта (поготово у случају великих енергетских и инфраструктурних пројеката кад један финансијер, због укупне вредности инвестиције, такође није у могућности да прибави укупно потребна средства), не оставља простор ни за какве озбиљније преговоре. Иако се овакво понашање финансијера пројекта може, на први поглед, учинити као демонстрација самовоље, оно се, ипак, заснива једино и искључиво на вредности новца који се обезбеђује у циљу финансирања пројекта.⁵⁸⁰

потпуности, могућност каснијих захтева финансијера пројекта за додатним изменама уговора, који могу да буду засновани на промени околности након закључења уговора, у односу на оне које су они процењивали у раној фази пројекта.

⁵⁷⁹ Пракса реализације пројеката сарадње јавног и приватног субјекта показује тренд да финансијери пројекта у односу на сваки уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта имају одговарајуће захтеве у погледу побољшања уговора, увек у вези са обезбеђивањем наплате својих потраживања, који објашњавају исплативошћу и дугорочном одрживошћу пројекта.

⁵⁸⁰ Ако одређени инфраструктурни или енергетски пројекат вреди неколико милијарди евра, а ова средства готово у целисти или претежним делом обезбеђују финансијери пројекта, управо оволика вредност новца који се обезбеђује у једном тренутку или у кратким сукцесивним интервалима, са роком повраћаја од неколико година, а често и неколико деценија, у свему у зависности од предмета конкретног пројекта, објашњава и оправдава овакав захтев финансијских институција. Ово посебно из разлога што су средства обезбеђења која пројектно друштво, које нема имовину и нема кредитну историју, треба да пружи финансијерима пројекта, веома ограничена, те је са становишта вредности новца, за финансијере пројекта исплатива само она инвестиција, која доноси значајан одложен приход, уз право на значајне интервенције не само у односу на текст уговора, већ, како ћемо видети касније, и у односу на интервенције током реализације пројекта, односно извршења уговора, укључујући и најрадикалнију меру преузимања пројекта у циљу обезбеђивања његовог преживљавања.

Као закључак се, дакле, изводи следеће – у пројектима у којима се финансијска средства којима се обезбеђује финансирање пројекта обезбеђују из екстерних извора, задуживањем пројектног друштва код финансијских институција, финансијери пројекта који нису страна уговорница у уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта, имају директан и далекосежан утицај на судбину већ закљученог уговора између јавног и приватног субјекта, на битне елементе уговора, укључујући и трајање уговора између јавног и приватног субјекта. Ови уговори у том смислу, представљају одређену врсту правног преседана будући да треће лице, које је од велике важности за реализацију пројекта, али је формално-правно ван уговорног односа јавног и приватног субјекта, утиче на вољу уговорних страна, неретко и условљавајући уговорне стране, на измену њиховог договора, и то не само у погледу ситних детаља реализације сарадње, већ у суштинским одредбама којима се мењају битни елементи уговора. Овакве измене уговора, на захтев трећег лица, ван уговорног односа јавног и приватног субјекта, релативизују једно од основних начела облигационог права – *начело аутономије воље уговорних страна*. Други уговори који се закључују у правном промету често садрже одредбу која прописује да ће уговорне стране, ако током реализације уговора нека од одредаба уговора постане незаконита или њено спровођење постане немогуће за уговорне стране, преговарати у доброј вери како би такву одредбу заменили одредбом која одражава вољу уговорних страна у тренутку закључења уговора, али која ће уговор учинити законитим и спроводивим. Условљавање измена уговора које захтевају финансијери пројекта, излази изван редовног режима измене уговора, будући да се у оваквим случајевима не ради ни о ситуацији да је извршење одређене одредбе постало незаконито, односно немогуће за уговорне стране, већ је оно, према мишљењу трећег лица, које није уговорна страна, а није ни надлежни државни орган који цени законитост обавеза уговорних страна, потребно, како би се уговор реализовао, али остварила и кауза тог трећег лица из будућег уговора које ће оно тек закључити са пројектним друштвом, и то под условом да се одредбе већ закљученог уговора о сарадњи јавног и приватног учесника субјекта измене на задовољавајући начин, према разумевању и прихватању тог трећег лица – финансијера пројекта. Ово је још један пример одступања ових уговора из општег режима према коме се врше измене уговора, у складу са општим правилима облигационог права.

И на крају, као једно од отворених питања у вези са трајањем ове врсте уговора поставља се и питање може ли се континуирано сукцесивно закључивање уговора између истих уговорних страна, са истим предметом уговора, које се протеже кроз дужи временски период, иако се формално-правно може одредити као краткорочни уговор, по својим ефектима и правним последицама третирати као дугорочни уговорни однос. Иако би се већина правних теоретичара и практичара, вероватно, повела формално-правним аргументом – дужином трајања уговора и његовим сукцесивним поновним закључивањем –

и стала на становиште да овакви уговори не одражавају дугорочан однос, аутор ризикује да има другачије мишљење и сматра да се ови уговори, без озбира на свој кратак животни век, управо због континуитета у поновном закључењу које, у пракси може да траје десетинама година, и идентичног предмета уговора и свих битних елемената уговора, осим цене која се мења на годишњем нивоу, могу сматрати уговорима којима се установљава дугорочан однос. Особности ових уговора у односу на велику већину уговора који потпадају под категоризацију уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, огледају се у следећем: (а) ови уговори не подразумевају изградњу новог, односно реконструкцију тј. техничко-оперативно унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, што их не дисквалификује из подвођења под категорију уговора која је предмет ове анализе, будући да се они могу сврстати под подкатегорију ових уговора означених као уговори о пружању услуга, на начин на који су приказани у Глави IV, одељак 4.2; (б) предмет ових уговора представља пружање услуга од општег интереса, чије пружање започиње одмах након закључења уговора и траје све до истека уговора;⁵⁸¹ (в) након истека уговора, јавни субјект, будући да сам нема довољно капацитета за пружање услуге од општег интереса у условима, нажалост веће потражње за овом врстом услуге од могућности јавног субјекта да је пружи, након спровођења јавног поступка (тендер) поново ангажује приватне субјекте, закључивањем новог уговора; (г) цена пружања конкретних услуга се мења на годишњем нивоу, будући да представља битан елемент уговора који закључују јавни и приватни субјект, при чему и ову цену одређује, као и код велике већине уговора који су предмет ове анализе, јавни субјект, који је истовремено и главни клијент приватних субјеката. Овим се обезбеђује конкурентност која не постоји код осталих дугорочних уговора који су предмет ове анализе. Имајући у виду горе наведено, а посебно околност да се између истих уговорних страна сукцесивно закључује уговор идентичне садржине, са идентичним обавезама уговорних страна (уз изузетак одредбе која одређује висину цене, која се мења на годишњем нивоу, а чији пандан представљају одредбе других уговора који су предмет ове анализе, а који допуштају промену цене током века трајања уговора, у свему у складу са тржишним принципима и методологијом обрачуна цене услуга од општег интереса у појединим индустријама), сматрамо да се овим уговором, без озбира на формално-правни моменат једногодишњег закључивања овог уговора и његовог континуираног поновног закључивања под истим условима, уз изузетак цене, ствара дугорочан однос између јавног и

⁵⁸¹ Као пример оваквог уговора може да послужи домаћа Студија случаја 4, садржана у Прилогу бр. 1, која се односи на закључење различитих уговора о пружању здравствених услуга, као услуга од општег интереса, на основу којих су приватни субјекти, одмах након закључења уговора, ангажовањем својих средстава, капацитета, стручњака и искуства, као и расположивошћу капацитета за пружање здравствених услуга, којима не располаже јавни субјект у условима повећане потражње за конкретним врстама здравствених услуга, а ограниченог капацитета за пружање ових услуга на страни јавног субјекта, започињали са пружањем конкретних здравствених услуга за које им је јавни субјект плаћао уговорену цену.

приватног субјекта, који има сва друга обележја уговора који су приказани у овој дисертацији, те да се са правом може сматрати дугорочим уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта.

Трајање уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта према моделу сарадње уговорних страна

Трајање уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта у директној је зависности од модела сарадње уговорних страна, условљеног природом конкретног пројекта.

Сарадња јавног и приватног субјекта према *моделу пружања услуга*, у пракси уобичајено траје између једне и три године.

Уговор јавног и приватног субјекта по *моделу управљања* закључује се у трајању од једне до пет година.

Пројекти сарадње јавног и приватног субјекта који се реализују по *моделу закупа* уобичајено трају између осам и 15 година.

Концесија се приватном субјекту уобичајено даје на период између 25 и 30 година.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта према *ВОТ моделу*, и сличним моделима, најчешће се у пракси закључују на период између пет и десет година.

Уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса веома се ретко закључује као самосталан уговор, те је његова дужина трајања условљена дужином трајања неког другог уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта у вези са којим се закључује, а у пракси се ови уговори најчешће закључују на период између 20 и 30 година.

Уговор о оснивању заједничког привредног друштва и уговор о приватизацији најчешће не садрже одређење њиховог трајања, што је у директној вези са правим основом сарадње јавног и приватног субјекта, која се заснива на учешћу у капиталу привредног друштва. Уговор о оснивању заједничког привредног друштва најчешће представља прилог генералног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, који као обавезну фазу у реализацији пројекта предвиђа оснивање заједничког привредног друштва. Иако одредбе оснивачког акта заједничког привредног друштва садрже назначење да се друштво оснива на неодређено време, имајући у виду да је заједничко привредно друштво у суштини пројектно друштво, које треба да непосредно изведе конкретан пројекат, у пракси се трајање заједничког привредног друштва подудара са, или је унеколико краће од трајања пројекта, најчешће између десет и 30 година.

Уговор о приватизацији, са друге стране, не садржи одређење трајања, јер се њиме мења власничка структура друштва. Међутим, код уговора о приватизацији се често могу срести одредбе којима се у одређеном трајању, рачунајући од дана закључења уговора о

приватизацији, у којим роковима приватни субјект треба да изврши своје инвестиционе обавезе, забрањује предузимање одређених радњи које могу да утичу на имовину и трајање друштва које је било предмет приватизације.

Трајање уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта у упоредном законодавству

Упоредноправном анализом законских решења у погледу трајања уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта може се утврдити да се трајање уговора не уређује у законима свих држава, а у онима у којима се уређује максимално трајање ових уговора, ова скала је различито постављена.

Шпански Закон бр. 30/2007 о уговорима из јавног сектора⁵⁸² односно Декрет 817/2009 о уговорима из јавног сектора,⁵⁸³ на основу кога се спроводи поменути закон, прописују да ће дужина трајања уговора из јавног сектора бити одређена у односу на природу услуга које се пружају, њихове основне карактеристике и начин финансирања (члан 23 Закона 30/2007). Ипак, уговор о концесији јавних радова закључује се на рок који не може да буде дужи од 40 година (члан 244 Закона). С друге стране, уговор о пружању услуга из јавног сектора и управљању не може да буде закључен на период дужи од: (а) 50 година, за уговоре који укључују извођење радова и услуга из јавног сектора, осим ако су у вези са јединственим тржиштем велепродаје за прехранбене производе, којим управља општинско предузеће у мешовитом власништву, у ком случају трајање уговора не може да буде дуже од 60 година, (б) 25 година, за уговоре који укључују пружање услуга из јавног сектора, а које нису везане за пружање здравствених услуга, и (в) десет година за уговоре који укључују пружање услуга из јавног сектора, а чији је предмет пружање здравствених услуга (члан 254 Закона). Такође, уговори о пружању услуга из јавног сектора не могу се закључити на период дужи од четири године у оквиру буџетских ограничења, а под условима прописаним законом овај рок се може изузетно продужити на још максимално две године, тако да укупно трајање уговора буде максимално шест година (члан 279 Закона). И на крају, уговор о сарадњи јавног и приватног сектора не може да траје дуже од 20 година, осим у случају кад природа предмета уговора захтева другачије, у ком случају се трајање уговора ограничава на максималних 40 година (члан 290 Закона).

У Данској, Закон о јавним грађевинским радовима⁵⁸⁴ не уређује максимално трајање уговора, с тим да у пракси уговори јавног и приватног субјекта, у зависности од предмета и

⁵⁸² У оригиналу: *Ley 30/2007 de Contratos de Sector Público*.

⁵⁸³ У оригиналу: *Real Decreto 817/2009*.

⁵⁸⁴ У оригиналу: *Lov om offentlig byggevirksohmhed, udbudsdirektivet*.

начина финансирања, најчешће трају између 15 и 25 година, а закључују се најчешће у вези са инфраструктурним пројектима.

Према бразилском Савезном закону о јавно-приватним партнерствима 11.079 из 2004. године уговори јавног и приватног субјекта се могу закључити у вези са пружањем услуга, монтажом опреме или извођењем јавних радова у трајању до најдуже пет година, под условом да је вредност уговора мања од 20 милиона бразилских реала, док се уговори који имају за предмет извођење грађевинских радова и управљање изграђеним објектима, постројењима и системима, чија вредност премашује 20 милиона реала, закључују на период од пет до 35 година (члан 2 Закона).

Португалски Законик о јавним уговорима⁵⁸⁵ прописује да уговори о набавци, закупу и уговори о пружању услуга не могу да трају дуже од три године, док је максимално трајање уговора о концесији ограничено на 30 година (члан 410 Законика).

Хрватски Закон о јавно-приватном партнерству⁵⁸⁶ прописује да уговори о јавно-приватном партнерству не могу трајати краће од три, нити дуже од 40 година.

Турски Закон о уступању производње, испоруке, дистрибуције и продаје електричне енергије бр. 3096 из 1984. године,⁵⁸⁷ као основни закон који уређује закључивање уговора јавног и приватног субјекта ограничава дужину трајања уговора на 99 година (члан 7).

Трајање уговора о концесији је према Закону о јавним набавкама Словачке⁵⁸⁸ ограничено на 30 година (члан 66).

Према Закону о јавним набавкама Републике Естоније⁵⁸⁹ РТ I 2011, 15, 21 уговор јавног и приватног субјекта се закључује на минимум 20 година.

Према Закону о улагањима Литваније,⁵⁹⁰ партнерство јавног и приватног субјекта не може трајати краће од три, нити дуже од 25 година (члан 15).

У Швајцарској и Аустрији се уговори јавног и приватног субјекта најчешће закључују на период између 25 и 30 година, док у Немачкој и Великој Британији овај период износи најчешће 30 година, а у Италији, у зависности од врсте уговора, уговори се закључују на период између три и 50 година.⁵⁹¹

⁵⁸⁵ У оригиналу: *Código dos Contratos Públicos*.

⁵⁸⁶ *Zakon o javno-privatnom partnerstvu, Narodne Novine*, br. 78/12 i 152/2014).

⁵⁸⁷ *Law 3096 on the Assignment of Institutions other than Turkish Electricity Administration for Electricity Production, Transmission, Distribution and Trade*.

⁵⁸⁸ *Act. No. 25/2006 Coll. Public Procurement Act*.

⁵⁸⁹ Закон о јавним набавкама од 01.05.2007. године, бр. РТ I 2011, 15, 21 са последњим изменама од 01.01.2014. године, бр. РТ I, 23.12.2013, 2.

⁵⁹⁰ *Law on investments* No VIII-1312/99, No XI-299/2009, No VIII-1312/2014.

⁵⁹¹ M. Rossi, R. Civitillo, 144-146.

Трајање уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта у домаћем праву

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама прописује да се рок на који се закључује јавни уговор одређује на начин који не ограничава тржишну утакмицу више него што је то потребно да се обезбеди амортизација улагања приватног субјекта и разуман повраћај уложеног капитала, истовремено узимајући у обзир ризик који је повезан са комерцијалним коришћењем предмета уговора.

Предметни закон, тако, прописује да рок на који се закључује јавни уговор не може да буде краћи од пет, нити дужи од 50 година, уз могућност да се након истека уговореног периода закључи нови уговор, уз избор приватног субјекта на начин и у поступку прописаним тим законом.⁵⁹²

Кад се јавним уговором додељује концесија, рок се утврђује у складу са поменутиим законом, осим ако је посебним законом по коме се даје концесија одређен другачији рок, који у сваком случају почиње да тече рачунајући од дана потписивања јавног уговора.

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама додатно прописује да се рок на који је закључен јавни уговор не може продужити, осим у случају када је приватни субјект, без своје кривице онемогућен у спровођењу својих уговорних обавеза.⁵⁹³

⁵⁹² ЗЛППК, чл. 18.

⁵⁹³ ЗЛППК у погледу продужења рока трајања јавног уговора садржи значајно ригиднију одредбу у односу на одредбу чл. 30 раније важећег ЗК који је прописивао да се уговором о концесији може предвидети могућност продужења концесије ако после закључења уговора дође до битне промене услова под којима је концесија дата, који суштински отежавају испуњење уговора за једну страну, или услед којих не може да се оствари сврха уговора, и ако се таква промена није могла предвидети у моменту закључења уговора, при чему такво продужење може трајати максимално до истека најдужег рока на који се концесија могла дати према ранијем закону – 30 година. Одредба ЗЛПП-а је утолико ригидна што онемогућавање извршења уговора везује само за случај када је приватни субјект, без своје кривице, онемогућен у спровођењу својих уговорних обавеза. Досадашња пракса закључивања овакве врсте уговора показала је неспремност и неспособност учесника у пројекту, нажалост пре свега на страни јавног субјекта, да размишљају отвореније и флексибилније (енг. *out of box*), у смислу да овај уговорни однос не посматрају искључиво кроз строго формално-правну визуру, јер је овај однос јавног и приватног субјекта понајмање правни однос – он је, пре свега, пословни, економско-комерцијално-финансијски однос, и велики технички и инвестициони пројекат, са много учесника у односу који утиче на његову унутрашњу и спољну динамику, који се протеже кроз дуг временски период који додатно усложњава његову анатомију. На основу искуства рада на неколико неуспелих пројеката који су пропали управо због инсистирања на легалитету, коме је дат апсолутни приоритет, над каузом самог уговора и економско-комерцијалним рацијама који су доказивани, али ни то није био довољно убедљив аргумент струке у односу на одсуство струке, дужни смо да на овом месту још једном укажемо на нужност разумевања комплексности, дубине, сложености и вишеслојности овог дугорочног живог односа са много учесника који на њега утичу, и још више спољних и унутрашњих ризика који прате спровођење оваких уговора. Отуда одредба чл. 18 ЗЛППК противречи основном принципу на коме овакви уговори треба да почивају – начелу флексибилности које мора да одговори изазовима времена у коме живимо, економске и инвестиционе климе, сталне промене прописа која је нужност поступка постепеног придруживања Европској унији и, нажалост, ограниченим могућностима јавних субјеката да самостално допринесу унапређењу стандарда живота становника Републике Србије, те нужности да се јавни субјекти све више окрећу оваквим моделима сарадње са приватним инвеститорима.

Глава XI

ПОЧЕТАК ИЗВРШЕЊА УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА

1. Улога јавног субјекта у различитим фазама реализације пројекта

Реализација пројекта, односно извршење уговора који су предмет ове анализе најчешће се спроводи у фазама. У зависности од конкретног модела уговора, фазе се могу разликовати. Уговори који укључују изградњу новог, односно реконструкцију тј. техничко-оперативно унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, најчешће имају две основне фазе: (а) фазу изградње, односно реконструкције тј. техничко-оперативног унапређења постојећег објекта, постројења, односно система, и (б) оперативну фазу, која подразумева обављање делатности, односно пружање услуга коришћењем, односно стављањем у функцију новог или унапређеног објекта, постројења, односно система. Ове фазе су уобичајене за уговоре о концесији, *BOT* модел уговора, уговоре по моделима сличним *BOT* моделу, неименоване уговоре који укључују изградњу, као и флуидне уговоре који у себи комбинују елементе различитих модела уговора јавног и приватног субјекта, који као обавезан елемент укључују ужи или шири обим радова на изградњи. Другу категорију уговора, како смо то могли да видимо у Глави IV, чине уговори који као свој претежни или искључиви предмет имају пружање услуга, односно управљање објектом, постројењем, односно системом, који такође могу да се организују по фазама, које нису опредељене разликом у врсти обавезе приватног учесника у послу, већ се истородна врста обавезе пројектног друштва или приватног учесника у пројекту, како је применљиво, може поделити у различите фазе према броју јединица, деоница, временски или сезонски опредељеној фази, броју услуга и слично. Уговор о приватизацији се, иако се суштински разликује од горе наведених модела, такође најчешће извршава у уговореним фазама, у којима је инвестициона обавеза најчешће опредељена тако да обавезује приватног субјекта на одређена чињења у одређеним периодима, а и саме обавезе приватног субјекта у различитим фазама могу да буду другачије према предмету. И на крају, уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса такође се може реализовати по фазама, с тим да су фазе реализације тог уговора најчешће условљене фазама реализације основног уговора на који се овај уговор наслања, кога допуњује, односно на кога се надовезује.

Улога јавног субјекта се, независно од модела уговора, суштински разликује у различитим фазама реализације пројекта. Истицање разлике у обавезама јавног субјекта је важно у контексту основног питања на коме се заснива однос јавног и приватног субјекта –

питању расподеле ризика и радњи, понашања и активности учесника у реализацији пројекта, односно уговорних страна. Питање расподеле ризика даље води и у питање оправданости пројекта, а за јавног субјекта питање преузимања више обавеза него што је то уобичајено, пожељно, оправдано или целисходно отвара и питање преиспитивања основног критеријума којим јавни субјект треба континуирано да се руководи и који непрекидно треба да потврђује – захтев за обезбеђивањем испуњености критеријума „вредности за новац“.

Улога и овлашћења јавног субјекта су различита и у фази која се најчешће неправедно занемарује у анализи односа јавног и приватног субјекта,⁵⁹⁴ која претходи самом закључењу уговора, а која може да буде од круцијалног значаја по реализацију пројекта, будући да се у њој: (а) препознаје општи интерес за спровођењем одређеног пројекта, (б) препознају и аргументују ограничења јавног субјекта, (в) одређују циљеви сарадње, (г) опредељују критеријуми за испуњење замишљених циљева, (д) врши пројекција времена које је потребно за извођење пројекта, (ђ) процењује вредност пројекта и цена коју ће јавни субјект плаћати приватном субјекту у пројекту, односно део цене, ако је применљиво, чије се плаћање може у целости или делимично преусмерити на крајње кориснике производа, односно услуга од општег интереса, (е) врши иницијална временска и трошковна калкулација одрживости пројекта, (ж) иницирају сви формални кораци у правцу припреме пројекта, (з) детаљно уређују критеријуми које треба да испуни приватни субјект, и (и) предузимају све друге активности којима се пројекту даје иницијални импулс.

Улога и обавезе јавног субјекта захтевају његову максималну агилност, будност, проактиван однос и максималну упућеност како на крајње кориснике услуга у чијем интересу се пројекат реализује,⁵⁹⁵ тако и на активан однос према потенцијалним партнерима у пројекту (будућим приватним субјектима), у смислу препознавања круга заинтересованих приватних субјеката, разумевања њихових пословних циљева и ограничења, успостављања конструктивног дијалога са што је могуће ширим кругом заинтересованих приватних инвеститора, ради њиховог анимирања, разумевања њихових ранијих искустава и ограничења у реализацији истих или сродних пројеката, а све ово у циљу постављања реалних, објективних, комерцијално одрживих параметара пројекта, који ће обезбедити довољну атрактивност пројекта, већу конкурентност у спровођењу поступка одабира

⁵⁹⁴ *Standardization of PFI Contracts*, Version 4, HM Treasury, March 2007, 17-18.

⁵⁹⁵ У реализацији пројеката сарадње јавног и приватног субјекта се сматра да пројекат није испунио свој циљ ако није, пре свега, обезбедио испуњење општег интереса – интереса шире популације корисника конкретног производа, односно услуге од општег интереса, па тек онда, испунио индивидуалне интересе и очекивања јавног и приватног субјекта. Интерес крајњих корисника и интереси јавног и приватног субјекта најчешће се у пракси не поклапају, а интереси финансијера пројекта представљају одвојен блок интереса, који се налази на потпуно другој страни у односу на крајње кориснике, као и јавног и приватног субјекта.

приватног инвеститора као будућег партнера у реализацији пројекта, и обезбеђивању исплативости пројекта, коју ће процењивати финансијери пројекта.

Пред јавним субјектом се налази озбиљан задатак у коме он, заједно са својим експертским тимом сарадника и консултаната, настоји да на ефикасан, економичан и конструктиван начин обезбеди испуњеност фундаменталних предуслова за започињање сарадње са приватним субјектом у селективном и конкурентном поступку одабира најбољег понуђача, на основу процене искуства, знања, вештина, техничко-технолошке и кадровске оспособљености, финансијског капацитета да се пројекат изнесе, и коначно, укупне цене реализације пројекта.

Јавни субјект у овој фази преузима двојаку одговорност и сноси двоструко бreme: (а) јавно признаје да није у могућности да самостално обезбеди услове за обављање делатности, односно за пружање услуга од општег интереса које спадају у његову искључиву надлежност, и (б) преузима одговорност за утрошено време и трошкове ангажовања стручних лица, која треба да му помогну у осмишљавању пројекта који ће омогућити остваривање циља који он самостално не може да оствари, што поред репутационе одговорности носи и одговорност за трошење буџетских средстава, за које полаже рачун.

Фаза која претходи закључењу уговора најчешће укључује следеће радње и активности: (а) одређивање циља и сврхе спровођења пројекта уз паралелно, што је могуће реалније и објективније, сагледавање ограничења пројекта и дефинисање комфорне зоне постизања компромиса између захтева јавног субјекта и очекиваних захтева приватног субјекта, које допуштају одступање од идеално постављеног циља и проналажење разумне мере усклађивања наизглед непомирљивих захтева, очекивања и циљева јавног и приватног субјекта; (б) брижљиву анализу и темељно разумевање коментара на нацрт уговора, образложења, захтева, методологија, техничких спецификација, финансијског модела, пројекција пословног плана и буџета пројектног друштва и слично, што представља први конкретнији корак ка разумевању позиције и ограничења приватног субјекта, у интересу проналажења будуће мере компромиса; (в) преговарање са заинтересованим приватним субјектом, које обезбеђује постизање сагласности о свим битним елементима уговора, уз допуштање могућности споразума о разумној мери могућих будућих измена уговора, које може наметнути сам ток реализације пројекта, односно извршења уговора, промене околности, захтеви финансијера пројекта и слично, при чему измене уговора до којих потенцијално може да дође не би требало да утичу на пројектовану динамику реализације пројекта, а посебно не би смеле да доведу до одлагања оперативне фазе реализације пројекта, будући да померање рокова, а посебно рока започињања оперативне фазе пројекта, може озбиљно да уздрма основни критеријум чијем испуњењу тежи јавни субјект – задовољење захтева „вредности за новац“; (г) обавезно укључивање у уговор, што је могуће

више, елемената кључних за реализацију пројекта, одређених или барем одредивих параметара, усаглашавање, у мери у којој је то објективно могуће, свих битних елемената будућих уговора који ће се реализовати како током фазе изградње, тако и током оперативне фазе, што се све, у пројектованим калкулацијама обе уговорне стране, мора уклопити у финансијски модел, пројектовани пословни план и буџет пројектног друштва, методологију одређивања накнаде која се плаћа приватном субјекту, односно пројектном друштву, било непосредно од стране јавног субјекта или од стране крајњих корисника услуга, и друго.

Код свих уговора јавног и приватног субјекта који су предмет ове анализе, без обзира на модел конкретног уговора, највећи део ризика везан за реализацију пројекта, односно извршење уговора, сноси приватни субјект, односно пројектно друштво. Приватни субјект, односно пројектно друштво преузима на себе ризик пројектовања, изградње, финансирања, управљања и одржавања објекта, постројења, односно система, као и све ризике који су повезани са обављањем делатности, односно пружањем услуга од општег интереса. Отуда, јавни субјект треба да обезбеди да ризици остану тамо где су иницијално преузети – на приватном субјекту, односно на пројектном друштву.

У првој фази – фази изградње, код пројекта који подразумевају извођење радова на изградњи новог, односно реконструкцији тј. техничко-оперативном унапређењу већ постојећег објекта, постројења, односно система, јавни субјект треба да обезбеди да он, односно са њим повезана лица, државни органи или други јавни субјекти чију подршку може да обезбеди, обезбеде благовремено и потпуно извршење обавеза јавног субјекта, које су најчешће повезане са прибављањем, односно издавањем неопходних сагласности, дозвола, лиценци, издавањем административних одобрења, израдом потребне документације у искључивој надлежности јавног субјекта и др., што све представља предуслов за даље поступање приватног субјекта.

Током ове фазе, јавни субјект, такође, треба да сарађује са приватним субјектом, односно пројектним друштвом, у смислу провере документације, испитивања и провере испуњености услова на страни приватног субјекта, односно пројектног друштва, контроле и примопредаје одређених деоница, лотова или серија, у зависности од уговорене јединице извођења пројекта, односно давања благовремених коментара и примедби на достављена документа, радове или ситуације, провере испуњености уговорених захтева у вези са применом одређене опреме, технологија, извршењем обавезе едукације кадра јавног субјекта од стране приватног субјекта, кад обављање делатности укључује и овакву, и предузимања других мера, у којима, по уговору, треба да учествује и јавни субјект. Све наведне активности и радње представљају у свом збиру предуслов за обезбеђивање блавременог отпочињања оперативне фазе.

Реализација пројекта, међутим, може да буде изложена утицају чинилаца који су ван контроле уговорних страна, који доводе до промене околности у односу на оне које су постојале у тренутку закључења уговора, што се све последично одражава на реализацију пројекта и уговорене рокове, а што се, у крајњој инстанци, рефлектује на укупне трошкове пројекта, и потенцијално доводи у питање његову исплативост. У том смислу, јавни субјект има и обавезу, у сарадњи са приватним субјектом или независно од њега, да предузима неопходне мере у циљу превазилажења наступања, или умањења ефекта промењених околности које могу да се одразе на планирани датум започињања оперативне фазе реализације пројекта, и других активности које могу бити уговором посебно уређене, а које су такође засноване на императиву одржања пројекта и очувања његове изводљивости и финансијске исплативости.

Мера неопходне флексибилности, коју ови уговори нужно претпостављају, и мера добре воље, која превазилази уобичајену дозу флексибилности коју ови уговори носе, а која у пракси често мора да се демонстрира како би пројекат одржала у животу у случају наступања одређених околности које се нису могле предвидети током вишедеценијског трајања уговора, не сме ни у једном тренутку да прерасте у преузимање додатних обавеза јавног субјекта, чиме се нарушава обавезујућа формула његовог поступања – континуирано испуњење критеријума „вредности за новац“. Флексибилност коју уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта нужно захтевају, у појединим случајевима, ће исходити и преузимањем одређених ризика од стране јавног субјекта, које је иницијално сносио приватни субјект, односно пројектно друштво, с тим што се и у таквим случајевима нужно намеће питање мере, која треба да је таква да обезбеди одржање пројекта, али никако да угрози јавног субјекта, јер ће и преузимање ризика од стране јавног субјекта, са којима он не може да се носи, неумитно водити угрожавању опстанка пројекта.

Од тренутка започињања оперативне фазе пројекта, јавни субјект је у унеколико релаксиранијој позицији у односу на приватног субјекта, односно на пројектно друштво, будући да од тог тренутка комплетан ризик управљања, одржавања и обезбеђивања исплативости пројекта практично лежи на приватном субјекту, односно на пројектном друштву. У пројектима у којима је почетку оперативне фазе претходила фаза изградње, јавни субјект је већ делом остварио оно чему је тежио, а сам није могао да обезбеди – објекат, постројење, односно систем су изграђени, односно реконструисани по уговореним стандардима, а исти након протекла уговореног рока оперативне фазе спровођења пројекта треба да пређу у руке јавног субјекта, који ће, користећи их, наставити да обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса.

Приватни субјект, односно пројектно друштво, с друге стране, након окончања фазе изградње има уговором ограничено време, током кога треба да обавља делатност, односно

пружа услуге од општег интереса, и за то добија одговарајућу накнаду, из које треба да измири задужење по основу пројектног финансијера, и да обезбеди исплативост сопствене инвестиције. Приватни субјект, дакле, кроз оперативну фазу пројекта, треба да поврати вредност средстава које је као оснивач уплатио/уложио у друштво, али и да осигура одговарајућу пројектовану зараду од пројекта (кроз дивиденду),⁵⁹⁶ који је и био основни мотив приватног субјекта у тренутку заснивања уговорног односа.

Оперативна фаза реализације пројекта из перспективе јавног субјекта укључује следеће радње и активности: (а) контролу уговореног опсега/обима, начина обављања и квалитета обављања делатности од општег интереса, (б) примену уговорених технологија, *know-how*-а, осавремењивања знања и обуке запослених јавног субјекта, чиме се обезбеђују предуслови за постизање уговореног стандарда квалитета, (в) допуштenu контролу трошкова управљања и одржавања објекта, постројења, односно система, како пројектно друштво, у циљу увећања сопственог прихода не би штедело на оперативним трошковима, што би краткорочно или дугорочно могло да се одрази на техничку исправност, функционалност, оперативност и животни век објекта, постројења, односно система, и што би могло да угрози испуњење критеријума „вредности за новац“ којим се руководи јавни учесник у пројекту.

И оперативна фаза реализације пројекта, баш зато што може да буде критична за приватног субјекта, односно за пројектно друштво, на начин да може да доведе у питање даљу реализацију пројекта, односно извршење уговора, такође треба да буде фаза у којој ће јавни субјект показати разумевање за постизање компромиса, у случају наступања околности које могу уздрмати пројекат и довести у питање даље извршење уговора. У овој фази реализације пројекта, у пракси се веома ретко срећу случајеви у којима јавни субјект преузима на себе део обавеза коју пројектно друштво није могло да изврши, како би обезбедио опстанак пројекта, али се мера разумевања у овој фази може огледати у спремности на одређене измене уговора које доприносе одржавању пројекта и испуњењу циља и сврхе закључења уговора за обе уговорне стране.

⁵⁹⁶ Зараду од пројекта приватни субјект остварује кроз дивиденду, односно међудивиденду, која се члановима/акционарима друштва, може исплатити у случају да је пројектно друштво остварило добит. Оснивачи пројектног друштва, иако би према општим правилима компанијског права имали право на дивиденду у случају позитивног финансијског резултата пројектног друштва, околност да се пројектно друштво задужило кроз пројектно финансирање, значајно утиче на динамику исплате дивиденде. Финансијери пројекта захтевају у уговорима о кредиту, којима се обезбеђује пројектно финансирање, да се дивиденда члановима/акционарима пројектног друштва, исплаћује тек након што пројектно друштво исплати укупан дуг по основу пројектног финансирања, што значи да чланови/акционари друштва приходују од инвестиције одложено, тек након намирења финансијера пројекта. Могуће је да финансијери пројекта допусте да се члановима/акционарима друштва омогући исплата дивиденде/међудивиденде и пре пуног измирења обавеза по основу пројектног финансирања, али се оваква могућност посебно преговара у уговорима са финансијским институцијама, и у пракси се знатно ређе среће.

2. Критични датуми везани за почетак извршења уговора

Уговори јавног и приватног субјекта опредељени су, условљени и на бројне начине обележени карактеристичним обележјима конкретног пројекта. Критични датуми у реализацији пројекта везују се за наступање или ненаступање уговором одређеног или одредивог датума до кога, односно закључно са којим, треба да буду испуњени одређени претходни услови за даљу реализацију уговора, односно треба да отпочну одређене уговором прецизиране фазе. Без обзира на модел уговора, који сам по себи носи одређене специфичности, како смо имали прилике да видимо у Глави IV, највећи број уговора који су предмет ове анализе препознаје два критична датума: (а) датум испуњења претходних услова (енг. *long stop date* или *effective date*),⁵⁹⁷ и (б) датум отпочињања оперативне фазе у реализацији пројекта (енг. *service commencement date*), при чему ненаступање ових датума, односно њихово ненаступање о року, има различите последице по даљу судбину уговора.

Датум испуњења претходних услова је датум који означава тренутак у коме практично започиње реализација пројекта. Имајући у виду комплексност односа уговорних страна, дужину трајања њиховог односа, одређене студије, анализе и налазе приватног субјекта, које су му указале на потенцијалне проблеме у реализацији пројекта, које је могуће отклонити и обезбедити солидну основу за почетак сарадње јавног и приватног субјекта, а посебно имајући у виду одређене регулаторне захтеве за отпочињање уговорне или институционалне сарадње, уговори јавног и приватног субјекта, по правилу садрже, листу претходних услова који се морају кумулативно испунити да би пројекат почео да се спроводи.

Највећи број ових услова везан је за обавезу предузимања радњи, односно исходавања одређених сагласности, добијања одобрења, решења, дозвола, лиценци, извођења одређених радова и слично, које најчешће треба да испуни јавни субјект, или их заједно предузимају јавни и приватни субјект, како би се обезбедили потребни предуслови да пројекат започне да се реализује. Дакле, од дана закључења уговора до дана кумулативног испуњења уговором предвиђених претходних услова практично тече „нулта“ фаза у реализацији уговора, чијим испуњењем настају предуслови за отпочињање наредне фазе уговора.⁵⁹⁸

Извршавање обавеза јавног субјекта у вези са давањем одобрења, сагласности, издавања дозвола, решења, лиценци и слично у овој тзв. „нултој“ фази не може да надомести, нити да замени извршење ових обавеза у фази изградње, будући да извршење конкретних обавеза мора да прати технику, технологију, методологију, и коначно

⁵⁹⁷ *Standardization of PFI Contracts*, 29.

⁵⁹⁸ Код уговора који подразумевају изградњу новог, односно реконструкцију већ постојећег објекта, постројења, односно система, након кумулативног испуњења претходних услова, започиње фаза изградње, а код других уговора, који не укључују изградњу, по испуњењу претходних услова започиње оперативна фаза у реализацији уговора, или фаза која претходи оперативној фази.

регулаторне захтеве, везане за одређени тренутак у реализацији пројекта. Ова фаза не може да растерети, нити скрати трајање наредне фазе, али она зато као једини циљ има обезбеђивање свих претходних услова за даљу реализацију пројекта, односно извршење уговора, у складу са преузетим обавезама, односно законским роковима. Трајање ове фазе треба да буде ограничено на објективну, најчешће на техничким критеријумима и регулаторним условима и роковима засновану, пројекцију потребног времена за кумулативно испуњење свих претходних услова.

У уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта није неуобичајено да се уговара два или више таквих датума, ако пројекат укључује извођење радова на различитим предметима, који немају идентична обележја и не могу се објединити кроз јединствену листу претходних услова. Уговарање више датума је, такође, карактеристично и за пројекте који се реализују у више одвојених јурисдикција, а регулисани су на генералном нивоу једним јединственим уговором опште природе, тзв. кровним уговором (енг. *frame-agreement* или *transaction agreement*), из кога се изводе, за сваку јурисдикцију, појединачни уговори који у детаље разрађују начин извршења обавеза уговорних страна.

Немогућност наступања уговореног датума, односно немогућност испуњења појединих претходних услова, даје две потенцијалне могућности у зависности од тога који услов није могуће испунити: (а) ако услов који није наступио није регулаторни услов, који се по закону мора испунити да би се наставило са даљом реализацијом пројекта, уговорне стране могу, ако конкретан претходни услов није од одлучујућег значаја за даљу реализацију пројекта, да се споразумеју о томе да одустану од захтева за испуњењем таквог услова, чиме се, под претпоставком испуњења осталих предуслова, може сматрати да је наступило њихово кумулативно испуњење, те да се може прећи у наредну фазу реализације пројекта, и (б) ако је услов који није наступио регулаторне природе, и он може да наступи, али у додатном року, односно за његово наступање је потребно додатно време, уговорне стране се могу споразумети о дужини тог додатног времена, како би омогућиле прелазак у наредну фазу извршења уговора. Ако, међутим, регулаторни услов никада неће моћи да буде испуњен, или ако је реч о другом услову од кога уговорне стране не желе да одустану, јер га сматрају одлучујућим за прелазак у наредну фазу извршења уговора, уговорне стране ће споразумно прогласити да датум са којим је требало да наступе претходни услови није наступио, да се не може прећи у даљу фазу извршења уговора, кад се уговор и аутоматски раскида.

Датум отпочињања оперативне фазе у реализацији уговора означава други критичан датум, будући да, почев од тог датума, пројектно друштво започиње са обављањем делатности, односно пружањем услуге од општег интереса, чиме се обезбеђује остваривање општег интереса, који лежи у основи уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, али од

тог датума пројектно друштво почиње и да приходује од обављања делатности, односно пружања услуга, а од прихода који остварује обављањем делатности, оно сервисира своје обавезе по основу екстерног финансирања, али и остварује приход.

Отпочињање оперативне фазе у реализацији пројекта везано за одређени датум може да буде критично са становишта оправданости пројекта,⁵⁹⁹ нужности пружања одређене услуге баш у датом тренутку,⁶⁰⁰ или обезбеђивања конкурентности конкретног пројекта у односу на друге пружаоце исте или сродне врсте делатности, односно услуге.

За разлику од ненаступања, односно немогућности наступања датума испуњења претходних услова за реализацију пројекта, које може да исходи раскидом уговора, одлагање датума започињања оперативне фазе пројекта најчешће нема за последицу раскид уговора.

Поред ових критичних датума, који су карактеристични готово за све уговоре о сарадњи јавног и приватног субјекта, поједини модели могу укључити и друге критичне датуме. Тако, код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта према моделу приватизације, као критични датуми се одређују датум плаћања купопродајне цене, али и датум извршења сваке појединачне инвестиционе обавезе, чије неиспуњење се, под претпоставком да се не уговори додатни рок за њено испуњење, може сматрати основом за раскид уговора. Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта по моделу пружања услуга, управљања или закупа, посебно они који предвиђају различите фазе према одређеним врстама услуга, њиховом броју, квалитету, сегментима, деоницама или каквим другим сличним категоризацијама, могу предвидети и друге критичне датуме са којим треба да наступи наредна фаза реализације пројекта, уз контролу резултата претходне, кад непостизање одређеног рока, или недостизање одређеног броја јединица или одређеног технолошког унапређења, повлачи за собом раскид уговора. И на крају, уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса најчешће не предвиђа посебне критичне датуме будући да он најчешће подржава и ојачава неки други уговор, већ се ефекти основног уговора у чију се сврху и закључује преносе и на овај уговор.

⁵⁹⁹ Примера ради, тренутак почетка оперативне фазе функционисања транспортног система за транспорт гаса нема једнаку тежину ако се то догоди у лето или у зиму будући да је ради оптимизације цене коштања, која је код природног гаса значајно мања лети, у односу на зиму када потражња за природним гасом увећава његову цену и по неколико пута, са становишта јавног субјекта важно да се тренутак отпочињања обављања делатности веже за моменат када ће цена коју буде плаћао, бити нижа, што може да се одрази на оправданост читавог пројекта.

⁶⁰⁰ Код уговора о пружању здравствених услуга, на пример, наступање епидемије, које здравствене установе у јавном сектору не могу да третирају и у случају ангажовања пуних капацитета, може да захтева хитно пружање услуга од стране приватног субјекта, или почетак школске године захтева спремност новоизграђене школе да прими ученике и обезбеди отпочињање наставе.

3. Израда пројектне документације и сарадња јавног и приватног субјекта

У уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта у којима пројекат укључује изградњу новог, односно оперативно-техничко унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, приватни субјект, како је то приказано у уговорним моделима сарадње јавног и приватног учесника у пројекту у Глави IV, на себе преузима обавезу израде пројектне документације. Приватни субјект припрема пројектну документацију на основу пројектног задатка јавног субјекта, који представља саставни део уговора, и који садржи концепт и параметре, као и позивање на одговарајуће стандарде, а где је то применљиво, и процедуре које се имају применити. Јавни субјект који је у претходном периоду на ексклузивној основи обављао одређену делатност, добро познаје своје потребе које исказује у пројектном задатку, те је успешност извршења обавезе приватног субјекта у великој мери условљена, што је могуће прецизнијим, одређењем пројектног задатка у уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта.

Током извршења ове обавезе приватног субјекта може доћи до тога да приватни субјект утврди да су неопходне одређене измене пројектног задатка, како у погледу појединих идејних или техничких решења, или, ако сматра да би другачија решења била економичнија и ефикаснија, у смислу временске динамике или генералне уштеде на пројекту (вредносни инжењеринг). Стога, уговор јавног и приватног субјекта треба да уреди механизме, поступак и начин сарадње учесника у пројекту, у случају потребе за предлагањем измена пројектног задатка, као и да предвиди начин обављања консултација учесника у пројекту и достављања израђене пројектне документације.⁶⁰¹ Нужност уређења ових процедура објашњава се тиме што је сав ризик пројектовања на приватном субјекту и његовим подизвођачима, где је то применљиво, односно уговором допуштено, а све евентуалне недопуштене измене или мањкавости израђене документације се последично одражавају на даље активности у реализацији пројекта, и, свакако, могу значајно да утичу на укупне пројектоване трошкове повезане са извршењем ове обавезе приватног субјекта. Јавни субјект има изражен интерес да се пројекат реализује на начин како је он то замислио, али је нужна и одређена мера флексибилности, која ни у једном тренутку не сме да прерасте у преузимање ризика који треба да остане на приватном субјекту. На овоме ће посебно инсистирати финансијери пројекта,⁶⁰² нарочито ако околности конкретног случаја потврде да се пројектни задатак не може извести у задатим роковима, без значајног увећања трошкова.

⁶⁰¹ *Standardization of PFI Contracts*, 20; ЗЛППК, чл. 46, ст. 2, тач. 11-12.

⁶⁰² J. Delmon (2011), 139, 156, 210.

4. Контрола испуњености уговорених стандарда и управљање квалитетом

За јавног субјекта, успех одређеног пројекта иза кога стоји, не оправдава само извршење уговора, већ и начин на који се уговор извршава, односно квалитет услуге која се обезбеђује крајњим корисницима. Ово се објашњава двојаким разлогом: (а) кауза закључења уговора о сарадњи са приватним субјектом је за јавног субјекта све време изражена у захтеву за обезбеђивањем задовољења општег интереса, на одређени начин и у складу са уговором прописаним стандардима,⁶⁰³ и (б) испуњењем критеријума „вредности за новац“. Отуда је поштовање уговорених стандарда (у погледу изгледа, техничких, оперативних или функционалних обележја објекта, постројења, односно система, али и саме услуге која се пружа)⁶⁰⁴ предмет континуираног испитивања и контроле од стране јавног субјекта.⁶⁰⁵

Сваки уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта почива на одговарајућем уговореном стандарду, који је актуелан у тренутку закључења уговора, али у односу на који се претпоставља да ће бити важећи стандард за обављање одређене делатности и у будућем периоду, оптимално до истека века трајања пројекта. О значају испуњења уговорених стандарда говори и околност да су они уговором увек прецизно уређени те да, како смо то имали прилике да видимо кроз приказ типичних елемената уговора у различитим законодавствима, представљају најчешће битан елемент уговора.

Контрола јавног субјекта обухвата контролу како саме фазе изградње (кроз преглед документације, посете на терену и редовно извештавање), тако и оперативне фазе извршења уговора, посебно са становишта контроле евентуалне уштеде приватног субјекта на оперативним трошковима, ради увећања свог прихода у овој фази реализације уговора. Контрола квалитета протеже се и на контролу сегмената посла који је приватни субјект делегирао својим подизвођачима, а који у свему морају да буду саобразни уговореним стандардима.⁶⁰⁶

Будући да је обавеза јавног субјекта на плаћање накнаде у директној вези са квалитетом обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, налази контроле могу да се одразе и на висину накнаде коју је јавни субјект дужан да плаћа приватном субјекту.

⁶⁰³ *Standardization of PFI Contracts*, 20.

⁶⁰⁴ ЗППК, чл. 46, ст. 2, тач. 2.

⁶⁰⁵ J. Delmon (2011), 156.

⁶⁰⁶ Junxiao Liu *et al.*, „Conceptual Framework for the Performance Management of Public-Private Partnerships“, *Journal of Infrastructure Systems* 1/2015, 3-5; Stephen Jeffares, Helen Sullivan, Tony Bovairs, „Beyond Contract-The Challenge of Evaluation the Performance(s) of Public-Private Partnerships“, *Rethinking Public-Private Partnerships: Strategies for Turbulent Times* (eds. Graeme A. Hodge, Carsten Greve), London, Routledge 2013, 166-187.

Глава XII

ИЗВРШЕЊЕ УГОВОРНЕ ОБАВЕЗЕ ОСНИВАЊА ПРОЈЕКТНОГ ДРУШТВА

1. Оснивање пројектног друштва

Поступак и одређена техничка и процедурална питања у вези са оснивањем

У складу са уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта, онда када се за то створе потребни услови предвиђени самим уговором, приступа се оснивању друштва које ће ефективно спроводити уговор.⁶⁰⁷

У литератури, прописима и у пракси привредно друштво које се појављује у улози субјекта који непосредно извршава уговор може имати различите називе – *пројектно друштво, друштво посебне намене, концесионо предузеће, заједничко привредно друштво* (у даљем тексту: пројектно друштво). Сви ови називи имају заједнички именилац, који је садржан у циљу и сврси оснивања овог привредног друштва и његовог одвојеног егзистирања у правном промету. Пројектно друштво је привредно друштво које се оснива у циљу реализације конкретног пројекта, односно преузимања одређених обавеза из уговора.⁶⁰⁸

Да ли ће се оснивати посебно друштво, на који начин, у ком тренутку, и ко ће бити оснивач пројектног друштва, зависи од околности конкретног случаја, односно модела уговора који је најоптималнији за конкретан пројекат. Као што смо из ранијег излагања имали прилике да видимо, постоје уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта који не укључују обавезу оснивања новог привредног субјекта, већ сам приватни субјект, без оснивања одвојеног правног ентитета, преузима извршење обавеза из уговора са јавним субјектом. То су најчешће уговори краћег трајања, који не подразумевају изградњу новог, односно реконструкцију постојећег објекта, постројења, односно система, односно уговори чији је предмет непосредно пружање услуга од општег интереса који су закључени по моделу пружања услуга,⁶⁰⁹ односно уговори чији је предмет пружање услуга менаџмента, управљања и одржавања.⁶¹⁰

⁶⁰⁷ Alexandre Andrade, Andre Santo Raquel, „Public-Private Partnership in Portugal – The Legal Structure of the Public-Private Partnership Contract and the Peripheral Contracts“, *The European Public Private Partnership Law Review* 1/2010, 52.

⁶⁰⁸ Herbert Robinson *et al.*, *Governance & Knowledge Management for Public-Private Partnerships*, Wiley-Blackwell, A John Wiley & Sons Ltd Publishing 2010, 74-76.

⁶⁰⁹ Уговори јавног и приватних субјекта који нису подразумевали оснивање посебног правног лица били су уговори приказани у домаћој Студији случаја 4, садржаној у Прилогу бр. 1, а у вези са пружањем различитих здравствених услуга. Извршење ових уговора од стране приватних субјеката подразумевало је стављање сопствених капацитета приватног субјекта (постојеће, дакле већ изграђене здравствене установе, медицинске опреме, лекова и медицинских

Тренутак оснивања овог привредног друштва може бити различит. Најчешће се у пракси оснивању пројектног друштва приступа тек након закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Могући су, такође, и случајеви кад приватни субјект оснива пројектно друштво и пре закључења уговора, и то за потребе учествовања у јавном поступку одабира приватног субјекта, у очекивању закључења уговора.

Оснивач пројектног друштва, опет у зависности од природе конкретног пројекта и модела уговора који највише одговара особеностима конкретног предмета, такође може бити различит. Пројектно друштво може основати субјект; може га основати јавни субјект, коме у складу са уговором приступа приватни субјект кроз докапитализацију пројектног друштва; и могу га заједно основати јавни и приватни субјект. У пракси спровођења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта било је и таквих пројеката и уговора који су, суштински, представљали уговоре о приватизацији у којима је приватни субјект постајао члан, односно акционар друштва, те није ни долазило до оснивања новог привредног друштва – пројектног друштва, будући да је конкретан пројекат подразумевао промену власништва у већ постојећем привредном друштву, најчешће без примене посебних прописа који уређују приватизацију.⁶¹¹

Оснивање пројектног друштва врши се у уређеном поступку, у свему са прописима који уређују привредна друштва и поступак регистрације. У случају да уговор подразумева обавезу приватног субјекта да оснује пројектно друштво као друштво посебне намене, које ће бити задужено за даљу реализацију, приватни субјект тада самостално оснива друштво, у свему у складу са захтевима из основног уговора о сарадњи са јавним субјектом, и обавештава јавног субјекта о извршењу ове своје обавезе, најчешће уз достављање извода из релевантног регистра, којим се доказује испуњеност обавезе.

Са становишта сарадње јавног и приватног субјекта, и с тим у вези спровођења њиховог уговора, далеко су деликатнији пројекти у којима јавни и приватни субјект заједно оснивају пројектно друштво. Они то могу чинити тако што ће: (а) заједно основати пројектно друштво (заједничко привредно друштво), или (б) приватни субјект докапитализацијом приступа већ основаном пројектном друштву у власништву јавног

средстава као и стручњака запослених у овим приватним здравственим установама) у функцију извршења уговора, а за коју услугу је јавни субјект плаћао уговорену накнаду приватним субјектима.

⁶¹⁰ Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта приказан у домаћој Студији случаја 5, садржаној у Прилогу бр. 1, везано за пружање услуга управљања у циљу унапређења начина обављања делатности кроз поверавање управљања професионалној управи приватног субјекта, представља пример пројекта код кога је јавни субјект изградио објекат и унео га у посебно друштво, које је основао, да би приватном субјекту било поверено управљање повереним му објектом, у циљу унапређења начина обављања делатности.

⁶¹¹ Као пример таквог пројекта у коме није дошло до оснивања посебног пројектног друштва, а у коме се сарадња јавног и приватног субјекта реализовала по моделу приватизације, може да послужи домаћа Студија случаја 8, такође приказана у Прилогу бр.1.

субјекта. Отуда је овај одељак претежним делом посвећен сценаријима у којима непосредно до изражаја долази сарадња јавног и приватног субјекта и у овој фази спровођења уговора.

Оснивање заједничког привредног друштва, односно приступање приватног субјекта пројектном друштву које је већ основано и у искључивом је власништву јавног субјекта, захтева одређене припремне радње, у вези са оснивачким улогом оснивача друштва (*спонзора*).

Оснивање пројектног друштва подразумева улагања оснивача/спонзора, која могу имати као свој предмет новац, објекте, зграде, постројења, опрему, непокретности, земљиште, покретне ствари, права интелектуалне својине, као и преузимање обавезе да се одређени број запослених који поседују одређена знања, искуства и личне референце, који су пре оснивања друштва запослени код некога од спонзора, „пребаци“, односно запосли у пројектном друштву које се оснива.

Сама техника улагања оснивачког улога спонзора се разликује од пројекта до пројекта, и у директној је вези са његовим карактеристикама, али и са моделом основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, који у свему треба да одговори специфичностима конкретног пројекта. Анализом уговора између јавног и приватног субјекта, који су закључивани у домаћој пракси последњих десетак година, као и уговора из других јурисдикција у чији посед је аутор дошао, може се закључити да приватни субјект у пројектно друштво које се оснива, најчешће, улаже новац, *know-how* и, евентуално, опрему, док улог јавног субјекта најчешће чини новац (најчешће у значајно мањем износу у односу на приватног субјекта), земљиште у власништву јавног субјекта, објекти, постројења, опрема у функцији постројења која није инсталирана, те тако није постала припадак непокретности, и слично. Шта ће тачно бити предмет улога првенствено зависи од тога шта је предмет пројекта. У случају кад пројекат подразумева изградњу новог објекта, постројења, односно система, оснивачи пројектног друштва тада најчешће улажу само новац. Уколико је земљиште на коме ће се градити објекат, односно постројење, у власништву јавног субјекта, ако то делатност будућег пројектног друштва допушта, улог јавног субјекта у пројектно друштво може да буде и земљиште (када се у привредно друштво уноси или право својине или право коришћења/дугорочни закуп, како је применљиво). С друге стране, ако пројекат подразумева реконструкцију, односно техничко-оперативно унапређење већ постојећег објекта, односно постројења, тада јавни субјект може унети у пројектно друштво право коришћења или право својине на објекту, односно постројењу, у зависности од тога какав режим располагања непокретностима у власништву јавног субјекта допуштају прописи одређене јурисдикције.⁶¹² Прописи који уређују државну,

⁶¹² ЗЈС прописује да јавну својину чини право својине Републике Србије – државна својина, право својине аутономне покрајине – покрајинска својина и право својине јединица локалне самоуправе – општинска, односно градска својина.

односно јавну својину најчешће прописују посебан режим за мреже, односно проточне, односно транспортне системе, који по закону најчешће представљају добра од општег интереса.⁶¹³

У зависности од специфичности пројекта или од неких других околности конкретног случаја, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта може предвидети праволинијско оснивање пројектног друштва – оснивање у коме ће у једном кораку, дакле већ приликом оснивања пројектног друштва, бити извршено уношење целокупног улога јавног, односно приватног субјекта који је предвиђен уговором. Ово је, углавном, случај кад обавеза и јавног и приватног субјекта гласи на уплату новчаног улога. Међутим, јавни и приватни учесник у пројекту се могу договорити и другачије. Тако, генерални уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта може предвидети оснивање пројектног друштва најпре новчаним улогом, потом извршење обавезе јавног субјекта уношењем неновчаног улога (својине или права коришћења на непокретностима и покретним стварима у својини јавног субјекта, како је применљиво, у пројектно друштво).⁶¹⁴ Овакви захтеви приватног субјекта нису неубичајени, и најчешће су применљиви на случајеве када уношење неновчаног улога јавног субјекта представља предуслов за предузимање других активности, кад приватни

Према истом закону, воде, водотоци и њихови извори, минерални ресурси, ресурси подземних вода, геотермални и други геолошки ресурси и резерве минералних сировина, и друга добра која су посебним законом одређена као природна богатства, у својини су Републике Србије. Добра од општег интереса у јавној својини су ствари које су законом одређене као добра од општег интереса (пољопривредно земљиште, шуме и шумско земљиште, водно земљиште, водни објекти, заштићена природна добра, културна добра и др.), која уживају посебну заштиту по закону. На природном богатству може се стећи концесија или право коришћења, односно искоришћавања, у складу са посебним законом, а накнада за коришћење природног богатства припада Републици Србији, аутономној покрајини и јединици локалне самоуправе, на чијој територији се налази природно богатство. Добрима у општој употреби у јавној својини, сматрају се оне ствари које су због свије природе намењене коришћењу свих и које су као такве одређене законом (јавни путеви, јавне пруге, мост и тунел на јавном путу, прузи или улици, улице, тргови, јавни паркови, гранични прелази и др.) На добрима у општој употреби може се стећи право предвиђено посебним законом (концесија, закуп и др.). Свако има право да добра у општој употреби користи на начин који је ради остварења те намене прописан законом, односно одлуком органа или правног лица коме су та добра дата на управљање. Добра од општег интереса на којима постоји право јавне својине су у својини Републике Србије, ако законом није другачије одређено.

⁶¹³ ЗЈС дефинише мрежу као непокретну ствар са припацама, односно збир ствари, намењених протоку материје или енергије ради њихове дистрибуције корисницима или одвођења од корисника. Под мрежама се подразумевају нафтоводи, гасоводи, системи за пренос електричне енергије, односно системи за пренос других видова енергије. Мреже представљају добро од општег интереса. Мрежа којом се обавља привредна делатност пружања услуга од стране правних лица основаних од стране носилаца јавне својине је у јавној својини, а изузетно од овог општег правила посебним законом може бити уређено да мреже могу да буду и у својини правног лица које је основала Република Србија за пружање услуга или његовог зависног друштва. Изградња, одржавање и коришћење мрежа у јавној својини могу да буду предмет концесије.

⁶¹⁴ У стручним анализама и студијама често се среће отворено питање – да ли је препоручљивије да и јавни субјект, уместо уношења неновчаног улога, преузме неку другу активност – на пример, да своју имовину која би била предмет неновчаног улога прода заједничком привредном друштву. Ефекат оваквог поступања би био идентичан ефекту уношења неновчаног улога утолико што би заједничко привредно друштво постало власник такве имовине. Вид. *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector*. Одговор на питање да ли је овакав приступ могућ, пре свега, зависи од законских могућности које предвиђају прописи одређене државе у којој се пројекат реализује. Проблем који у вези са овим питањем може да настане је случај кад прописи одређене државе не допуштају могућност слободног располагања имовином у државној својини (у смислу закључења уговора о купопродаји), али допуштају могућност улагања у привредна друштва која се баве делатношћу од општег интереса.

субјект жели да се „обезбеди“ да ће даља реализација пројекта ићи у договореним роковима, а посебно у случају кад на приватном субјекту стоји значајна финансијска или инвестициона обавеза. Додатно, овакав захтев приватног субјекта може да буде условљен и постојањем одређених ризика на страни јавног субјекта, пре свега, ризика политичке природе, кад приватни субјект пре започињања својих додатних улагања (посебно ако новац који треба да уложи у пројектно друштво сам обезбеђује из кредитног задужења) жели да се обезбеди да ће обавеза јавног субјекта бити извршена благовремено и на уговором договорен начин.

Ово суштински не утиче дугорочно на власнички однос јавног и приватног субјекта, будући да се уплата, односно уношење улога врши сукцесивно, из неколико корака, а финална последица оваквог извршења уговорних обавеза је постизање власничке структуре пројектног друштва, која одговара финалном договору јавног и приватног субјекта, али супротно паритету уговорних страна, који се формално прокламује, представља још један израз континуираног међусобног условљавања „партнера“ у пројекту, који треба да почива на поверењу,⁶¹⁵ а, у ствари, све време рефлектује неповерење и игру моћи, код које се током реализације пројекта, клатно условљавања креће у оба смера, у зависности од интереса и фазе реализације пројекта.

Међутим, неновчани улози јавног субјекта, посебно уношење права својине, односно права коришћења, како је применљиво, иако су за јавног субјекта најчешће једноставнији, него прибављање новчаних средстава ради уплате новчаног улога, често због буџетских и других ограничења, носе са собом одређену врсту продуженог ризика за јавног субјекта, односно ризика који се преноси кроз време, практично све до истека века трајања пројекта. Ово је посебно карактеристично за оне пројекте, односно оне моделе сарадње јавног и приватног субјекта, који подразумевају пренос права својине, односно права коришћења над добром у власништву јавног субјекта на приватног субјекта, на одређено време, док траје пројекат.

Иако је претпоставка започињања пројекта, односно закључења уговора са приватним субјектом, то да је јавни субјект, у сарадњи са својим стручним саветницима, испитао целисходност конкретног пројекта, његову исплативост, извесност у реализацији пројекта, односно вероватноћу испуњења циља и сврхе уговора, увек постоји одређени ризик, који је посебно деликатан у контексту правног третмана неновчаних улога у пројектно друштво, будући да се ту ради управо о располагању добром у јавној својини, које служи задовољењу потреба свих чланова одређене шире заједнице. Јавни субјект, најчешће, и сам жели да се обезбеди за случај да пројектно друштво западне у финансијске тешкоће, односно да му потенцијално прети сценарио ликвидације или стечаја, у којим ситуацијама јавни субјект

⁶¹⁵ Jonathan Tomkin, „Public-Private Partnership-A Questions of Trust“, *Hibernian Law Journal* 95/2001, 103.

жели да обезбеди повраћај уложеног добра, што се најчешће постиже обавезом пројектног друштва да: (а) у случају претње наступања ликвидације, односно стечаја, изврши смањење капитала уз истовремено повећање капитала (у смислу да се јавном субјекту, на основу одлуке скупштине пројектног друштва, обезбеди повраћај уложеног неновчаног улога, уз истовремену обавезу јавног субјекта, да овај неновчани капитал „замени“ новчаним, у ком случају јавни субјект врши истовремено повећање капитала, уплатом новчаног улога – овај сценарио је могућ у оним правним системима који прописују ограничења у односу на право располагања имовином у државној својини), или (б) обавезном продајом добра које је јавни субјект унео у друштво, јавном учеснику по одређеној цени. Цена по којој је пројектно друштво дужно да прода добра која су унета као неновчани улог јавног субјекта може да се уговори унапред, уз могућност њене корекције у складу са проценом вредности имовине извршене за потребе планиране продаје, а уговор може предвидети одредбу да ће се продаја, у таквим случајевима, извршити под тржишним условима.

Иако је уговарање оваквих одредби економски основано, рационално и утемељено, како на комерцијалном интересу, тако и на јавном интересу, овакве одредбе уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта могу у неком каснијем тренутку да постану спорне финансијерима пројекта, али и другим повериоцима пројектног друштва, те могу бити предмет потенцијалног подношења побојних тужби, било на основу општих правила облигационог права,⁶¹⁶ било побојних тужби у случају стечаја.⁶¹⁷

Иако је правно немогуће елиминисати наступање оваквог ризика, јавни и приватни субјект треба да обезбеде у свом уговору о сарадњи, да свака од активности које намеравају да предузимају у циљу остварења горе наведеног циља јавног субјекта (повраћај добара у јавној својини у складу са законом и под тржишним условима) буде законом допуштена, и да буде извршена у свему у складу са тржишним условима, у тренутку кад се одређена активност буде спроводила. Такво поступање, дакле, неће у потпуности искључити ризик, али може значајно да повећа извесност неуспеха тужиоца у евентуалном судском спору по основу побојних тужби.

Одлука о оснивању пројектног друштва/Уговор о оснивању заједничког привредног друштва и именоване представника уговорних страна у корпоративним органима друштва – практични аспекти

Правни основ за оснивање пројектног друштва/заједничког привредног друштва заснован је на слободној вољи јавног и приватног субјекта. Оснивање друштва уједно

⁶¹⁶ ЗОО, чл. 280-285.

⁶¹⁷ ЗС, чл. 119-130.

представља и извршење њихове међусобне обавезе, преузете закључењем генералног уговора о сарадњи који, као једну од обавеза уговорних страна, предвиђа оснивање пројектног друштва/заједничког привредног друштва.

Пројектно друштво/заједничко привредно друштво оснива се на основу одлуке о оснивању коју доноси приватни субјект, односно на основу уговора о оснивању које закључују јавни и приватни субјект, чији усаглашен текст, у пракси, по правилу, представља саставни део основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, који на највишем нивоу уређује њихов међусобни однос.⁶¹⁸ Овакав приступ обезбеђује несметано извршење уговора, односно отклања било какву сумњу да ће након закључења уговора, уговорне стране међусобно затезати око садржине одлуке о оснивању, односно уговора о оснивању, а поступање супротно уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта, даје одређена права другој страни.

Осим детаљног уговарања садржине текста оснивачког акта, који је приватни субјект дужан да донесе, односно који су јавни и приватни субјект дужни да закључе у форми и садржини која је уговорена и која представља саставни део основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, уобичајено је да се пре закључења основног уговора о сарадњи, јавни и приватни субјект договоре и око персоналног састава корпоративних органа заједничког привредног друштва⁶¹⁹ – директора (једног или више), чланова надзорног одбора и других органа, применљивих према прописима конкретне државе у којој се оснива заједничко привредно друштво, а јавни субјект, неретко, и код оснивања пројектног друштва које самостално оснива приватни субјект жели да унапред има информацију (а некада и прећутно да да сагласност) у погледу персоналног састава управе пројектног друштва. Договор се постиже разменом информација о лицима које сваки члан/акционар друштва предлаже у органе, уз достављање потребне документације којом се доказује исупуњеност услова на страни сваког кандидата, које други члан/акционар друштва треба формално да потврди. Усаглашена листа ових лица такође представља саставни део уговора о оснивању друштва, било тако што су имена првих чланова органа већ унета у текст оснивачког ката, било да је њихова листа приложена уз усаглашени текст оснивачког акта.

У вези са оснивањем заједничког привредног друштва, ради обезбеђивања комфорне позиције за обе уговорне стране, унапред се уговара и механизам подношења регистрационе пријаве коју је дужно да потпише независно треће лице, које је добило пуномоћје за подношење регистрационе пријаве од оба оснивача. Иако се ова питања могу, на први поглед, учинити техничким и неважним са становишта извршења уговора, она су се у

⁶¹⁸ ЗПД, чл. 11.

⁶¹⁹ Giuseppe Grossi, „Governance of Public-Private Corporations in the Provision of the Local Italian Utilities“, *International Public Management Review* 1/2007, 135-142.

практици реализације ових пројеката и извршења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, показала веома важним, а у случајевима недостатка одредбе основног уговора о сарадњи који уређује ова питања, у пракси је било настојања уговорних страна да такву ситуацију прилагоде својим интересима, што је, последично, водило пробијању уговорених рокова, а у појединим случајевима чак и довело у опасност даљу реализацију пројекта. На ово, зато, посебно срећемо пажњу из практичног угла, будући да тензије у односима уговорних страна нису решене нити фиксирани у одређеном односу тренутком закључења уговора, већ, напротив, управо од тренутка закључења уговора, уговорне стране, где год то није посебно регулисано, настоје да генерални уговор тумаче у контексту испуњења својих пословних интереса. Дакле, колико год да уговор „фиксира“ један, условно речено, однос равнотеже уговорних страна, реализација пројекта, односно извршење уговора континуирано демантује овакву равнотежу, указује на притајено неповерење и сталну игру моћи, и периодично пребацивање тежишта равнотеже са једне на другу страну.

Уговор чланова друштва/акционара заједничког привредног друштва

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, праћен је, након оснивања заједничког привредног друштва, најчешће и закључењем уговора чланова/акционара друштва.⁶²⁰ Слично уговору о оснивању заједничког привредног друштва (оснивачки акт), уговор чланова/акционара друштва представља документ који, по правилу, чини саставни део основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, као његов прилог и саставни део основног уговора.⁶²¹ На овај начин, јавни и приватни субјект, унапред, преговарајући њихов дугорочни однос за будући период, онда када њихова сарадња захтева оснивање заједничког привредног друштва, настоје да уреде своје односе на још једном нивоу – нивоу остваривања њихових међусобних права, односно извршењу њихових међусобних обавеза у друштву чији су чланови/акционари.⁶²² Тиме се обезбеђује додатни механизам контроле односа јавног и приватног субјекта, који обезбеђује реализацију пројекта, и то не на корпоративном, већ на облигационоправном нивоу.

Предвиђање да уговор чланова/акционара друштва представља саставни део основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, представља још један у низу механизма међусобне контроле уговорних страна, на којем се, између осталог, заснива „партнерство“ јавног и приватног субјекта, којим се обезбеђује следеће:

⁶²⁰ J. Delmon (2011), 151-152.

⁶²¹ Alexandre Andrade, Andre Santo Raquel, „Public-Private Partnership in Portugal – The Legal Structure of the Public-Private Partnership Contract and the Peripheral Contracts“, *The European Public Private Partnership Law Review* 1/2010, 52.

⁶²² E. R. Yescombe (2007), 109-110; J. Delmon (2011), 271-282.

(а) како се уговор чланова/акционара друштва може закључити тек након што друштво буде формално основано, односно регистровано, будући да тек од тог тренутка оснивачи друштва постају чланови/акционари друштва, овакав приступ гарантује праволинијско закључење уговора између чланова/акционара друштва, у коме неће доћи до одбијања закључења уговора, односно отварања одређених питања која ће захтевати додатно преговарање. Основни уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, по правилу, садржи веома јасне одредбе кад долази до закључења овог уговора, установљавајући временски рок у коме су чланови/акционари друштва дужни да закључе уговор, према форми и садржини уговора који представља прилог основном уговору;

(б) уговор чланова/акционара друштва, по правилу, не уређује додатно санкције за поступање противно уговором преузетим обавезама, већ „пресликава“ такве одредбе из основног уговора о сарадњи, установљавајући тако додатни основ за предузимање мера у случају повреде уговорних обавеза. Основни уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешће, прописује читав сет механизма којима се обезбеђује извршавање уговором преузетих обавеза, на пример: (i) изјаве и гаранције уговорних страна, (ii) уговорну казну за неизвршење уговором преузетих неновчаних обавеза, (iii) уговорно обавезивање на непредузимање одређених радњи након закључења уговора, које могу да утичу на реализацију пројекта, ограничењем финансијске способности, власничких и других имовинских права страна уговорница, и др, све ово паралелно са корпоративним механизмима преузимања контроле, који су пресликани у оснивачком акту заједничког привредног друштва и уговору чланова/акционара заједничког привредног друштва, и то нарочито у делу посебних права, за која чланови друштва/акционари не желе да податак о њиховом уговарању буде јавно доступан трећим лицима, будући да се уговор чланова/акционара, као документ облигационоправне, а не статусне природе, не објављује јавно.

На овај начин, обезбеђује се двострука заштита остваривања права уговорних страна: (а) *корпоративна*, на нивоу самог заједничког привредног друштва и остваривања права и обавеза у складу са правилима и процедурама прописаним актима који уређују ова питања – оснивачки акт и уговор чланова/акционара друштва, и (б) *облигационоправна (уговорна)*, која обезбеђује друге механизме – накнаду штете, која не мора нужно бити повезана са раскидом уговора, већ даје право свакој уговорној страни да захтева накнаду штете и за кршења уговора која нису финално исходила престанком њиховог уговорног односа.

Иако се, на први поглед, овакав начин регулисања обавеза уговорних страна, може учинити као непотребно понављање, он се у реалном животу и у пракси реализације оваквих уговора показао као оптималан механизам, којим су међусобни односи јавног и приватног субјекта вишеструко повезани на начин, који их, онда кад нема проблема у њиховој

сарадњи, праволинијски води остваривању задатог циља, а у ситуацији кад, због цене коштања њихових несугласица, настану проблеми између уговорних страна у реализацији уговора, представља веома делотворан механизам превазилажења проблема у сарадњи.

Уговор чланова/акционара друштва може да регулише различита питања,⁶²³ на исти начин на који се регулише однос чланова/акционара друштва у било ком другом привредном друштву.⁶²⁴ На овом месту се нећемо посебно бавити генералном садржином уговора чланова/акционара друштва, већ ћемо само указати на оне одредбе које су, код уговора о сарадњи јавног и приватног, типичне⁶²⁵ и препознатљиве.⁶²⁶ Тако, уговор чланова/акционара заједничког привредног друштва обавезно садржи⁶²⁷ одредбе којима се уређује:

(а) одређивање разлога оснивања заједничког привредног друштва и разлога за закључење тог уговора. Оснивачки акт друштва никада не садржи овакве одредбе, а ове одредбе се не срећу ни код основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, који дефинише пројекат који се реализује, његово извршење кроз фазе и само начелно и генерално дефинише однос јавног и приватног субјекта као чланова/акционара друштва, више кроз дефинисање основних принципа, које уговор чланова/акционара „пресликава“ и потом детаљније регулише;

(б) обавеза сарадње чланова/акционара друштва. Ова обавеза сарадње практично „пресликава“ обавезу сарадње јавног и приватног субјекта из основног уговора о сарадњи, с том разликом што је у основном уговору ова сарадња упућена на реализацију пројекта и његово благовремено и целовито спровођење, док је у случају уговора чланова/акционара друштва, ова сарадња усредсређена на сарадњу изабраних представника чланова/акционара друштва у корпоративним органима друштва, кроз међусобну обавезу обезбеђивања несметаног функционисања ових органа, као и хитне замене лица која, из било ког разлога, не могу да обављају своју дужност, у свему у складу са циљевима пројекта и обавезама тих лица према друштву;

⁶²³ Andre Santos Raquel, Alexandre Andrade, „Corporate Governance in Public Private Partnerships“, *European Public Private Partnership Law Review* 4/2010, 213-214.

⁶²⁴ ЗПД у чл. 15 уређује да члан друштва са једним или више чланова истог друштва може да закључи уговор којим се уређују њихови међусобни односи у вези са друштвом, осим ако је законом другачије одређено. Уговор чланова друштва се увек закључује у писаној форми, а њиме чланови друштва могу уредити следећа питања: (а) посебне обавезе чланова друштва према друштву, (б) права и обавезе чланова друштва у вези са преносом удела, односно акција, (в) начин гласања у скупштини, по свим или по одређеним питањима, (г) начин прерасподеле добити између чланова друштва, (д) начин решавања блокаде у одлучивању, (ђ) друга питања важна за њихове међусобне односе. Уговор чланова друштва производи правна дејства искључиво између чланова друштва који су га закључили; E. R. Yescombe (2007), 110.

⁶²⁵ The Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, 1155-1202.

⁶²⁶ Michael Duffy, „Shareholders Agreement and Shareholders Remedies: Contract versus Statute“, *Bond Law Review* 2/2008, Art 1, 4-5.

⁶²⁷ Graham D. Vinter, *Project Finance: A Legal Guide*, Thomson, Sweet & Maxwell 2006³, 59-60.

(в) обезбеђивање стручног кадра у друштву. Уговорне стране се међусобно обавезују да ће улагањем заједничких напора обезбедити, најчешће у складу са својим пропорционалним учешћем у друштву, али је ово могуће и другачије уредити, предлагање стручног кадра, који поседује сва потребна знања, има све нужне квалификације и који ће бити у пуној служби остварења пројекта и његовој реализацији, у складу са усвојеним финансијским моделом, пословним моделом, техничко-технолошким условима и стандардима, и усвојеним временским оквиром за реализацију пројекта. Као што смо већ поменули, уговор чланова/акционара може да уреди и другачији пропорционални однос у зависности од тога које стручњаке и за који период је свака уговорна страна у могућности да обезбеди, у свему се руководећи интересима пројекта као примарним циљем;

(г) одабир подизвођача и добављача. У уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта, у случајевима кад већ приликом подношења понуде приватног субјекта није поднета листа подизвођача са којим ће заједно изводити радове на реализацији пројекта, посебно кад је реч о великим инфраструктурним пројектима, а нарочито кад јавни и приватни субјект имају различиту државну припадност, уобичајено је да се уговара сарадња јавног и приватног субјекта у одабиру подизвођача, односно добављача током читавог века трајања пројекта, у мери у којој то специфичан пројекат допушта. Основни циљ и тада јесте врховни циљ успешне реализације пројекта, који не сме да буде угрожен нити нарушен овим договором чланова/друштва, али, ако се то може постићи без опасности по пројекат, чланови/акционари друштва се најчешће споразумевају о томе да се у поступку одабира ангажују подизвођачи, односно добављачи држављанства уговорних страна, пропорционално власничком учешћу спонзора у основном капиталу друштва;

(д) финансирање заједничког привредног друштва. Иако је финансирање које се обезбеђује за реализацију пројекта једна од најважнијих одредби коју садржи и основни уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, ова одредба је обавезно садржана у уговору чланова/акционара друштва, будући да јавни и приватни субјект, као спонзори заједничког привредног друштва, имају обавезу обезбеђивања капитала. У том смислу, уговор чланова/акционара друштва обавезно уређује однос спонзора у поступку обезбеђивања капитала друштва, динамику његовог обезбеђивања, укупно трајање обавезе на обезбеђивање капитала, гледано кроз динамику века трајања пројекта, као и процентуални однос финансирања које се остварује кроз обезбеђивање капитала од стране спонзора у односу на пројектно финансирање.

Оно што представља веома важну одредбу уговора чланова/акционара друштва је начин обезбеђивања средстава по основу обезбеђивања капитала, а посебно последице наступања околности које онемогућавају или спречавају ма ког члана/акционара друштва да изврши ову обавезу, као и ефекат наступања ових околности на друга права

чланова/акционара друштва (на пример, на имовинска права), корпоративно управљање и слично.⁶²⁸

У вези са обезбеђивањем пројектног финансирања, чланови/акционари се међусобно обавезују на максималну међусобну сарадњу у вези са припремом и благовременим достављањем свих података, информација и докумената на захтев финансијера пројекта, као и благовременим извршавањем свих обавеза друштва које произлазе из пројектног финансирања, након његовог обезбеђивања;

(ђ) обавеза обезбеђивања додатних средстава за којима се укаже потреба током реализације пројекта. Како се уговори које закључују јавни и приватни субјект закључују на дужи временски период, те, како се у појединим случајевима може створити хитна потреба за обезбеђивањем средстава која нису обухваћена пословним планом или буџетом друштва, а ово може да утиче на реализацију пројекта, чланови/акционари друштва се међусобно обавезују да ће обезбедити ова средства. У погледу ове међусобне обавезе уобичајено је да се уговара обавеза пропорционално власничком учешћу у капиталу;⁶²⁹

(е) финансијско извештавање. Ова одредба уобичајено представља саставни део уговора чланова/акционара у случајевима кад је због вертикалног финансијског интегрисања и извештавања, које може да обавезује чланове/акционаре друштва, неопходно применити одређене стандарде који треба да буду унапред усаглашени. Ово питање, иако на први поглед делује као мање значајно, показује се у пракси редовно као једно од веома важних питања за финансијере пројекта, који у поступку испитивања кредитне способности пројектног друштва испитују сва битна документа друштва, како она која се односе на сам пројекат, тако и друга важна документа која се односе на функционисање друштва, са посебним акцентом на финансијску документацију друштва;

(ж) питања корпоративне структуре, корпоративног управљања и решавања блокаде у органима управљања. Иако одредбе о овим питањима садржи и основни уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, као одредбе од посебне важности, будући да се оне односе на

⁶²⁸ Овакав случај био је забележен у домаћој Студији случаја 2, садржаној у Прилогу бр. 1, кад су наступиле околности које су онемогућиле јавног субјекта да изврши своју обавезу улагања капитала у заједничко привредно друштво, у складу са уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта. У циљу одржавања пројекта живим, приватни субјект је одлучио да заједничком пројектном друштву одобри зајам, који је требало да надомести средства која је јавни субјект требало да уложи кроз докапитализацију пројектног друштва. Захтев приватног субјекта у односу на јавног субјекта, достављен истовремено уз достављање уговора о зајму, односио се на паралелне измене оснивачког акта заједничког привредног друштва, као и измене уговора чланова друштва у вези са остваривањем права на дивиденду, као и у вези са променом корпоративне структуре у смислу веће заступљености представника приватног субјекта у органима друштва и већине за доношење кључних одлука у односу на пројекат.

⁶²⁹ У домаћој Студији случаја 3, садржаној у Прилогу бр. 1, током завршне фазе реализације пројекта, кад је у складу са уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта било неопходно да се постигне уговором прецизиран капацитет постројења посредством кога се обавља конкретна делатност од општег интереса, пробијен је буџет за конкретну пословну годину. У циљу реализације пројекта, у свему у складу са уговореним условима, чланови друштва су пропорционално свом учешћу у капиталу, обезбедили, кроз зајмове, финансијска средства заједничком привредном друштву у циљу реализације пројекта у складу са договореним условима и уговореним роковима.

функционисање друштва, принципи који су уговорени у генералном уговору „пресликавају“ се и у уговор чланова/акционара друштва и у њему детаљније разрађују. На овом месту их нећемо понављати будући да су иста већ детаљно елаборирана у Глави IX, одељку 9.2. горе;

(з) расподела и плаћање дивиденди. Уговор чланова/акционара заједничког привредног друштва, по правилу, увек садржи одредбу која уређује тренутак од кога дивиденда почиње да се исплаћује,⁶³⁰ а који је увек одређен у зависности од других битних елемената пословања друштва. У случају кад се обезбеђује пројектно финансирање, уговор чланова/акционара друштва, по правилу, унапред одређује ограничења у исплати дивиденде, која су везана за претходно измирење обавеза према финансијерима пројекта. Такође, у случају кад услед било каквих проблема у обезбеђивању капитала дође до несразмере у обезбеђивању капитала од стране чланова/акционара друштва, и ово питање се такође одражава на начин исплате дивиденде у том смислу да оном члану/акционару друштва који је обезбедио капитал, додатне уплате којима се не повећава капитал, или у невреме помогао друштву, припада процентувано већи износ дивиденде;

(и) пренос удела/акција и ограничења у преносу удела, односно акција. Ова одредба представља такође једну од обавезних одредаба коју садржи сваки уговор чланова/акционара заједничког друштва. И ова одредба је, по правилу, садржана и у генералном уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта, а у уговору чланова/акционара друштва се само „пресликава“ и детаљније процедурално уређује, те јој се овде неће посвећивати додатни простор, будући да је већ елаборирана у Глави IX горе;

(ј) излазне стратегије. Исто као и питање преноса удела/акција, и ово питање се уређује и основним уговором, будући да оно задире дубоко у суштину односа јавног и приватног субјекта, а уговором чланова/акционара друштва се детаљније уређује како материјално, тако и процедурално. И на овом месту, без посебног даљег анализирања овог питања упућујемо на горе изнето у Глави IX напред;

(к) трајање и престанак уговора. Уговор чланова/акционара друштва ступа на снагу даном његовог закључења, а траје све док су конкретни јавни и приватни субјект чланови/акционари заједничког привредног друштва;

(л) поверљивост . Уговор чланова/акционара друштва је, као што смо то горе већ поменули, уговор који производи правна дејства искључиво између његових потписника и није уговор који се доставља било ком државном органу у поступку регистрације, или било ком другом сличном поступку. То је, дакле, уговор који регулише најважнија и најделикатнија питања како реализације пројекта као таквог, тако и питања међусобне

⁶³⁰ Тренутак отпочињања исплате дивиденде најчешће није тренутак од када друштво почне да остварује добит, већ неки будући тренутак, веома често измештен и неколико година касније, у складу са условима из уговора којим се обезбеђује пројектно финансирање, који увек има апсолутни приоритет у односу на сва друга плаћања, осим плаћања оперативних трошкова, које друштво нужно има у поступку редовног пословања.

сарадње у реализацији пројекта на страни јавног и приватног субјекта у својству чланова/акционара друштва, те је отуда само откривање његовог постојања, или појединих његових одредби условљено, по правилу, претходном сагласношћу друге уговорне стране;

(љ) уступање уговора. Уговори јавног и приватног субјекта, односно уговори чланова/акционара друштва се, имајући у виду обележје оба уговора као посебног облика *intuitu personae* уговора о чему је било речи у Глави III, Одељку 3.3.9., по правилу, не могу уступити, што се изричито уређује и једним и другим уговором;

(м) меродавно право и начин решавања спорова. За разлику од оснивачког акта који, због својих статусних обележја, по правилу, мора да буде сачињен у складу са законима државе седишта привредног друштва, уговор чланова/акционара друштва представља уговор облигационоправне природе, са утицајем на регулисање и других питања (укључујући и корпоративна), и у односу на њега не постоје обавезна правила по ком праву мора бити сачињен и која је надлежност за решавање спорова. У том смислу, ако јавни и приватни субјект имају различиту државну припадност, као меродавно право се увек уговара неутрално право, уз изричито искључење одређених питања из примене тог права, односно уређење права које се обавезно примењује на одређена питања (тзв. цепање статута), а најчешће се уговара и неутрална арбитража. Уговор чланова/акционара друштва готово по правилу предвиђа исто меродавно право, односно исту надлежност за решавање спорова, како то чини основни уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, будући да „пресликава“ основне елементе генералног уговора, с тим што ово не мора нужно да се уреди на овај начин; и

(н) остале одредбе. Уговор чланова/акционара друштва уобичајено садржи и друге одредбе које су типичне за све врсте уговора, као што су: начин достављања обавештења, целовитост уговора, језик уговора, број примерака и др.

2. Заштита конкуренције

Једно од питања које се увек директно намеће у вези са оснивањем заједничког привредног друштва је регулаторни услов везан за одобрење концентрације.⁶³¹ Оснивање заједничког привредног друштва је, под претпоставком испуњења одређених законом прописаних услова, по правилу, условљено претходном сагласношћу надлежног органа државе седишта заједничког привредног друштва.⁶³²

⁶³¹ *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector*, 103.

⁶³² Terry Calvani, Karen Alderman, „BRIC in the International Merger Review Edifice“, *Cornell International Law Journal* 73/2010, 95.

Члан 3, тачка 4 Правила Савета бр. 139/2004 о контроли концентрација⁶³³ прописује да оснивање заједничког привредног друштва, које се оснива на неодређено време и које треба да послује као аутономни субјекат, на аутономној економској основи, представља концентрацију у смислу овог Правила, и подлеже контроли надлежних органа Европске уније.

Слично како то чини Правило Савета бр. 139/2004, и Закон о заштити конкуренције Републике Србије у члану 17, став 1, тачка 3 прописује да концентрација постоји у случају заједничког улагања од стране два или више учесника на тржишту, у циљу стварања новог учесника на тржишту или стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту, који послује на дугорочној основи и има све функције независног учесника на тржишту.⁶³⁴ Под претпоставком да су испуњени финансијски прагови који повлаче обавезу пријаве концентрације⁶³⁵ према прописима Републике Србије, учесници у концентрацији су дужни да пријаву концентрације поднесу у року од 15 дана рачунајући од дана закључења уговора или споразума, објављивања јавног позива, односно понуде односно затварања јавне понуде, или стицања контроле.⁶³⁶ Пријава се може поднети и онда кад учесници на тржишту покажу озбиљну намеру за закључење уговора, потписивањем писма о намери, објављивањем намере да учине понуду, или на неки други начин који претходи закључењу уговора.

Пријаву концентрације заједнички подносе оснивачи заједничког привредног друштва. Будући да одобрење концентрације представља услов за њено спровођење, учесници у концентрацији су дужни да прекину спровођење концентрације, све до доношења одлуке надлежног органа о њеном одобравању. Како оснивање заједничког привредног друштва има конститутивно дејство, односно како и сам упис у регистар привредних субјеката има конститутивно (а не декларативно) дејство, пријава концентрације се код оваквог облика настанка концентрације врши на основу потписаног уговора о оснивању, док се са

⁶³³ Вид. *Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation)*, Official Journal of the European Union, No L 24 of 29.01.2004.

⁶³⁴ ЗЗК у чл. 5 прописује да контрола означава могућност одлучујућег утицаја на вођење послова другог учесника на тржишту, кроз: (а) контролно власничко учешће, (б) по основу својине или других права на имовини или делу имовине другог учесника на тржишту, (в) на основу права из уговора, споразума или хартија од вредности, (г) на основу потраживања или средстава за обезбеђење потраживања, односно на основу услова пословне праксе коју одређује контролни учесник. Заједничка контрола може да се огледа и у начину доношења одлука у друштву (једногласност), начину управљања друштвом (колективни органи и контрола унутар тих органа, заједнички потпис, и др.).

⁶³⁵ ЗЗК у чл. 61 прописује да Комисија за заштиту конкуренције одлучује о захтеву за одобравање концентрације у случају: (а) кад је укупан годишњи приход свих учесника у концентрацији остварен на светском тржишту у претходној обрачуној години већи од 100 милиона евра, с тим што најмање један учесник у концентрацији на тржишту Републике Србије има приход већи од десет милиона евра; или (б) кад је укупан годишњи приход најмање два учесника у концентрацији остварен на тржишту Републике Србије већи од 20 милиона евра у претходној обрачуној години, с тим што најмање два учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије имају приход већи од по милион евра у истом периоду.

⁶³⁶ ЗЗК, чл. 63, ст. 1.

подношењем регистрационе пријаве надлежном регистру чека, односно учесници у концентрацији – оснивачи заједничког привредног друштва суспендују даље активности у смислу регистрације, све док надлежни орган који се стара о заштити конкуренције, не одобри конкретну концентрацију, кад учесници у концентрацији, уз оснивачки акт и другу прописану документацију, подносе надлежном регистру и решење надлежног органа којим је одобрена концентрација.

Закон о заштити конкуренције допушта могућност и тзв. условног одобрења концентрације, кад надлежни орган који се стара о заштити конкуренције може, након одређивања посебних услова у односу на које се подносилац пријаве изјашњава да је спреман да их прихвати, да условно одобри концентрацију, ако процени да су посебни услови подобни за остваривање циљева закона, одређујући рокове за њихово испуњење и контролу извршавања тих услова.⁶³⁷

Међутим, имајући у виду природу и основ концентрације у случају оснивања заједничког привредног друштва, тешко је замисливо, а у домаћој пракси није до сада виђено, решење којим се условно одобрава концентрација која настаје оснивањем заједничког привредног друштва.⁶³⁸

Поступање супротно закону који уређује заштиту концентрације даје овлашћење надлежном органу који се стара о заштити конкуренције на релевантном тржишту да изрекне одређене мере – тзв. мере деконцентрације, које могу имати далекосежне последице, јер се на палети мера које надлежни орган може да изрекне, налазе мера налагања раскида уговора, статусне промене – поделе привредног друштва и друге мере,⁶³⁹ а надлежни орган је овлашћен и да новчано казни учеснике у концентрацији и изрекне им мере процесног пенала.

Једно од интересантних питања које је изазвало одређене контроверзе у пракси, посебно у односу на тренутак настанка обавезе за подношење захтева надлежном државном

⁶³⁷ Чл. 66 ЗЗК прописује да ако Комисија утврди да нема услова за одобрење концентрације, обавестиће подносиоца пријаве о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засновати решење, и позваће га да се изјасни у остављеном року. Подносилац пријаве у изјашњењу може да предложи посебне услове које је спреман да прихвати са циљем спровођења концентрације, којима би концентрација испунила услове за одобрење. Комисија ће, имајући у виду предложене посебне услове, ако процени да су исти такви да у конкретном случају одређену концентрацију чине дозвољеном, донети решење којим одобрава концентрацију, којим одређује посебне услове и рокове за њихово извршавање, као и начин контроле извршавања услова.

⁶³⁸ У пракси, условна концентрација се среће у другим случајевима концентрације, и то пре свега у случају концентрације која настаје стицањем контроле једног учесника на тржишту над другим учесником на тржишту, у ком поступку је могуће одредити посебне услове, рокове, одређене мере које се имају спровести, као и поступак надзора над испуњењем услова и спровођењем мера, док је у случају оснивања заједничког привредног друштва то практично немогуће управо због конститутивног дејства оснивања.

⁶³⁹ Чл. 66 ЗЗК прописује да, ако Комисија утврди да је спроведена концентрација за коју није издато одобрење или нису извршени услови и обавезе у случају да је концентрација условно одобрена, може донети решење којим ће учесницима у концентрацији изрећи мере потребне за успостављање или очување конкуренције на релевантном тржишту (мере деконцентрације) и то наложити учесницима да изврше поделу привредног друштва, отуђе акције или уделе, раскину уговор или изврше друге радње у циљу успостављања стања пре спровођења концентрације. Решење Комисије нарочито садржи рок и посебне услове испуњења датог налога.

органу, је случај оснивања пројектног друштва које фактички не обавља регистровану делатност будући да не поседује неопходне техничке капацитете за обављање делатности⁶⁴⁰ и оснива се само и искључиво ради спровођења пројекта.

Ово питање се поставило и у домаћој пракси извршења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.⁶⁴¹ У тренутку кад се ово питање поставило, пројектно друштво у Републици Србији у свом оснивачком акту има предвиђену делатност којом ће се бавити, односно којом може да започне да се бави тек кад у будућности стекне услове за рад – кад се изгради систем посредством кога ће моћи да обавља регистровану делатност, и кад, у складу са другим прописима који уређују његову делатност, добије одговарајуће регулаторно одобрење – енергетску лиценцу, за чим може започне са обављањем регистроване делатности. Дакле, пројектно друштво које се оснива у Републици Србији за прво време, рачунајући од дана његовог оснивања, неће обављати своју регистровану делатност, неће остваривати никакав приход, а да ли ће се то икада догодити зависи од читавог низа будућих неизвесних догађаја на које не може да утиче. Додатно, домаће пројектно друштво које се оснива у Републици Србији није независно од свог оснивача – друштва посебне намене основаног у Европи, будући да се у целости финансира из средстава које му обезбеђује друштво посебне намене кроз повећање капитала.

Пројекат у оквиру кога се ово питање поставило представља међународни пројекат који укључује неколико држава чланица Европске уније и Руску Федерацију. За овај међународни пројекат је било карактеристично то да ни у једној другој држави, на чијој је територији пројекат требало да се реализује, као ни на нивоу Европске уније, није подношен захтев надлежним органима за оцену дозвољености концентрације будући да се овакав став заснивао на образложењу да пројектно друштво не обавља регистровану делатност да би потенцијално могло да утиче на конкуренцију, с обзиром на то да не поседује основно средство за рад – објекат, постројење, односно систем, који је једини у функцији обављања делатности, и да ће делатност моћи да обавља тек након неколико година, кад буду изведени

⁶⁴⁰ Обављање делатности од општег интереса условљено је претходним испитивањем испуњености услова за отпочињање обављања делатности, које врши надлежни орган у поступку издавања лиценце, односно у поступку одобрења закључења уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса. Заједничко привредно друштво се у поступку оснивања региструје за обављање делатности у односу на коју још увек не испуњава техничке услове, будући да објекат, постројење, односно систем посредством кога тек треба да се обавља делатност од општег интереса још увек не постоји, тј. тек треба да се гради, а извођење радова на изградњи објекта, постројења, односно система је управо обавеза заједничког привредног друштва које се оснива.

⁶⁴¹ У конкретном случају домаће Студије случаја 2, приказане у Прилогу бр. 1, пројектно друштво је требало да буде регистровано на територији Републике Србије, а спровођење целокупног пројекта је било засновано на међудржавном споразуму. Оснивач пројектног друштва је друштво посебне намене са регистрованим седиштем у Швајцарској које не обавља никакву делатност, већ практично само управља домаћим пројектним друштвом. Оснивачи друштва посебне намене су привредна друштва која су од стране потписница међудржавног споразума одређена као носиоци пројекта, од којих свако од њих појединачно и они заједно испуњавају финансијске прагове за подношење пријаве концентрације, али друштво посебне намене које су основали у Европи и које је непосредно оснивач домаћег пројектног друштва не испуњава финансијски праг прописан домаћим прописима.

радови на изградњи, под условом да буду обезбеђена средства за финансирање пројекта по основу пројектног финансирања.

Објашњење надлежних органа у другим државама је било да ће се, у тренутку кад пројектно друштво постане технички способно да обавља делатност за коју је регистровано, структура тржишта значајно променити, те да није могуће да надлежни орган који испитује дозвољеност концентрације са становишта заштите конкуренције, у садашњем тренутку цени околности, структуру тржишта и тржишна учешћа конкурената пројектног друштва, ценећи будуће околности које се не могу јасно одредити, нити везати за конкретан тренутак у будућности.

Став Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије је био другачији – да већ у тренутку оснивања заједничког привредног друштва постоји обавеза претходног испитивања допуштености оснивања заједничког привредног друштва са становишта конкуренције.

У вези са овим питањем постоје разлози који, по мишљењу аутора, говоре у прилог ставу српске Комисије за заштиту конкуренције, али и аргументни против. Основни аргумент који говори у прилог ставу Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије је дејство уписа оснивања у регистру привредних субјеката који се води у Агенцији за привредне регистре Републике Србије. Будући да оснивање привредног друштва и његов упис у надлежни регистар имају конститутивно дејство, поступак одобравања концентрације, у случају кад су испуњени услови који прописују обавезу подношења овог захтева, требало би да се спроведе или након закључења генералног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, којим се утврђује обавеза оснивања заједничког привредног друштва од стране јавног и приватног субјекта, или након закључења уговора о оснивању заједничког привредног друштва, али свакако пре подношења пријаве регистрације. Иако Закон о заштити конкуренције Републике Србије познаје и одређене мере деконцентрације које су усмерене на успостављање контроле и обезбеђивање конкуренције на тржишту (налог учесницима у концентрацији да изврше поделу привредног друштва, отуђе акције, односно уделе, раскину уговор или спроведу какве друге радње у циљу успостављања стања пре спровођења концентрације), околност да упис у регистар привредних субјеката нема деклараторно, већ конститутивно дејство, представља ограничавајући фактор за спровођење одговарајућих мера деконцентрације.

Други оправдан аргумент српске Комисије за заштиту конкуренције представља аргумент да се заједничко друштво оснива на неодређено време и да ће представљати, додуше тек у будућности, потпуно одвојен и од свог оснивача независан правни ентитет. Међутим, управо је овде, према ставу аутора, и граница аргументима у прилог ставу српске

Комисије за заштиту конкуренције да је дужност пријаве концентрације постојала у тренутку доношења акта о оснивању заједничког привредног друштва.

Аргументи који говоре супротно ставу домаће Комисије су следећи. Заједничко привредно друштво, иако субјект који има независан правни субјективитет, није независно од својих оснивача управо из разлога што је оно „празно друштво“ (енг. *shell company*), које не обавља никакву привредну делатност из које се финансира, већ је економски потпуно зависно од својих оснивача, који му у првој фази обезбеђују средства за финансирање ради извођења пројекта, док се остатак средстава обезбеђује из пројектног финансирања. Без обзира на то што је заједничко привредно друштво основано на неодређено време, његова судбина зависи од судбине пројекта, и у случају неуспеха пројекта, односно одустајања од пројекта, оно би било предмет престанка, у складу са правилима која одређују поступак ликвидације или стечаја, у случају инсолвентности. Дакле, заједничко привредно друштво ће добити прерогативе независног субјекта тек након извођења радова на изградњи и окончања изградње објекта, постројења, односно система, или још прецизније, тек кад на основу изграђеног објекта, постројења, односно система, заједничко привредно друштво добије законом прописане лиценце и дозволе за рад, и потом закључи уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса. Тек тада ће оно постати учесник на тржишту, који може да буде конкурент другим учесницима на тржишту. Околности на тржишту посматране сада и у будућем временском тренутку нису исте, учесници на тржишту вероватно неће бити исти, нити ће исто бити њихово тржишно учешће, што су пресудни фактори које треба да оцењује надлежни орган за заштиту конкуренције.

За разлику од других држава на чијој територији се предметни пројекат реализује, укључујући и надлежна тела ЕУ, где надлежни органи нису решавали питање дозвољености концентрације, у Републици Србији је ово питање решено спровођењем поступка за оцену дозвољености концентрације и давањем одобрења концентрације која се састоји у оснивању заједничког привредног друштва.

Додатно, још једно интересантно питање које се поставило у пракси, а које се овде помиње из разлога указивања на неједнаку праксу поступања органа који се баве заштитом права конкуренције, везује се за исти пројекат, а указује на различиту праксу истог надлежног органа. Питање које је дало повода овом упоредном приказу различите праксе истог органа било је питање потребе подношења пријаве концентрације, у вези са правним основом концентрације. У конкретном случају реч је била о првом од три пројекта који су се реализовали на основу Споразума између Владе Републике Србије и Владе Руске Федерације о сарадњи у области нафтне и гасне привреде, који је приказан као домаћа Студија случаја 8. У контексту припрема спровођења трансакције, приступило се и припреми захтева за одобрење концентрације, а у вези са упитом за давање мишљења о

неопходности подношења захтева за одобравање концентрације, Комисија за заштиту конкуренције је 2008. године стала на становиште да, у конкретном случају, није потребно подношење захтева, будући да се предметна трансакција спроводи на основу посебног закона – међудржавног уговора. Ни тадашњи, а ни садашњи закон који уређује питање заштите конкуренције није предвидео искључење од примене овог закона у случају да се трансакција спроводи на основу међународног уговора, нити такву одредбу садржи поменути међудржавни споразум, док одређени број међународних уговора садржи, примера ради, одредбу која експлицитно искључује из примене законе који уређују јавне набавке. С друге стране, у вези са реализацијом друга два пројекта, који су описани као домаће Студије случаја 1 и 2, који су такође предвиђени поменутиим међудржавним споразумом, Комисија за заштиту конкуренције је стала на становиште да је пријава концентрације неопходна код концентрације која настаје формирањем заједничког привредног друштва, чак и у случају, како је горе наведено, кад заједничко привредно друштво не представља независан субјект у односу на његове осниваче, па чак и онда кад ће оно своју регистровану делатност моћи да започне да обавља у будућем тренутку, кад буде постојало средство за обављање такве регистроване делатности, и кад буде добило за то потребне дозволе односно лиценце. Оно што је парадоксално у конкретном примеру је то што је пројекат у односу на који је домаћи надлежни орган стао на становиште да подношење захтева за одобрење концентрације није потребно, био случај промене контроле у субјекту који је имао значајно тржишно учешће, и у односу на које стицање контроле су, такође, били испуњени и финансијски прагови прописани законом, док је у случају оснивања заједничког привредног друштва, које још увек не обавља делатност за коју је регистровано, те, тако, реално не може да буде конкурент другим учесницима на тржишту, надлежни орган стао на становиште да се захтев за одобрење концентрације мора поднети.

Државна помоћ

У вези са уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта, као још једно деликатно питање у контексту заштите конкуренције, поставља се и питање државне помоћи. Ово питање се поставља увек кад јавно тело, директно или индиректно врши плаћања, односно кад обезбеди какву финансијску подршку⁶⁴² одређеном правном лицу, што би, примењено на уговоре који су предмет овог разматрања, могло да се односи на случај кад јавно тело,

⁶⁴² Christopher Bovis, „How should services of general interest be financed: Does the relation between state aids and market forces reveal a link with Public Private Partnerships?“, *European Public Private Partnership Law Review* 3/2007, 153-173; Damien Geradin, „Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework“, (March 30, 2012), 1-19, доступно на: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2031564 - 27.4.2015.

односно јавни субјект, врши плаћања за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса⁶⁴³ приватном субјекту, односно кад јавни субјект обезбеђује финансијска средства за додатне трошкове и издатке финансирања пројекта.

Питање контролисања плаћања које врши јавни субјект у вези са пружањем услуга од општег интереса у контексту државне помоћи окупирао је пажњу Европске уније у настојању да се обезбеди компатибилност оваквих плаћања са правилима комунитарног права,⁶⁴⁴ као и Европског суда који је у својим одлукама дефинисано три могућа приступа тј. модела – *модел државне помоћи*, *компензациони модел* и *quid pro quo модел*.

Према *моделу државне помоћи*, сва плаћања која се врше у вези са обављањем делатности, односно пружања услуга од општег интереса се имају сматрати државном помоћи у складу са чланом 87(1) у вези са чланом 86(2) Уговора о Европској унији, под условом да финансирање испуњава услов пропорционалности.⁶⁴⁵

Према *компензационом моделу*, плаћање које јавни субјект врши за потребе обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса се третира као државна помоћ, само под условом да накнада која се плаћа пружа какву економску корист, у смислу да по својој вредности надмашује уобичајену/тржишну накнаду која се плаћа за обављање делатности, односно за пружање услуга од општег интереса, или се њоме обезбеђују каква додатна плаћања за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса.⁶⁴⁶

Према *quid pro quo моделу*, разликују се две врсте плаћања. У случајевима кад постоји непосредна веза између плаћања које врши јавни субјект и обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, које пружа субјект коме је обављање делатности, односно пружање услуга поверено од стране јавног субјекта, такво плаћање се неће сматрати државном помоћи, а у случајевима где не постоји таква директна веза, плаћање/давање које врши јавни субјект има се сматрати државном помоћи.

Осим три горе наведена случајева, пракса Европског суда у случају *Altmark*⁶⁴⁷ установила је и четврти *хибридни приступ*, који комбинује елементе *компензационог* модела и *quid pro quo* модела а код кога се тестира испуњеност четири услова и то: (а) од приватног субјекта се очекује да обавља делатност, односно да пружа услугу од општег интереса, а ова обавеза је прецизно уређена, (б) критеријуми на основу којих се одређује висина накнаде која се плаћа приватном субјекту су унапред утврђени и заснивају се на објективним и

⁶⁴³ Erika Szyszczak, „Financing Services of General Economic Interest“, *The Modern Law Review* 6/2004, 983-992.

⁶⁴⁴ Christopher Bovis, „Public services and Public private partnerships: Delivery and competition issues“, *European Public Private Partnership Law Review* 4/2009, 179-189.

⁶⁴⁵ Вид. случајеве: C-387/92 [1994] ECR I-877, T-106/95 *FFSA and Others v Commission* [1997] ECR II-229, C-174/97 P [1998] ECR I-1303, и T-46/97 [2000] ECR II-2125.

⁶⁴⁶ Вид. случајеве: C-240/83 [1984] ECR 531; C-53/00 judgement of 22 November 2001, C-280/judgement of 24 July 2003.

⁶⁴⁷ C-280/00 *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg et Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* (third party), judgement of 24 July 2003.

проверљивим параметрима, (в) накнада која се исплаћује, по својој висини, не премашује укупан износ трошкова у вези са обављањем делатности, односно пружањем услуга од општег интереса, и (г) у случају да субјект који обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса није одабран у поступку јавне набавке, накнада која му се исплаћује је утврђена на основу објективне анализе трошкова који су типични и уобичајени за обављање конкретне делатности, односно пружање услуга од општег интереса.

У литератури се у вези са питањем дозвољености државне помоћи у Европској унији среће и други, веома сличан тест који треба да одговори на следећа питања, односно у случају позитивног одговора на следећа питања,⁶⁴⁸ сматраће се да дата финансијска подршка има обележја државне помоћи:

(а) да ли финансијску подршку обезбеђује држава или се она обезбеђује из јавних ресурса? Ово питање односи се на начин обезбеђивања државне помоћи, а постоје директни и индиректни начини давања државне помоћи. Да би се сматрало да одређена финансијска подршка представља државну помоћ, треба да постоји финансијски издатак, односно трошак на страни даваоца финансијске подршке, као, на пример, давање зајма под повољнијим условима или располагање имовином у државном власништву по цени испод тржишне;

(б) да ли се одређеном мером повлашћује одређени субјект, односно да ли се врши повлашћивање у односу на производњу ма какве робе? Само она финансијска подршка чијим давањем се врши повлашћивање њеног примаоца сматра се државном помоћи;

(в) да ли пружање одређене финансијске подршке има утицаја на трговину између држава чланица ЕУ? У случају да је било које повезано лице са корисником финансијске подршке активно у некој другој држави чланици, сматраће се да се у конкретном случају примењују правила о државној помоћи. Такође, ако је делатност корисника финансијске подршке таква да се њоме може бавити и привредни субјект у некој другој држави чланици ЕУ, свака врста финансијске подршке која је дата таквом субјекту сматраће се државном помоћи, будући да је тада по својој природи таква да може да утиче на трговину;

(г) да ли је мера финансијске подршке по својој природи таква да се њоме нарушава, односно може да се наруши конкуренција? Овај критеријум се сматра најважнијим критеријумом у поступку оцене да ли се одређена финансијска подршка може сматрати државном помоћи. Овај критеријум ће бити испуњен када финансијска подршка стварно или потенцијално снажи позицију примаоца такве подршке у односу на његове конкуренте на тржишту.

Од свих горе наведених питања, односно критеријума за оцену да ли се одређена финансијска подршка може сматрати државном помоћи, у контексту уговора који су предмет

⁶⁴⁸ Timothy Besley, Paul Seabright, „The effect and policy implications of state aid to industry: an economic analysis“, *The Economic Policy* 28/1999, 40.

ове анализе најделикатније је питање да ли се у конкретном случају одређени привредни субјект ставља у повољнији положај у односу на његове конкуренте на тржишту. С тим у вези, поставља се и питање да ли закључивање уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, односно оснивање заједничког привредног друштва и улагање новчаног капитала представља државну помоћ.

У вези са одговором на ово питање веома је важно на који је начин одабран приватни субјект, тј. да је одабир конкретног приватног субјекта извршен у транспарентном и конкурентном поступку, који је био отворен за широк круг лица, у коме је конкретан приватни субјект одабран као најконкурентнији. Међутим, чак и у таквим околностима може да остане отворено питање да ли ће се у конкретном случају финансијска подршка сматрати државном помоћи, ако је као једино релевантан критеријум одабира приватног субјекта то била понуђена цена. Вредност финансијске подршке коју обезбеђује јавни субјект не сме, ни у ком сегменту, да надмаши вредност улагања које ће извршити приватни субјект.

У вези са овим питањем, релевантна је и примена инвестиционог принципа тржишне економије (енг. *market economy investors principle*/МЕИР) који у уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта треба да докаже да:

(а) приватни субјект врши улагања под једнаким условима и у исто време кад то чини и јавни субјект. Другим речима, ако јавни и приватни субјект оснивају заједничко привредно друштво, важно је да улог приватног субјекта буде минимално једнак, ако не и већи од улога јавног субјекта, те да улагања капитала у друштво врше истовремено. Исти принцип сходно ће се примењивати и на случај каснијих сукцесивних повећања капитала, кад приватни субјект треба да улаже минимум једнако, ако не и више од јавног субјекта, а улагање треба да врше истовремено. Овај принцип ће се такође примењивати и на случај обезбеђивања финансијских средстава у случају додатних трошкова, односно обавеза заједничког привредног друштва кад се врше додатне уплате, којима се не спроводи повећање капитала, или се дају зајмови друштву, и др.

(б) улагања која врше јавни и приватни субјект, треба да буду једнака (примена *pari passu* начела). Ово питање излази изван оквира обезбеђивања финансијских средстава у једнаком износу, под једнаким условима и у исто време, а преноси се и на питање броја, комплексности и деликатности ризика који остају на јавном субјекту, у односу на ризике који су уговором распоређени на приватног субјекта. Приликом оцене да ли се у конкретном случају ради о државној помоћи, разматрање може да изађе ван оквира саме финансијске подршке која се даје, и да пређе и на терен анализе других улагања која је јавни субјект извршио – како је и под којим условима вреднована имовина у јавној својини која је унета у заједничко привредно друштво као неночвани улог, или која је продата заједничком

привредном друштву, да ли је процена била извршена, односно да ли је цена била одређена по основу тржишне цене. Све се ово даље рефлектује на вредност коју је јавни субјект добио за улагање у капитал заједничког привредног друштва, кад се у анализу узима његово процентуално учешће у капиталу, гледано кроз анализу врсте улога и његове процењене вредности, као и права која јавни субјект остварује на основу свог власничког улога – право на дивиденду и друга имовинска права, када се гледа да ли су ова права јавног субјекта на било који начин ограничена у односу на приватног субјекта. Такође, посебна пажња се придаје анализи друге врсте улога јавног субјекта – на пример, неновчани улози у правима, интелектуалној својини и слично, која могу да носе одређену вредност кад се преносе за будућност, која можда није најбоље исказана кроз процентуално учешће јавног субјекта у капиталу заједничког привредног друштва.

И коначно, приликом оцене да ли одређена врста подршке кориснику финансијске подршке има обележја државне помоћи оцењује се и критеријум могуће подршке која је обезбеђена крајњим корисницима производа, односно услуге, кад се врши оцена и анализа цене по којој се продају производи, односно пружају услуге од стране заједничког привредног друштва, тј. да ли су цене производа, односно услуга засноване на тржишним основама, да ли су у том смислу фер и какве су у односу на цене које нуде конкуренти.

Приликом оцене да ли се одређена финансијска подршка може сматрати државном помоћи веома је важно узети у разматрање и питање да ли би се на конкретан случај могло применити *de minimis* изузеће или блок изузеће, као и да ли би се услуге које пружа заједничко привредно друштво могле сматрати услугама од општег интереса, што би дало оправдање за обезбеђивање конкретне финансијске подршке, тиме што се подршка даје у интересу остварења вишег циља – задовољења општег интереса.

Закон о контроли државне помоћи Републике Србије државну помоћ одређује као сваки стварни или потенцијални јавни расход или умањено остварење јавног прихода, којим корисник државне помоћи стиче повољнији положај на тржишту у односу на конкуренте, чиме се нарушава или постоји опасност од нарушавања конкуренције на тржишту.⁶⁴⁹

Предметни закон даље разликује: (а) дозвољену државну помоћ (која је социјалног карактера, а додељује се индивидуалним потрошачима, без дискриминације у односу на порекло робе, односно производа, који чине конкретну помоћ, и/или која се додељује ради отклањања штета проузрокованих природним непогодама или другим ванредним ситуацијама), (б) државну помоћ која може бити дозвољена (помоћ која се додељује ради: (i)

⁶⁴⁹ Закон о контроли државне помоћи – ЗКДП, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009, као даваоца државне помоћи одређује Републику Србију, аутономну покрајину и јединицу локалне самоуправе, преко надлежних органа, и свако правно лице које управља и/или располаже јавним средствима и додељује државну помоћ у било ком облику. С друге стране, ЗКДП под корисником државне помоћи сматра свако правно и физичко лице, које у обављању делатности производње и/или промета роба и/или пружања услуга на тржишту, користи државну помоћ у било ком облику.

унапређења економског развоја подручја Републике Србије са изузетно ниским животним стандардом или високом стопом незапослености, (ii) отклањања озбиљног поремећаја у привреди Републике Србије, или извођења одређеног пројекта од посебног значаја за Републику Србију, (iii) унапређења развоја одређених привредних делатности или одређених привредних подручја у Републици Србији, уколико се тиме озбиљно не нарушава, нити постоји претња озбиљном нарушавању конкуренције на тржишту, и/или (iv) унапређења заштите и очувања културног наслеђа), и (v) недозвољену државну помоћ (државна помоћ додељена у било ком облику којом се нарушава или постоји претња да ће бити нарушена конкуренција на тржишту).

3. Прелазак права и обавеза из уговора на пројектно друштво

Од тренутка оснивања пројектног друштва, то друштво, практично, преузима на себе извршење највећег броја обавеза које произлазе из уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Како регулаторна овлашћења, сагласности, дозволе, одобрења и слично треба да гласе на пројектно друштво, то пројектно друштво треба да предузима све законом захтеване активности у циљу испуњења регулаторних захтева, као и да закључује све потребне уговоре, односно предузима све неопходне процесне радње, како би омогућило несметано извршење уговора.

Готово сви уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта садрже овакве одредбе, а напоредо са њима и одредбе по којима се јавни и приватни субјект, као уговорне стране из основног уговора о сарадњи, међусобно обавезују да ће, у својству оснивача пројектног друштва, учинити све што је у њиховој моћи, а што је оправдано, целисходно, економично и у функцији спровођења пројекта, да пројектно друштво извршава своје обавезе, у складу са пројектном документацијом, пословним плановима, финансијским моделом, предвиђеним буџетом и динамиком спровођења пројекта.

У тренутку закључења основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, оснивање пројектног друштва је предвиђено као обавеза уговорних страна. Након оснивања, пројектно друштво стиче одвојен правни субјективитет и способно је да у правном промету самостално преузима обавезе и остварује права. Дакле, и из самог начина на који су структурисани уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, произлази да јавни и приватни субјект, с једне, и пројектно друштво, с друге стране, представљају одвојене субјекте, самостално одговорне за предузимање одређених обавеза у складу са уговором, с тим да се обавеза јавног и приватног субјекта додатно протеже и на обавезу

„обезбеђивања“⁶⁵⁰ да пројектно друштво предузме одређену активност, што јесте у њиховој индиректној контроли, посредством лица које именују у корпоративне органе пројектног друштва.

Међутим, уговорена контрола над пројектним друштвом није апсолутна, будући да лица која су јавни и/или приватни субјект именовали у органе пројектног друштва, имају, у складу са прописима који уређују привредна друштва, одређене обавезе и дужности према друштву,⁶⁵¹ укључујући овде и обавезу да увек поступају у складу са најбољим интересом друштва, а не у складу са инструкцијама оснивача, посебно онда кад су оне супротне интересима друштва, што се у пракси догађа. Стога су и овлашћења оснивача пројектног друштва ограничена на промену конкретног лица, односно на персоналне промене, које, саме по себи, не гарантују исходавање одређеног циља, па чак то било и извршење уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, уколико је то супротно закону или интересима пројектног друштва.

Околност установљавања правног субјективитета пројектног друштва представља тренутак од кад и ово друштво има право, могућност, али не и обавезу да поступа у складу са уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта. Пројектно друштво представља, дакле, инструмент реализације уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, што му каже и само његово име – оно је друштво посебне намене (енг. *special purpose vehicle/SPV*).⁶⁵²

Отуда се поставља и питање да ли ово друштво јесте самим тренутком свог оснивања, односно регистрације оснивања, носилац одређених права и обавеза из уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, или то тек треба да постане, предузимањем формалне радње приступања уговору. Може ли се и под којим условима сматрати да уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезује и пројектно друштво, односно може ли се сматрати да пројектно друштво ступа у уговорни однос јавног и приватног субјекта по сили закона, или је и овде добровољност, односно формално закључење уговора једни начин приступања уговорном односу јавног и приватног субјекта? На овом месту је важно напоменути да прописи који уређују ове уговоре, непосредно или посредно, по правилу не уређују ово

⁶⁵⁰ Захтев, односно обавеза за „обезбеђењем“ одређеног поступања (енг. *procurement*) представља формулацију која је нашла веома широку примену и у уговорима ове врсте који се закључују у Републици Србији. Имајући у виду околност да се уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта закључују према стандарду најбоље светске праксе, те тако најчешће према у пракси искристалисаним, стандардним формама, односно стандардним одредбама, у уговорима у којима је једна од уговорних страна страном лице, углавном ће се инсистирати на страном праву као меродавном, осим у делу за који је обавезна примена домаћег прописа, те се тако често срећу формулације „обезбеђења“ одређене радње од стране страна уговорница, посебно кад је реч о радњама трећег лица. Као пандан оваквој обавези стоји обавеза „предузимања најбољег напора“ да се исходује одређени ефекат (енг. *giving best efforts*). Оваква правила се суштински свode на домаћу поделу облигација на облигације средства и облигације циља односно резултата, код којих прва представља само обавезу одређеног чињења, без обзира на ефекат таквог чињења, док друга представља чињење уз обавезивање на одређени резултат таквог чињења.

⁶⁵¹ ЗПД, чл. 61-75.

⁶⁵² Fernanda Kellner de Oliveira Palermo, „Are Share-In Savings Contracting and Public-Private Partnerships capable of challenging traditional public procurement process“?, *Public Contract Law Journal* 3/2009, 649.

питање те се стога може сматрати да се на њега примењују општа правила облигационог права. Једини пропис који је регулисао ово питање био је раније важећи Закон о концесијама који је у члану 35, који је уређивао оснивање концесионог предузећа, регулисао да се на концесионо предузеће преносе сва права и обавезе концесионара из уговора о концесији.⁶⁵³ У пракси спровођења ранијег закона о концесијама ово питање се поставило неколико пута, у случају одређених одступања у поступању концесионог предузећа у односу на обавезу концесионара из уговора о концесији.⁶⁵⁴ Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама ово питање не уређује посебно, нити га посебно уређује било који други закон који би се у Републици Србији примењивао на уговоре који су предмет ове анализе.

Имајући у виду околност да јавни и приватни субјект и пројектно друштво представљају одвојене субјекте права, обезбеђивање благовременог и целовитог извршења уговорних обавеза, из формално-правних разлога, али и разлога практичности, по мишљењу аутора, обавезно налаже формално-правно регулисање односа пројектног друштва у односу на уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, и непосредно преузимање обавеза из таквог уговора.

У вези са регулисањем односа уговорних страна може се поставити питање да ли је у конкретном случају реч о уступању уговора или о приступању уговору, будући да уступање уговора и приступање уговору имају различите правне последице.

Уступање уговора⁶⁵⁵ означава пренос свих права и обавеза из уговора на треће лице, које, уз престанак друге уговорне стране из основног, дакле изворног уговора, постаје

⁶⁵³ Према поменутом чл. 35 ЗК било је прописано да за обављање концесионе делатности концесионар оснива предузеће у року од 60 дана рачунајући од дана закључења уговора о концесији, а седиште овог друштва треба да буде у Републици Срвији, осим у случају ако већ има регистровано предузеће за обављање исте делатности. Концесионо предузеће се, према поменутом члану, оснивало, организовало и пословало као друштво са ограниченом одговорношћу, односно као акционарско друштво, у складу са законом који уређује правни положај предузећа, на кога се преносе сва права и обавезе концесионара из уговора о концесији.

⁶⁵⁴ У конкретном случају, ово питање се поставило у вези са концесионим пројектом, приказаним у домаћој Студији случаја 3, која је садржана у Прилогу бр. 1, у коме иницијално није био закључен посебан уговор којим је био регулисан пренос права и обавеза са концесионара на концесионо предузеће, а дошло је до неколико битнијих одступања концесионог предузећа у извршавању обавеза из уговора, пре свега у роковима за предузимање одређених радњи. Став концедента је био да је одредба горе поменутог чл. 35 ЗК довољно јасна и да на концесионо предузеће по сили закона прелазе сва права и обавезе концесионара, са чим се концесионар није слагао истичући да се на овај однос примењују општа правила облигационог права по којима пренос свих права и обавеза концесионара на концесионо предузеће мора да буде спроведено у форми која се законом захтева за уговор чије се извршење уступа и да је за овакво поступање потребан формални престанак пријемника, односно концедента. За овим је уследила теоријско-правна расправа, размењивање дописа са аргументима различите врсте, али је спор о цитираној одредби, на крају, на обострану сагласност концедента и концесионара решен закључењем посебног (тространог уговора закљученог између концедента, концесионара и концесионог предузећа) уговора којим је на концесионо предузеће извршено уступање уговора о концесији и оно се изричито обавезало према концеденту да ће га обавезивати све обавезе концесионара из уговора о концесији.

⁶⁵⁵ Чл. 145 ЗОО прописује да свака страна у двостраном уговору може, ако на то пристане друга страна, уступити уговор неком трећем лицу, које тиме постаје носилац свих њених права и обавеза из тог уговора. Уступањем уговора уговорни однос између уступоца и друге стране прелази на пријемника и другу страну у часу кад је друга страна пристала на уступање, а ако је друга страна дала свој престанак унапред, у часу кад је обавештена о уступању. Престанак на уступање уговора је пуноважан само ако је дат у форми која је законом прописана као обавезна форма која се примењује на уступљени уговор.

носилац свих права и обавеза оне уговорне стране која, практично, иступа, односно излази из конкретног уговорног односа. Уступање уговора означава формално-правни акт промене уговорне стране, уз пристанак преостале уговорне стране из основног уговора. Додатно, уступање уговора означава и „гашење“ облигације уступиоца према својој изворној уговорној страни, осим ако се уступилац према својој изворној уговорној страни уговором посебно обавезао да му одговара за испуњење обавезе пријемника.

С друге стране, приступање уговору означава другачију правну ситуацију, кад одређеном уговорном односу, који и даље обавезује изворне уговорне стране, приступа, односно у тај однос улази, са посебним правима и обавезама, трећи субјект, који се таквим чињењем обавезује према својим уговорним странама да ће извршавати оне обавезе које, према уговору, представљају његове изричите обавезе, које према природи ствари и садржини договора уговорних страна, нико трећи не може учинити нити исходovati у његово име и за његов рачун. Приступање уговору не утиче ни на који начин на међусобне обавезе изворних уговорних страна – оне у свему настављају да се примењују са једнаким обавезујућим ефектом *pro futuro*, али је у овај однос, сагласношћу тих уговорних страна, али и субјекта који приступа овом односу, од тренутка закључења таквог уговора укључен и нови субјект – пројектно друштво, које на себе преузима обавезу да ће, не дирајући, нити задирући у однос изворних уговорних страна, извршавати уговорне обавезе које су иманентне само њему. Будући да се и приступањем уговору, као што је то случај и са уступањем уговора, врши промена уговорних страна, с том разликом што у другом случају уговор добија још једну уговорну страну, закључење оваквог уговора води обавезним изменама и допунама основног уговора.

На основу горе наведеног, аутор је мишљења да је након оснивања пројектног друштва нужно да ово друштво постане део односа јавног и приватног субјекта, и то не само на нивоу корпоративног управљања (*корпоративни ефекат*), већ и на нивоу уређења њихових обавеза (*облигационоправни ефекат*), и то на начин да својим ступањем у однос јавног и приватног субјекта и то *приступањем* уговору,⁶⁵⁶ неће ни на који начин дерогирати њихов однос, већ да ће га унапредити јасним одређењем обавеза које су, његовим приступањем уговору, постале његове обавезе, при чему ће јавни и приватни субјект задржати права да, једни према другима, користе све уговором предвиђене механизме међусобне контроле, али и остваривања права у случају оглушавања друге уговорне стране о извршавању уговорне обавезе, посебно ако то може да утиче на реализацију пројекта, било у материјалном смислу, било у погледу рокова за спровођење пројекта и извршење уговора.

⁶⁵⁶ Закључење уговора о приступању основном уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта, односно измене и допуне генералног уговора у смислу промене уговорне стране, приступањем пројектног друштва намене, примењене су у домаћој Студији случаја 1 и 3, које су приказане у Прилогу бр. 1.

Отуда се, у циљу обезбеђивања извршења ове обавезе, у основни уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, у пракси, прописује обавеза приступања пројектног друштва основном уговору, а усаглашени нацрт измена и допуна основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, који осигурава његово закључење, представља прилог основног уговора, као његов интегрални део.

Уређивање овакве обавезе на поступање, у односу на околност која представља, на први поглед, праволинијско извршење уговора, још један је од практичних примера формално-правног обезбеђивања односа „сарадње“, „партнерства“, односно „синергије“, који суштински маскира однос континуираног неповерења и сумње у поштовање уговора.

Глава XIII

ДОГАЂАЈИ КОЈИ УТИЧУ НА ОДЛАГАЊЕ ЗАПОЧИЊАЊА ИЗВРШЕЊА УГОВОРА

Једна од специфичности уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта у односу на остале уговоре је прецизно уређивање догађаја који утичу на одлагање започињања извршења уговора, почетка пројекта, односно на одлагање извршења различитих фаза реализације уговора.⁶⁵⁷

За уговоре о сарадњи јавног и приватног субјекта, такође, је уобичајено да се наступање ових догађаја везује за прву фазу реализације пројекта. Отуда се они често описују и као догађаји који утичу на отпочињање реализације пројекта, као догађаји који утичу на благовремено отпочињање пројекта, односно као догађаји који проузрокују његово одлагање.⁶⁵⁸ Међутим, пракса извршења ових уговора је наметнула нужност екстензивнијег тумачења временског оквира у коме ови догађаји могу на наступе, и њихових последица.

Иако се наступање ових догађаја, најчешће везује за прву фазу реализације пројекта (фазу изградње, која претходи фази оперативног пословања, односно фази ефективног пружања услуга), која је најосетљивија и, како је пракса показала, најделикатнија у смислу утицаја на трајање уговора и обавезе уговорних страна, они не морају да буду обавезно временски условљени и категорисани, будући да одређени догађаји могу да наступе и у каснијим фазама реализације пројекта, а по својим последицама могу да буду такви да обеспредмете, и економски, комерцијално и финансијски потпуно уруше пројекат, онемогућујући пројектном друштву, а тако и приватном субјекту посредно, да остваре очекивану финансијску корист из конкретног посла (на пример, промена јавног учесника у пројекту или промена прописа), што може да се, даље, рефлектује и на немогућност измирења обавеза по основу пројектног финансирања, чиме се поред јавног и приватног субјекта, као уговорних страна у уговору, интерес за ове догађање преноси и на финансијере пројекта, будући да наступање ових догађаја може значајно да утиче и на њихове интересе у вези са реализацијом пројекта.

У другим именованим уговорима, овакве одредбе најчешће не постоје, или се веома ретко срећу. Њихово уређивање код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта може се објаснити следећим аргументима:

⁶⁵⁷ John Dewar, *International Project Finance*, Oxford University Press, New York 2011, 102.

⁶⁵⁸ Joël Habets, „Incomplete Contracts and Public-Private Partnerships – A Case Study of the Dutch Infrastructure Policy“, Erasmus University, Rotterdam 2010, 47.

(а) захтевима који проистичу из основних принципа пројектног финансирања. Финансијери пројекта желе да имају јасну слику под којим условима, и у случају наступања којих околности ће пројектно друштво добити „додатно време“ за извршење својих уговорних обавеза преузетих закључењем уговора, а кад ће поред „додатног времена“ пројектном друштву бити надокнађена штета коју трпи услед наступања ових догађаја;

(б) сложености, комплексности и дуготрајности односа. Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, као што смо то већ имали прилике да видимо, закључују се на дужи временски период који, сам по себи, носи одређене ризике, пре свега ризик непредвидљивости и недостатка контроле над временом и променом околности које могу да отежају, а неретко и да онемогуће извршавање уговором преузетих обавеза, услед наступања таквих околности, чинећи пројекат економски, комерцијално и финансијски неисплативим;

(в) поделом ризика између јавног и приватног субјекта. Подела ризика према њиховој врсти и околност која уговорна страна их преузима, одлучујући је критеријум, пре свега, за категоризацију појединог догађаја, који одређује и правне последице његовог наступања, уз ограду да постоје и ризици који представљају граничне случајеве,⁶⁵⁹ у односу на које је ствар конкретног договора уговорних страна која уговорна страна ће их преузети; и

(г) вредности инвестиције. Овај аргумент делом се надовезује на захтеве пројектног финансирања, у смислу да вредност инвестиције оправдава захтев да наступање одређених догађаја представља основ како за добијање „додатног времена“ за извршење уговором преузетих обавеза, али и за накнаду штете која је проистекла управо због немогућности постизања иницијално планираних рокова, што у многоме увећава укупне трошкове пројекта.⁶⁶⁰

1. Уговорно дефинисање околности које утичу на одлагање започињања извршења уговора, почетка пројекта, односно одлагања извршења ма које уговорне фазе

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће праве разлику између три различите врсте догађаја, и то према природи догађаја, повезаности одређеног догађаја са одређеним ризиком, околности на чији терет пада наступање ризика, односно која уговорна страна сноси конкретан ризик, и чињенице да ли се, уопште, могло утицати на наступање одређеног догађаја, према којим критеријумима се догађаји могу поделити у следеће категорије:

⁶⁵⁹ Ризици који представљају граничне случајеве означавају догађаје који, у зависности од пројекта и његових иманентних специфичности, могу бити под контролом или утицајем обе уговорне стране или ниједне, а по својој правној природи не представљају ни случај више силе, те је у зависности од конкретног предмета уговора, подела ризика код оваквих пројеката, атипична у односу на велику већину уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.

⁶⁶⁰ ЗППК, чл. 46, ст. 2, тач. 19.

(a) Догађаји који дају право на накнаду штете

Догађаји који дају право на накнаду штете (енг. *compensation events*) су догађаји који, према својој природи, представљају околности и збивања, која су под утицајем, односно контролом јавног субјекта, односно са њим повезаних лица, на које јавни субјект има директан утицај, у смислу да може да утиче на њихово поступање (на пример, предузимање одређених радњи у законским или уговореним роковима). У складу са правом које ови догађаји дају, о чему ће бити више речи у наредном поделу, ови догађаји, како им сам назив каже, дају право на *накнаду штете* уговорној страни која, услед наступања ових догађаја, не може благовремено да започне са извршавањем својих уговором преузетих обавеза, или наступање ових догађаја узрокује додатне непланиране трошкове уговорној страни која није у контроли ових догађаја.⁶⁶¹ Како су уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта засновани на принципу адекватне (рас)поделе ризика, принцип правичности, као генерални принцип на коме почивају уговори, па и ови, обезбеђује одређена права уговорној страни која трпи штету услед наступања догађаја, који су у искључивој контроли друге уговорне стране.

Осим права на накнаду штете које се, таутологијом, изводи из језичког одређења ове категорије догађаја, наступање ових догађаја даје и додатно право уговорној страни која није у контроли наступања ових догађаја, дајући јој *додатно време* за извршење уговором преузетих обавеза, које се уговором споразумно утврђује примерено врсти догађаја и не искључујући право приватног субјекта на раскид уговора услед повреде уговорних обавеза јавног субјекта, с тим што се ово право уговором може и искључити.

Догађаји који дају право на накнаду штете се, даље, најчешће дефинишу као догађаји који наступају у фази пројекта која претходи оперативној фази, коју карактерише започињање обављања делатности, односно пружања услуга. Ови догађаји се даље одређују као догађаји: (а) који су у искључивој, непосредној или посредној контроли јавног субјекта, (б) чије наступање доводи до одлагања оперативне фазе, (в) узрокују приватном субјекту, односно пројектном друштву, значајније фиксне или оперативне трошкове, губитак или умањење очекиваног прихода, (г) повећавају могућност да трећа лица, која су у уговорном, односно пословном односу са пројектним друштвом, истакну захтеве према пројектном друштву услед пробијања договорених рокова (подизвођачи, финансијери пројекта, осигуравајућа друштва, друге уговорне стране из комерцијалних уговора у односу на које долази до доцње било у плаћању или у извршењу каквих других уговорних обавеза), и (д)

⁶⁶¹ J. Habets, 48; S. J. Lewis, D. J. Greenwood, „The Treatment of Risk in Construction Contract and PFI/PPP“, 421, доступно на: http://www.arcom.ac.uk/-docs/proceedings/ar2002-415-423_Lewis_and_Greenwood.pdf - 27.4.2015.

дају право носиоцу пројекта – пројектном друштву, да захтева додатно време и потражује накнаду штете.

Тако се, у различитим изворима који објашњавају и уређују ове догађаје, срећу мање-више типичне и стандардизоване класификације догађаја који дају право на накнаду штете, како следи:⁶⁶²

(а) *повреда ма које обавезе јавног субјекта, односно повреда обавеза субјекта који су под непосредном контролом јавног субјекта.* У пракси, ови догађаји се најчешће везују за кашњења или неиздавања потребних дозвола, лиценци, решења, сертификата и слично, кад кашњење или неиздавање уговором прописаних докумената утиче на даље спровођење пројекта, проузрокујући често значајне додатне трошкове;

(б) *измене у услугама на захтев јавног субјекта или друге врсте измена, односно варијација које утичу на даље спровођење пројекта.* Ови догађаји се односе на: (i) промене захтева јавног субјекта у погледу врсте услуге или функционалности објекта, постројења, односно система, што се одржава и на обављање делатности, односно пружање услуге од општег интереса,⁶⁶³ (ii) промене захтева јавног субјекта у погледу капацитета,⁶⁶⁴ и (iii) промена услова, или истицање нових захтева у погледу изградње објекта, постројења, односно система; и

(в) *дискриминаторне или посебне измене у прописима,* које се примењују на приватног субјекта, односно на пројектно друштво. Опсег ових промена ограничен је искључиво на оне измене у прописима које су: (i) усмерене против конкретног приватног субјекта, односно против конкретног пројекта, а које по својој природи нису применљиве на друге сличне пројекта, те су, као такве, усмерене на умањење вредности пројекта, односно његово осујећење, чиме се, конкретан приватни субјект ставља у неравноправан положај у односу на друге приватне субјекте који узимају учешћа у другим сродним или несродним пројектима, или (ii) су промене у прописима такве да су од утицаја на обављање делатности, односно пружање услуге која је предмет конкретног пројекта, или су усмерене на било каква ограничења у вези са слободом поседовања удела или акција у привредном друштву које обавља одређену делатност, односно бави се пружањем одређене врсте услуга. Промене

⁶⁶² *Standardization of PFI Contracts*, 32; IFC Public-Private Partnerships Seminar: Ports, Cairo, April 2010, „Balancing Government & Investors Interests, Legal Issues in Port Concessions“, Allen & Overy, 17, доступно на:

http://www.icafrica.org/fileadmin/documents/ICA_sponsored_events/IFC_PPP_Ports_Cairo_2010/Legal%20Issues%20in%20Port%20Concessions%20Igram-Johnson.pdf - 27.4.2015.

⁶⁶³ Промена захтева јавног субјекта у погледу врсте услуге може да се, примера ради, огледа у захтеву јавног субјекта да ауто-пут који се гради, уместо две траке у оба смера има по три траке, или у захтеву да се изграде нове обилазнице, приступни путеви ауто-путу или мостови, што може вишеструко да увећа вредност пројекта.

⁶⁶⁴ Промена захтева јавног субјекта у погледу капацитета може да се, примера ради, огледа у захтеву за повећањем капацитета нафтовода или гасовода са уговореног броја m^3 на већи број m^3 , што директно увећава трошкове изградње и представља, имајући у виду технологију реализације ових пројеката, практично нов пројекат, или, на пример повећање капацитета постројења за пречишћавање воде или постројења за процесуирање отпада, што такође неретко представља нов пројекат узимајући у обзир сложеност и вредност технологија које се примењују.

прописа које нису дискриминаторне природе, већ представљају најчешће нужни еволутивни ток у унапређењу прописа, некада условљен и обавезујућим правилима одређене заједнице којој конкретна држава припада, представљају један од најделикатнијих догађаја који дају право на накнаду штете.

Наступање оваквих промена може значајно да утиче на увећање трошкова (посебно у случају промене пореских и царинских прописа), те је могући начин превазилажења овог проблема и избегавања плаћања накнаде штете по основу наступања ових промењених околности, уговарање одређеног износа који ће представљати практично резервацију накнаде штете за пројектно друштво, за случај да дође до генералне промене прописа која има негативан утицај на пројекат, у смислу увећања укупних трошкова пројекта.

Јавни субјект може овакав приступ да сматра неприхватљивим, будући да он означава „блокирање“ ликвидних средстава јавног субјекта за читав век трајања пројекта. Међутим, овакав модел има у пракси развијену и под-опцију, која подразумева споразум јавног и приватног субјекта о клизној скали и одређеном проценту који јавни субјект исплаћује пројектном друштву ако оперативни и капитални трошкови надмаше одређени износ. Овакав приступ се најчешће уговара, јер он одговара и јавном и приватном субјекту будући да се односи на будућу околност у односу на коју приватни субјект такође може да утиче, оптимизацијом капиталних улагања на најекономичнијој могућој основи, на који начин, јавни и приватни субјект, практично, деле ризик, па тако и деле трошак увећања издатака и оперативних и капиталних трошкова.

Листа догађаја који се уговором могу предвидети као догађаји који дају право на накнаду штете може да буде и екстензивнија, тако да укључи и следеће догађаје:⁶⁶⁵ (а) промена пореских стопа, (б) покретање судских или управних поступака од стране јавног субјекта против приватног субјекта, односно пројектног друштва, који имају за последицу онемогућавање реализације пројекта, одређивање привремених мера које се одражавају на реализацију пројекта, у трајању уређеном уговором, (в) откриће археолошких налазишта, културне баштине и сличних открића, која нису била позната јавном субјекту и поред детаљне студије терена, (г) иницирање, односно спровођење пројекта са идентичним карактеристикама на истом или блиском потезу, уз уговарање права на убирање прихода из обављања конкретне делатности, односно пружања конкретне услуге, под истим условима како је то предвиђено у конкретном пројекту, чиме се директно нарушава ексклузивитет у остваривању одређених права код појединих пројеката, (д) омогућавање, неспречавање или директно подстицање предузимања активности повезаних са наступањем загађења животне

⁶⁶⁵ Вид. *Model Public/Private Partnerships Core Toll Concessions Contract Guide*, U.S. Department of Transportation, Federal Highway Administration, September 10, 2014, D-27.

средине, од утицаја на реализацију конкретног пројекта, односно обављање одређене делатности, односно пружања услуга од општег интереса, и друго.

Иако ови догађаји, најчешће, претходе оперативној фази реализације пројекта, они по својој природи могу да буду такви да наступе, или се наставе, и након започињања оперативне фазе пројекта. На пример, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта може да предвиди обавезу јавног субјекта да, након започињања оперативне фазе, изда потребне дозволе, потврде или сертификате неопходне за обављање одређене делатности, или у случају кад је трајање одређене дозволе или лиценце временски орочено, а рок на који је дозвола иницијално издата је краћи од оперативне фазе пројекта, те је исту неопходно обновити или поново издати).⁶⁶⁶

Приликом преговарања уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, стратегије уговорних страна су унапред познате и веома типичне. Јавни субјект ће настојати да чак и догађаје на чије наступање има утицаја, класификује као догађаје који дају право на додатно време за извршење уговором преузетих обавеза, покушавајући на тај начин да у потпуности искључи обавезу плаћања према приватном субјекту, односно према пројектном друштву. Позиција приватног субјекта ће, такође, бити радикална, али у правцу да настоји да што је могуће већи број догађаја, укључујући и оне на које он може да утиче, укључи у категорију догађаја који дају право на накнаду штете. Позицију пројектног друштва, као носиоца пројекта, подржаће и финансијери пројекта, који ће захтев пројектног друштва подржавати са идејом да се приоритетно наплате из средстава која пројектно друштво оствари накнадом штете, на исти начин какав захтев постављају у случају накнаде штете из осигурања, у случају наступања осигураног случаја, о чему ће више речи бити у Глави XIX.

Међутим, без обзира на иницијалну преговарачку позицију јавног и приватног субјекта, договор о листи догађаја који дају право на накнаду штете, током преговора на крају исходује релативно уравнотеженим приступом, тим пре што класификација догађаја који дају различита права учесницима у пројекту, по правилу, прати матрицу ризика, која, као што смо то већ помињали, треба да буде заснована на објективном принципу, према коме ризике преузима и сноси она страна која најбоље може да управља њима. Једнако као што непримерен приступ у подели ризика, управљен на пребацивање што је могуће већег броја ризика на другу уговорну страну, у пракси најчешће доводи до неуспеха пројекта и раскида уговора, тако и предвиђање великог броја догађаја који дају право на накнаду штете, нема суштински ефикасну подлогу, будући да исти овај разлог који није омогућио јавном субјекту да самостално спроводи пројекат – ограничење у буџету – представља

⁶⁶⁶ На пример, енергетска лиценце за обављање највећег броја енергетских делатности, према домаћим прописима, важи 10 година, а оперативна фаза реализације пројекта према пројекту и финансијском моделу треба да траје 25 година. Вид. ЗЕ, чл. 20.

реално ограничење и код преузимања обавезе накнаде штете пројектном друштву, а јавни субјект веома ретко даје обезбеђење за извршење своје уговорне обавезе плаћања накнаде штете у случају наступања ових догађаја. Управо због овог практичног разлога, највећи број уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, укључујући и уговоре који су појединачно анализирани за потребе овог рада као домаће Студије случаја, садржи прилично ограничену листу догађаја који дају право на накнаду штете, и своди се на оне који се уобичајено уговарају, а који су горе наведени у општој класификацији ових догађаја.

(б) Догађаји који дају право на додатно време за извршење уговором преузетих обавеза

Догађаји који дају право на додатно време за извршење уговором преузетих обавеза (енг. *relief events*, *delay events* или *temporary force majeure events*) су догађаји који, према својој природи, представљају околности и збивања у односу на чије наступање ризик преузима приватни субјект (укључујући и са њим повезана лица, као, на пример, подизвођачи приватног субјекта, односно пројектног друштва).

За разлику од догађаја који дају право на накнаду штете, који су под непосредном, односно посредном контролом јавног субјекта, догађаји који дају право на додатно време за извршење уговором преузетих обавеза најчешће нису под контролом приватног субјекта,⁶⁶⁷ већ су повезани са ризицима које, према расподели ризика која се врши уговором, преузима приватни субјект.⁶⁶⁸

Управо одсуство контроле над наступањем догађаја на правичан начин релативизује тежину сношења ризика наступања ових догађаја, утолико што наступање ових догађаја не ствара основ за накнаду штете јавном субјекту, већ само даје право на додатно време, практично дајући право на продужење рока за извршење уговором преузетих обавеза, које делује у односу на оба учесника у пројекту – и јавног и приватног.

Додатно, околност да приватни субјект не држи под својом контролом могућност да утиче, односно да предупреди наступање ових догађаја, додатно олакшава позицију приватног субјекта, утолико што у случају наступања ових догађаја, не даје право јавном субјекту на раскид уговора, што се објашњава тиме што је природа ових ризика таква, да било које друго лице, које би се нашло у позицији конкретног приватног субјекта, не би могло, односно, претпоставља се да не би могло да предупреди наступање конкретног догађаја, чиме се позиција јавног субјекта суштински не би променила ни у случају раскида уговора.

⁶⁶⁷ E. R. Yescombe (2007), 276.

⁶⁶⁸ J. Habets, 49-50.

Такође, догађаји који се класификују као догађаји који дају право на додатно време за извршење уговором преузетих обавеза, по својој природи и обележјима су догађаји који наступају периодично и који, најчешће, веома кратко трају, будући да се проблеми у спровођењу уговора најчешће могу превазићи алтернативним начинима, без велике опасности по успех пројекта, односно без значајније штете коју њихово наступање проузрокује.⁶⁶⁹

Иако је раскид уговора непримерен код ових догађаја и, према општем правилу није допуштен, у пројектима од стратешког значаја у којима одређене околности имају другачију квалификацију него што је то случај код комерцијалних пројеката, јавни субјект може да захтева да наступање оваквог догађаја даје право јавном субјекту на раскид уговора, а овакво право јавног субјекта се тада мора експлицитно уговорити будући да представља изузетак од општег правила. Оваква могућност, осим стратешких пројеката који имају геополитички значај, може се захтевати и код пројеката који се везују за војну индустрију,⁶⁷⁰ код којих се овакав захтев, најчешће, објашњава разлозима веома посебних технологија и искључењем могућности превазилажења насталог проблема алтернативним начинима, што је могуће и широко практиковано код комерцијалних уговора.

За разлику од догађаја који дају право на накнаду штете, који се, по правилу, везују за околности које непосредно утичу на отпочињање оперативне фазе пројекта, догађаји који дају додатно време за извршење уговором преузетих обавеза могу наступити у било којој, чак и у иницијалној фази реализације пројекта.

У различитим изворима који објашњавају и уређују ове догађаје, срећу се мање-више типичне и стандардизоване класификације догађаја који дају право на додатно време за извршавање уговором преузетих обавеза, како следи:⁶⁷¹ (а) пожари, експлозије, удари грома, муње, поплаве, јонизујућа и/или радиоактивна зрачења, која не представљају случај више силе, земљотреси, побуне, грађански протести; (б) пропуст или доцња у извођењу радова, односно предузимању каквих других активности на страни представника власти, јавно-комуналног предузећа, локалне самоуправе или другог тела, у чију надлежност спада предузимање активности које омогућавају, односно доприносе спровођењу пројекта; (в) хаварија или каква друга штета на објекту, постројењу или приступном путу који је у функцији обезбеђивања реализације пројекта; (г) прекид у напајању, односно у достави струје, воде, нафте, гаса или прекид саобраћајних транспортних система који су у функцији

⁶⁶⁹ Примера ради, прекид транспорта уобичајеном трасом може да се замени новом трасом, или привремени прекид снабдевања одређеним енергентом од добављача са којим постоји закључен уговор, може се привремено компензовати кроз алтернативне изворе снабдевања тј. посредством других добављача истог енергента, и сл.

⁶⁷⁰ *Standardization of PFI Contracts*, 39.

⁶⁷¹ *Ibid.*, 40; *Balancing Government & Investors Interests, Legal Issues in Port Concessions*, IFC Public-Private Partnerships Seminar: Ports, Cairo, April 2010, Allen & Overy, 17.

реализације пројекта; (д) наступање блокаде или проглашење ембарга, који не представља случај више силе; и (ђ) штрајкови, побуне, други догађаји који на краће време успоравају, прекидају или обустављају реализацију пројекта.

Наведени догађаји се класификују као догађаји који дају право на *додатно време* за извршење уговором преузетих обавеза уз сва друга права које ови догађаји са собом повлаче, само под условом да њихово наступање није настало као последица намерног поступања приватног субјекта, односно пројектног друштва, односно њихових подизвођача на које имају утицај.

(в) Случај више силе

Случај више силе (енг. *force majeure event*) означава догађаје који, према својој природи, представљају околности и збивања, који нису, нити на било који начин могу да буду под утицајем, односно контролом нити јавног, нити приватног субјекта, али којима, како се претпоставља, боље може да управља приватни субјект.

Одређење случаја више силе у уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта, у свему одговара одређењу више силе у другим уговорима,⁶⁷² у смислу да виша сила укључује случај рата, грађанског рата, сваког облика масовнијег оружаног сукоба, акте тероризма, нуклеарне, хемијске, биолошке и друге врсте контаминација, који нису последица предузимања активности од стране приватног субјекта, пројектног друштва или његових подуговорача.⁶⁷³

Који конкретан догађај ће у појединачном уговору бити сврстан у наведене три категорије догађаја, зависи од околности предметног случаја и природе и особености сваког пројекта. Иако је пракса закључења ових уговора искристалисала одређене догађаје, који се у великој већини закључених уговора, који су предмет ове анализе, сврставају у одређену категорију ризика, постоје и одређени догађаји, који у контексту конкретног пројекта, могу представљати граничне случајеве. Зона граничних случајева, код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, препозната је у пракси, пре свега, између догађаја који дају право на накнаду штете и догађаја који дају право на додатно време за извршење уговором преузетих обавеза.

⁶⁷² J. Dewar, 373.

⁶⁷³ J. Evans, D. Bowman, 76; F. Kellner de Oliveira Palermo, 648.

2. Правне последице наступања ових догађаја

Правне последице наступања горе класификованих догађаја су различите, те су, с тим у вези, и права јавног и приватног субјекта другачија.

(а) Догађаји који дају право на накнаду штете

Наступање ових догађаја директно се одражава на тренутак започињања оперативне фазе у спровођењу пројекта, која је утолико значајна што од тог тренутка пројектно друштво почиње да обавља делатност односно пружа услуге, и да по овом основу приходује. Стога, наступање оваквог догађаја одлаже овај тренутак проузрокујући пројектном друштву како додатне трошкове, тако и директан губитак прихода из кога је дужно да сервисира своје обавезе које доспевају, у највећем броју, управо у овом периоду. Отуда, пројектно друштво по основу наступања ових догађаја има право на накнаду штете коју трпи одлагањем започињања делатности односно пружања услуга.⁶⁷⁴

У вези са питањем накнаде штете, као најважније питање, поставља се питање њеног износа и начина обрачуна. Као основни принцип, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта постављају принцип према коме пројектно друштво примарно, а посредно и његови спонзори (његови чланови/акционари) и финансијери пројекта, треба да буду обештећени за све трошкове и издатке које су претрпели услед наступања ових догађаја. Трошкови и издаци које пројектно друштво сноси, и који треба да му буду надокнађени могу бити различите природе – оперативни трошкови, односно капитални трошкови. Оперативни трошкови су, по правилу, мањег обима и вредности, и у пракси се ови трошкови најчешће надокнађују кроз повећање накнаде која се исплаћује пројектном друштву за обављање делатности, односно за пружање услуга.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешће, садрже одредбу која предвиђа овакво повећање накнаде, с тим да се може уговорити да се конкретна висина увећања накнаде мора утврдити у преговорима јавног субјекта и пројектног друштва, ако и када наступе овакве околности.

За разлику од велике већине уговора јавног и приватног субјекта, код којих постоји обавеза јавног субјекта да пројектном друштву исплати додатне оперативне трошкове који су настали услед наступања ових догађаја, код уговора о концесији, ризик наступања ових догађаја може се пренети на крајње кориснике услуга, који директно плаћају накнаду за пружене услуге пројектном друштву.

⁶⁷⁴ Edward Farquharson, „PPP Finance and Legal Issue“, Partnership PPP, 25 July 2006, слајд 33, доступно на: <http://services.iadb.org/wmsfiles/products/Publications/854808.pdf> - 27.4.2015.

Накнада оперативних трошкова насталих наступањем ових догађаја обрачунава се у релативно једноставном поступку, који не укључује анализу финансијског модела уговора, што је применљиво код накнаде капиталних трошкова. С друге стране, за разлику од оперативних трошкова који се исплаћују претежно кроз увећање накнаде, накнада капиталних трошкова је компликованија, и обавезно узима у анализу финансијски модел на коме је заснован пројекат, при чему се од јавног субјекта очекује да призна, и у целисти прихвати параметре на којима су приватни субјект и финансијери пројекта засновали своју одлуку да учествују у пројекту (интерна стопа повраћаја инвестиције/*IRR*, као релевантан параметар за приватног субјекта, односно кредитни рацији финансијских институција које имају право на приоритетно намирење по основу одобрених кредита).

У случају да јавни субјект услед буџетских и других сличних ограничења нема могућности да исплати овакву накнаду штете, опстанак пројекта зависи од спремности приватног субјекта да обезбеди додатни капитал, што се у пракси веома ретко дешава, или спремности банака да обезбеде додатне кредите, што је реално само у случају кад додатна средства обезбеђују оне финансијске институције које имају приоритет у наплати својих потраживања, јер услед веома ограниченог арсенала средстава обезбеђења ниједна друга финансијска институција неће бити спремна да обезбеди додатно финансирање. И у овим случајевима, кад јавни субјект није у могућности да одједном исплати износ накнаде штете, који се утврди споразумно и плати је једнократно, накнада штете се може обезбедити кроз увећање накнаде која се редовно плаћа пројектном друштву, чиме се обавеза исплаћује поступно, дакле у уговореним ануитетима, а као модалитет се може уредити и плаћање додатне накнаде, која се не зарачунава на уговорену накнаду за пружене услуге, већ се исплаћује као потпуно одвојена накнада, искључиво у сврху накнаде штете.⁶⁷⁵ Ова опција је за јавног субјекта, по правилу, прихватљивија, јер јасно разграничава плаћање по основу уговорене накнаде, која се ослања на финансијски модел пројекта, од допунске накнаде, коју је јавни субјект дужан да плаћа, практично, као уговорни пенал, у случају наступања догађаја који дају право на накнаду штете пројектном друштву.

Ако, међутим, услед ограничења на страни јавног субјекта ниједан од горе поменутих модалитета није могућ, као последња линија одбране одржања пројекта и уговора у животу остаје могућност продужења уговора, ако уговор иницијално није закључен на максималан период.⁶⁷⁶

Осим тога што у случају наступања догађаја који дају право на накнаду штете, пројектно друштво остварује право на накнаду штете, која му је проузрокована наступањем

⁶⁷⁵ *Standardization of PFI Contracts*, 36.

⁶⁷⁶ Victor P. Goldberg, *Framing Contract Law: An Economic Perspective*, Harvard University Press 2006, 334.

конкретног догађаја, од тренутка наступања ових догађаја наступају и две додатне правне последице:

(а) долази до одлагања рокова за извршење обавеза док траје догађај који условљава предузимање даљих активности, с њим повезаних или њиме условљених. Наиме, приватни субјект је и даље дужан да предузима, у уговореним роковима, оне уговорне обавезе на које не утиче наступање догађаја који дају право на накнаду штете, а у случају да је предузимање његових даљих активности условљено претходним извршењем обавезе јавног субјекта, тада долази и до последичног добијања додатног времена за извршење обавеза приватног субјекта, које су условљене претходним испуњењем обавеза јавног субјекта. У интересу је јавног субјекта да, што је пре могуће, отклони последице догађаја који су дали право на накнаду штете, будући да на тај начин умањује своју обавезу у погледу висине накнаде штете, коју је дужан да исплати пројектном друштву, а пројектно друштво тада има неутралан положај и чека обезбеђивање услова за даље несметано извршење уговора, будући да оно није скривило настанак ових догађаја, који нису у његовој контроли; и

(б) долази до наступања мораторијума у погледу плаћања пенала од стране пројектног друштва, за доцњу у погледу започињања обављања делатности односно пружања услуга. Наиме, највећи број уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта садржи уговором предвиђену обавезу пројектног друштва да исплати јавном субјекту одговарајућу накнаду, у случају закашњења у односу на планирани временски тренутак, кад би требало да се започне са обављањем делатности, односно пружања услуга. Како наступање догађаја који су у контроли јавног субјекта може довести до одлагања датума започињања обављања делатности, односно пружања услуга, начело правичности налаже да пројектно друштво буде аболирано од обавезе плаћања накнаде штете јавном субјекту за време за које је одлагање било узроковано наступањем догађаја у контроли јавног субјекта.

И, на крају, као опште правило, наступање догађаја који дају право на накнаду штете не искључује право пројектног друштва, као носиоца пројекта, да захтева раскид уговора због неиспуњења уговорних обавеза јавног субјекта. Раскиду уговора се, у пракси, прибегава веома ретко и то само онда кад и поред накнаде штете за наступање догађаја који су у контроли јавног субјекта, дужина трајања ових догађаја или немогућност извршења одређених обавеза јавног субјекта чини пројекат неспроводивим, односно води у раскид уговора, као једино економски целисходно решење.

(б) Догађаји који дају право на додатно време за извршење уговором преузетих обавеза

Догађаји који дају право на додатно време за извршење уговором преузетих обавеза, по својој природи, најчешће нису под контролом пројектног друштва, што утиче и на правне

последнице наступања ових догађаја. За разлику од догађаја који су под контролом јавног субјекта, и који га чине директно одговорним за њихово наступање, што се огледа у обавези накнаде штете, наступање ових догађаја не даје право јавном субјекту да потражује од пројектног друштва накнаду штете.⁶⁷⁷

С друге стране, како наступање ових догађаја утиче на обављање делатности, односно пружање услуга, у смислу да одлаже или онемогућава обављање делатности/пружање услуга, то принцип правичности налаже да током трајања ових догађаја, пројектно друштво не остварује право на исплату накнаде од стране јавног субјекта за обављање делатности, односно за пружање услуга, будући да исте не обавља, односно не пружа.

Наступање ових догађаја, по природи ствари, утиче и на рокове, с тим да, за разлику од догађаја који дају право на накнаду штете и код којих потенцијално постоји могућност продужења трајања уговора, наступање ових догађаја у пракси, по правилу, не доводи до продужења трајања уговора.⁶⁷⁸ Разлог за овакво ограничење поново се може пронаћи у захтеву за обезбеђивањем правичности будући да би продужење трајања уговора практично довело пројектно друштво у повољнији положај, у смислу да период током кога оно обавља делатност практично остаје непромењен, услед продужетка рока, што може да дестимулишуће утиче на пројектно друштво да предузима радње које су у његовој моћи ради предупређивања даљег трајања догађаја или отклањања последица наступања догађаја, као учеснику у пројекту који сноси конкретан ризик. С друге стране, јавни субјект, без обзира што би био поштеђен обавезе плаћања накнаде за обављање делатности, односно за пружене му услуге, дугорочно гледано би био оштећен, с обзиром на то да би касније преузео објекат, постројење, односно систем који је изграђен, односно реконструисан и који протеком времена губи на вредности.

Право на додатно време за извршење уговором преузетих обавеза, које наступање ових догађаја даје пројектном друштву, је, дакле, условног карактера утолико што се пројекат мора реализовати у уговореним роковима, уз мање корекције интерних рокова за реализацију одређених фаза, услед наступања ових догађаја.

И на крају, за разлику од догађаја који дају право на накнаду штете, током којих наступа мораторијум у погледу плаћања пенала од стране пројектног друштва јавном субјекту за доцњу у погледу започињања обављања делатности, односно пружања услуга, наступање ових догађаја нема увек овакву последицу. Наиме, у зависности од пројекта, и, наравно, у зависности од природе догађаја, пројектно друштво може бити краткорочно ослобођено обавезе плаћања накнаде јавном субјекту, за случај наступања ових догађаја, али

⁶⁷⁷ *Standardization of PFI Contracts*, 41; Peter Sheridan, „PFI/PPP Disputes“, *European Public Private Partnership Law Review* 2/2009, 94.

⁶⁷⁸ E. R. Yescombe (2007), 276.

то не мора увек да буде случај. На пример, ако је прекид у снабдевању енергентом могуће превазићи припајањем на алтернативни извор, непоступање на овај начин, по правилу, неће аболirati пројектно друштво од његове обавезе на плаћање пенала јавном субјекту. Међутим, ако се конкретан догађај огледа у наступању грађанских немира, на које пројектно друштво не може да утиче, такав догађај даје основ да се, док догађај траје, пројектно друштво ослободи обавезе плаћања пенала јавном субјекту.

И на крају, наступање ових догађаја не даје право јавном субјекту на раскид уговора, што још једном представља демонстрацију принципа правичности, будући да наступање ових догађаја, како је то већ поменуто, у највећем броју случајева није под контролом пројектног друштва. Такође, јавни субјект, у случају наступања ових догађаја ретко када у пракси стиче право да преузме извршење обавеза пројектног друштва, јер се ово најчешће цени као нецелисходно и неоправдано.

(в) Случај више силе

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта прописују да наступање случаја више силе има утицаја на пројекат,⁶⁷⁹ само и искључиво онда кад ови догађаји материјално утичу на извршење обавеза јавног и приватног субјекта, тако да онемогућавају, односно спречавају извршење уговора.⁶⁸⁰

Околност наступања више силе се уговором јавног и приватног субјекта, по правилу, ограничава на временски период од најчешће шест месеци,⁶⁸¹ током којег наступа мораторијум у извршавању обавеза уговорних страна.

Током трајања случајева више силе, јавни субјект нема обавезу да пројектном друштву плаћа накнаду за обављање делатности, односно за пружање услуга, али у појединим случајевима, обично на захтев финансијера пројекта, у уговор јавног и приватног субјекта се укључује обавеза јавног субјекта да, чак и током трајања догађаја више силе, исплаћује пројектном друштву онај износ који одговара доспелој обавези пројектног друштва по основу пројектног финансирања. Уговарање овакве обавезе је још један пример измене уговора под притиском стране која није непосредно страна уговорница, којим се, противно начелу правичности који је, чини се, испоштован код других догађаја, намеће неправична обавеза јавном субјекту, којим се он ставља у неравноправан положај, јер је дужан да плаћа вредност коју не остварује.

⁶⁷⁹ Stéphane Vernay, Nadine Ganesan, „Reform sets model for PPPs in Public Utilities“, *International Financial Law Review* 9/2006, 83.

⁶⁸⁰ P. Sheridan, 94.

⁶⁸¹ *Standardization of PFI Contracts*, 164.

Наступање више силе може различито последично да утиче на спровођење уговора. Уговорне стране се могу сагласити да измене начин извршења обавеза уговорних страна док траје виша сила, могу да искључе или измене обавезу плаћања и начин њеног извршења, могу да продуже трајање уговора, како би се обе уговорне стране довеле у равноправан положај, а могу и да раскину уговор у ситуацији кад је наступање случаја више силе довело до тога да се више не може остварити циљ и сврха уговора.

У случају раскида уговора, јавни субјект је дужан пројектном друштву исплати његову обавезу према финансијерима пројекта, те се и у случају више силе, у пракси веома ретко прибегава раскиду уговора.

Ризик више силе се, по правилу, удаљава од уговорних страна тако што се осигурава, чиме се на терет осигуравајућих друштава пребацује ризик наступања догађаја више силе, о чему ће бити више речи у Глави XIX.

3. Гаранције јавног и приватног субјекта

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта уобичајено садрже међусобно дате изјаве и гаранције уговорних страна⁶⁸² у погледу различитих околности које се, по правилу, односе на битне чињенице које су у вези са сваком од уговорних страна, а на које се друга уговорна страна ослонила, односно у које је веровала у тренутку закључења уговора, тј. на које уговорне стране међусобно рачунају за све време трајања пројекта, односно извршења уговора.

Иако се изјаве и гаранције дате, односно учињене у погледу одређених битних чињеница и околности, не односе на тренутак извршења уговорних обавеза, нити су на први поглед од утицаја на одлагање испуњења уговора, оне се приказују у овом одељку будући да, слично наступању одређених догађаја који су били предмет горње анализе, дају право на накнаду штете, а могу да представљају и основ за раскид уговора.

Изјаве и гаранције уговорних страна које се срећу у уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта су најчешће типичне изјаве и гаранције уговорних страна које се срећу и код свих комерцијалних уговора:

(а) изјаве и гаранције у погледу правног статуса. Уговорне стране једна другој изјављују и гарантују да су основане, односно да послују у свему у складу са прописима одређене јурисдикције, а у случају кад се у својству приватног субјекта појављује конзорцијум, као уговорна форма организовања два или више приватних субјеката, тада чланови конзорцијума дају одговарајуће изјаве у погледу правног статуса сваког члана

⁶⁸² *Standardization of PFI Contracts*, 45.

конзорцијума појединачно, и њихове сагласности воља да, за потребе реализације конкретног пројекта, образују конзорцијум, именују лидера конзорцијума и неограничено солидарно одговарају према јавном субјекту за уговором преузете обавезе;

(б) изјаве и гаранције у погледу испуњености услова за закључење уговора. Имајући у виду вредност уговора који се закључује, односно висину обавеза које уговорне стране међусобно преузимају, најчешће закључење ових уговора подлеже претходном одобрењу различитих корпоративних, односно других органа (претходно одобрење скупштине привредног друштва, односно претходно одобрење органа управе – Владе, скупштине јединице локалне самоуправе и слично);

(в) изјаве и гаранције у погледу непостојања ограничења за закључење уговора и преузимање и извршење уговором предвиђених обавеза уговорних страна;

(г) изјаве и гаранције у погледу непостојања судских поступака, управних мера или каквих других административних или процесних сметњи за закључење уговора и преузимања и извршења обавеза предвиђених уговором;

(д) изјаве и гаранције да не постоје какви други уговори, споразуми, писана или на други начин дата сагласност воља, која ограничава, умањује или искључује способност уговорних страна да закључе уговор, односно извршавају обавезе предвиђене уговором.

Осим ових уобичајених изјава и гаранција које дају обе уговорне стране, јавни субјект од приватног субјекта, без обзира на то што је ове околности могао да испита у јавно спроведеном поступку одабира приватног субјекта, често захтева и одговарајуће изјаве и гаранције у погледу поседовања одговарајућег искуства, посебних знања и, кад природа пројекта то захтева, поседовања одговарајућих лиценци и дозвола за обављање одређених делатности.

С друге стране, приватни субјект, иницијално или касније, на захтев финансијера пројекта, захтева од јавног субјекта одређене специфичне изјаве и гаранције⁶⁸³ које му гарантују исплативост инвестиције на коју рачуна. У том смислу, најтипичнија гаранција ове врсте је гаранција да ће стопа повраћаја инвестиције/*IRR* бити у одређеном проценту који се уговором уређује.⁶⁸⁴

Код енергетских пројеката, приватни субјект од јавног субјекта најчешће захтева и гаранцију одређеног процента откупа укупно произведене енергије или тарифу по којој ће се откупљивати произведена енергија (у случајевима кад уговор не допушта могућност слободног формирања цена од стране приватног учесника у пројекту), гарантован приступ транспортним системима или минимални гарантовани транспортни капацитет.

⁶⁸³ J. Quiggin (2005), 448.

⁶⁸⁴ J. Delmon (2011), 61.

С друге стране, код инфраструктурних пројеката, уобичајени су захтеви приватног субјекта да јавни субјект гарантује одређену минималну потражњу за услугом транспорта на пример, гаранцију у погледу броја возила која прођу ауто-путем⁶⁸⁵ односно броја возова или авиона који се дневно превезу железничким транспортним системом, односно који слећу на одређени аеродром. У пројектима који подразумевају изградњу школа или болница, приватни субјект захтева од јавног субјекта гаранцију одређених демографских података или очекиваних стопа раста, на пример, броја ученика као последицу прогресивног раста природног прираштаја у одређеном региону, односно гаранцију броја пацијената, односно гаранцију попуњености болничких капацитета.

Такође, веома уобичајен захтев приватног субјекта у погледу изјава и гаранција јавног субјекта, без обзира на особеност сектора у коме се пројекат реализује, односи се на гаранцију јавног субјекта да током читавог века трајања пројекта, односно извршења уговора, приватни субјект неће бити подложен промени прописа (пре свега пореских и царинских).

Јавни субјект ће, по правилу, у преговорима настојати да приватном субјекту не гарантује ниједну од околности које су комерцијалне природе, али ће, најчешће под притиском финансијера пројекта, пристати на одређене изјаве и гаранције, посебно у односу на околност постојања потражње за одређеном врстом објекта, постројења, услуге или у односу на цену.

У спектру горе наведених изјава и гаранција које се у пракси траже, као најпроблематичнија се показала гаранција мораторијума на утицај промене прописа на конкретан пројекат, будући да се уговором не може искључити промена прописа. У настојању да обезбеде и овакав ефекат, у пројектима од националног или стратешког значаја у којима преговоре о конкретном пројекту или већем броју сличних пројеката, воде државе, типично је да се приступа закључењу билатералних или мултилатералних уговора, који имају јачу правну снагу од закона, којима се предвиђа да промена прописа у одређеним областима, које могу да се комерцијално одразе на пројекат, неће имати утицаја на пројекат, односно да ће конкретан пројекат или пројекти из одређене области, односно сектора бити изузети од промене прописа. Овакви пројекти, међутим, са собом и даље носе ризик покретања поступка оцене уставности, будући да према истим правилима која уређују хијерархију правних аката, ниједан општи или појединачни акт не сме бити у супротности са врховним правним актом сваке државе – Уставом. Отуда, и у овим случајевима, приватни субјект, односно финансијери пројекта обавезно, и поред постојања међународног уговора,

⁶⁸⁵ *Ibid.*, 171.

захтевају од јавног субјекта давање изјаве и гаранције којом се и уговором гарантује иста заштита од промене прописа.

Повреда изјава и гаранција као своју правну последицу најчешће има накнаду штете, а у поједним случајевима, осим права на накнаду штете, може да представља и основ за раскид уговора.

4. Датум до кога се мора започети спровођење уговора (енг. *effective date*) и датум до кога се мора започети извршење уговора – обављање делатности, односно пружање услуга (енг. *long-stop date*)

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта имају неколико критичних момената, који могу да одлучујуће утичу на даље спровођење пројекта, односно извршење уговора. Непосредно након закључења уговора, по правилу, следи интензивна активност на испуњењу претходних услова за спровођење пројекта. Испуњење претходних услова за спровођење пројекта уобичајено представља обавезу јавног субјекта, који треба да обезбеди испуњеност свих законом прописаних и уговором уређених услова.

Испуњење ових услова, у одређеним случајевима, може да захтева комбиновану активност или заједничко поступање јавног и приватног субјекта, кад се од јавног субјекта захтева да приватном субјекту пружи пуну подршку у активностима које предузима.

Услови који се испуњавају у овој фази су најчешће регулаторни услови, попут прибављања одобрења концентрације у вези са оснивањем заједничког привредног друштва, на пример, о чему је било речи у ранијем излагању, као и добијање потребних дозвола, сагласности, одобрења и лиценци, чије издавање је у искључивој надлежности јавног субјекта, односно надлежних државних органа.

Како уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта предвиђа кумулативно испуњење свих услова као услов за даље спровођење пројекта, датум испуњења свих услова сматра се даном од када пројекат почиње да се примењује, а тај дан се најчешће назива даном ефективног започињања реализације пројекта (енг. *effective date*).

Неиспуњење свих претходних услова не мора нужно да води ненаступању овог датума будући да уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта може да предвиди да се уговорне стране могу одрећи захтева за испуњењем одређених претходних услова, с тим да се уговорне стране не могу одрећи захтева за испуњењем регулаторних услова. Последица неиспуњења свих кумулативно постављених услова, под претпоставком да су јавни и приватни субјект остали при захтеву у односу на све уговором превиђене услове, и нису се одрекли захтева за испуњењем одређених услова, је најчешће аутоматски раскид уговора, у ком случају, веома често ниједна уговорна страна не дугује другој уговорној страни накнаду

трошкова које су имале до тренутка раскида уговора. Међутим, у случајевима великих пројеката у којима су уговорне стране имале значајне издатке у фази припреме закључења уговора (израда студија, анализа, дијагностичог извештаја), а посебно у случајевима у којима је испуњење претежног броја услова под непосредном контролом јавног субјекта, приватни субјект, по правилу, захтева накнаду свих трошкова које је имао у вези са припремом закључења уговора, преговорима, укључујући и накнаду трошкова за своје финансијске, техничке и правне саветнике, који могу да буду значајни.

Након испуњења свих претходних услова, односно након наступања датума ефективног започињања реализације пројекта, креће фаза изградње, која због природе и броја ризика, који претежним делом падају на терет пројектног друштва, представља најделикатнију фазу реализације пројекта. Успешно окончање ове фазе услов је за отпочињање оперативне фазе пројекта, која је једнако значајна и за јавног и за приватног субјекта. Јавни субјект од овог тренутка почиње да рачуна време када ће му пројектно друштво предати у власништво новоизграђен, односно оперативно-технички унапређен објекат, постројење, односно систем, а док се не оконча оперативна фаза спровођења пројекта, јавни субјект плаћа пројектном друштву накнаду за обављање делатности, односно пружање услуга.

Приватни субјект, с друге стране, посредством пројектног друштва остварује економски интерес у пројекту – пројектно друштво приходује од накнаде за обављање делатности, односно за пружање услуга, а приватни субјект, у својству оснивача пројектног друштва, остварује право на дивиденду, као приход од капитала, осим у случају кад је исплата дивиденде суспендована на захтев финансијских институција које обезбеђују финансирање.

Отуда је датум отпочињања оперативне фазе пројекта од једнаког значаја за обе уговорне стране. Како доцња у окончању фазе изградње не би довела до неоправдано дугог одлагања оперативне фазе пројекта, јавни субјект може да захтева да уговор садржи одређење датума закључно са којим треба да отпочне оперативна фаза пројекта. Овај датум се уобичајено означава као крајњи датум са којим мора да отпочне оперативна фаза (енг. *long-stop date*).

У случају да оперативна фаза пројекта не започне са овим датумом, јавни субјект има право да раскине уговор. Међутим, право на раскид уговора вишеструко је релативизовано: (а) правом финансијера да преузму пројекат, ступајући на место пројектног друштва, о чему ће више речи бити у каснијем излагању, или (б) проглашењем наступања догађаја који утичу на реализацију уговора – догађаја који дају право на накнаду штете, догађаја који дају право на додатно време за извршење уговором преузетих обавеза, или случајева више силе.

5. Инструменти обезбеђења испуњења рока

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта могу да предвиђају и одређене инструменте обезбеђења испуњења уговорених рокова, које захтева јавни субјект.

За разлику од горе поменутог крајњег датума са којим мора да отпочне оперативна фаза (енг. *long-stop date*), који представља веома уобичајен захтев јавног субјекта, који му даје право да сам преузме извршење одређених обавеза пројектног друштва, уз сразмерно умањење накнаде коју му исплаћује, али и право на раскид уговора, захтев за полагањем инструмената обезбеђења испуњења рокова се истиче у уговорима у којима је критеријум „вредности за новац“, посебно наглашен и оправдава истицање оваквих захтева.

Као могући инструменти обезбеђења благовременог извршења обавеза пројектног друштва истичу се:

(а) полагање гаранције за добро извршење посла (енг. *performance bond*),⁶⁸⁶ која се најчешће полаже у пројектима који укључују изградњу новог, односно техничко-оперативно унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система. Мање је уобичајено, али се у пракси такође среће, и захтев за давањем гаранције за добро извршење посла и код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта у коме је предмет уговора пружање одређене услуге, управљање објектом, постројењем, односно системом. Код уговора јавног и приватног субјекта који укључују фазу изградње, односно реконструкције, страна која полаже гаранцију је инвеститор, дакле пројектно друштво које гради.

Како је критеријум поштовања рокова веома важан, а у највећем броју случајева радове на изградњи не обавља самостално пројектно друштво, већ то чини преко широке мреже подизвођача, пројектно друштво само, а неретко и на захтев финансијера пројекта, настоји да се обезбеди и у односу на своје подизвођаче, тражећи од њих такође идентично средство обезбеђења.

Издавање гаранције за добро извршење посла је повезано са значајним трошковима, који утичу на цену која се плаћа за извођење радова. У том смислу, већ у самом поступку одабира приватног субјекта мора бити унапред стављено у изглед да ли јавни субјект захтева издавање гаранције за добро извршење посла или не, јер ће цена издавања ове гаранције свакако бити укључена у понуду коју чини приватни субјект. Та цена може да буде увећана и у случају захтева приватног субјекта према његовим подизвођачима за полагање истог средства обезбеђења, при чему се укупан трошак овог захтева пребацује директно на јавног субјекта.

⁶⁸⁶ J. Dewar, 482.

Критеријум „вредности за новац“, којим се јавни субјект увек руководи у пројектима ове врсте, треба да процени, одмери и утврди где лежи значајнији ризик по јавног субјекта – да ли је већи ризик и скупље његово наступање у случају пробијања рокова за изградњу који се, последично, најчешће протежу и на рокове за отпочињање оперативне фазе пројекта, или је цена коју је јавни субјект дужан да плаћа пројектном друштву, а која у себи урачунава трошак пројектног друштва за обезбеђивање гаранције за добро извршење посла, као и гаранције његовог подизвођача или више њих, таква да је несразмерно већа у односу на штету коју би јавни субјект претрпео услед пробијања рокова. Калкулација се у овом смислу разликује од пројекта до пројекта и за њу не постоји јединствен именилац. Стога је захтев јавног субјекта за полагањем овог средства обезбеђења ствар одлуке на основу утемељених финансијских обрачуна базираних на процени вероватноће наступања ризика, пројекције увећања цена, инфлације, и другим мерљивим параметрима;

(б) закључење уговора између приватног субјекта, односно конзорцијума више приватних субјеката, и пројектног друштва о издавању гаранције оснивача и издавање гаранције оснивача за обавезе пројектног друштва (енг. *parent guarantee*).⁶⁸⁷ Овај уговор, односно гаранција оснивача пројектног друштва такође се уобичајено захтева код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта који укључују изградњу новог, односно оперативнотехничко унапређење, тј. реконструкцију већ постојећег објекта, постројења, односно система.

Ова врста обезбеђења се захтева као додатно обезбеђење у пројектима велике вредности у којима се у својству оснивача пројектног друштва, које је увек новоосновано друштво без имовине, и без финансијске снаге, појављују значајни учесници на тржишту у одређеним секторима, са препознатљивим искуством у реализацији пројеката исте или сличне врсте, и са значајним приходима.

У пракси, ова врста гаранције се може захтевати уз полагање горе поменуте гаранције за добро извршење посла, чиме јавни субјект, практично, увећава заштиту, али увећава и свој трошак. Последњих година приметан је тренд све чешћег одустајања јавног субјекта од овог средства обезбеђења, будући да своја права из пројекта може остварити другим, јефтинијим механизмима и инструментима које ови уговори обавезно садрже – на пример, поменутим правом јавног субјекта да, ступајући на место пројектног друштва, изврши одређени део активности у циљу одржања пројекта, а све уз реципрочно умањење цене. Такође, јавни субјект је препознао чињеницу да инструменти обезбеђења које од пројектног друштва захтевају банке и њему дају одређену дозу комфора да ће пројектно друштво настојати да своје уговором преузете обавезе изврши благовремено и на задовољавајући

⁶⁸⁷ *Ibid.*

начин – гаранције, директни уговор, установљивање залогe на будућем потраживању пројектног друштва по основу обављања делатности, односно пружања услуга, и другим средствима обезбеђења, те критеријум „вредности за новац“ оправдава у таквим ситуацијама одустајање од двоструке заштите јавног субјекта, будући да такав захтев носи са собом значајно увећање трошкова јавног субјекта;

(в) захтев за накнадом штете у случају непостизања планираног рока за отпочињање оперативне фазе (енг. *liquidated damages*).⁶⁸⁸ Ова врста захтева јавног субјекта такође је у тесној вези са применом критеријума „вредност за новац“.⁶⁸⁹

Накнада штете за непостизање планираног рока за отпочињање оперативне фазе опредељује се унапред, у новцу и то на основу процене губитка који ће јавни субјект претрпети у случају да оперативна фаза пројекта не отпочне у време кад је то, према пословном плану и финансијском моделу, било планирано, а уговором додатно прецизирано.

У уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта, у којима је време отпочињања оперативне фазе битан елемент уговора за јавног субјекта, а посебно у пројектима у којима је јавни субјект и сам извршио одређена улагања у пројекат – пре свега уложио своју имовину или вршио каква друга улагања која се „оправдавају“ искључиво тренутком повраћаја вредности уложеног, захтев јавног субјекта за овим средством обезбеђења је оправдан, јер је у тим случајевима најчешће губитак који трпи јавни субјект услед непостизања планираног датума започињања оперативне фазе пројекта већи од трошка јавног субјекта.⁶⁹⁰

Трошак полагања овог средства обезбеђења такође зависи и од тога да ли пројектно друштво само изводи фазу изградње или током изградње ангажује подизвођаче, у ком случају може да дође до додатног скраћења рокова изградње, те тако и до драстичног повећања цене коју пројектно друштво захтева од јавног субјекта кроз плаћање накнаде за обављање делатности, односно за пружене услуге.

Околност да ли јавни субјект захтева ово средство обезбеђења или не, једнако како то важи и за полагање гаранције за добро извршење посла, мора да буде позната унапред, већ

⁶⁸⁸ Chasity O’Steen, John R. Jenkins, „We Built it, and They came – What Now – Public-Private Partnerships in the replacement Era“, *Stetson Law Review* 2/2012, 289-291; Институт *liquidated damages* је институт англосаксонског права који подсећа, али не одговара у потпуности институту уговорне казне, које познаје континентално право. Овај износ представља унапред договорен износ штете између уговорних страна који се има платити за случај неизвршења, односно неблаговременог или неуредног извршења уговора, чија висина се, будући да је унапред уговорена не може оспоравати у евентуалном судском спору – вид. М. Васиљевић, 220.

⁶⁸⁹ Sachin Kerur, William Marshall, „Identifying and managing risk in International Construction Works“, *International Review of Law* 1/2012, 11; Christopher Clement Davies, „Public-Private Partnerships in Central and Eastern Europe – Structuring of Concession Agreement“, *Business Law International* 1/2001, 2.

⁶⁹⁰ Трошак полагања овог обезбеђења пројектног друштва, по правилу, се пребацује на јавног субјекта, кроз увећање цене коју јавни субјект плаћа пројектном друштву, а може да има утицаја и на скраћење рокова изградње, што такође повлачи додатне трошкове.

приликом давања финансијске понуде приватног субјекта, будући да цена коју тражи приватни субјект треба да укључи и калкулацију овог обезбеђења.

У уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта у којима је предвиђено ово средство обезбеђења, оно се најчешће ограничава у висини, постављањем одређених процентуалних или новчано исказаних прагова, на исти начин како је то уобичајено и код уговарања пенала за доцњу у извршењу обавеза. Уговори који уређују ово средство обезбеђења могу да садрже и опцију по којој пројектно друштво, у случају да због одређеног разлога не може да постигне планирани рок отпочињања оперативне фазе на уговорен начин, има право да коришћењем алтернативних начина, који су прихватљиви јавном субјекту, и који не утичу нити на квалитет делатности, односно услуга, нити на цену коју плаћа јавни субјект, оствари постизање планираног отпочињања оперативне фазе, под условом да је коришћење ових алтернативних начина временски ограничено, по правилу на примерен кратак период, у ком случају се јавни субјект обавезује да не активира ово средство обезбеђења према пројектном друштву.

Иако је реализација пројекта, односно спровођење уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће у пракси повезано са наступањем доцње у извршењу уговорних обавеза, са крајњим ефектом на планирани датум отпочињања оперативне фазе пројекта, могући су, додуше веома ретки, случајеви кад пројектно друштво пројекат реализује пре времена, тако што започне оперативну фазу пројекта пре крајњег датума са којим мора да отпочне оперативна фаза (енг. *long-stop date*). Уговарање овог права је могуће само у оним уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта који укључују и фазу изградње новог, односно оперативно-техничко унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, док у уговорима јавног и приватног учесника субјекта који имају за предмет пружање услуга, управљање и слично, ово право, по природи ствари, није могуће уговорити, будући да обављање делатности, односно пружање услуга, практично, започиње одмах по закључењу уговора.

У случајевима кад приватни субјект, односно пројектно друштво, очекују да ће постићи крајњи датум са којим мора да отпочне оперативна фаза, приватни субјект, односно пројектно друштво, након приступања уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта, могу захтевати одређена права према јавном субјекту. Једно од ових права која се могу захтевати, и уговором предвидети, је право на накнаду у случају отпочињања оперативне фазе пројекта пре планираног датума (енг. *bonus payment for early service commencement*).⁶⁹¹ Ова накнада се уговара унапред, у новцу и представља одређену врсту награде, односно бонуса који пројектно друштво остварује у случају да пре времена оконча фазу изградње, односно

⁶⁹¹ *Standardization of PFI Contracts*, 29.

реконструкције објекта, постројења, односно система.⁶⁹² Ова врста права суштински се разликује од права на уговорену награду или бонус у другим врстама уговора, у којима уговорна страна која је предвидела овакву обавезу, у случају остварења одређеног пословног резултата, има обавезу на овакво плаћање. Код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, предвиђање ове накнаде никако не значи и обавезу јавног субјекта на њено плаћање. Ово се објашњава пре свега захтевима критеријума „вредности за новац“, који представља опредељујући критеријум којим се јавни субјект руководи приликом преузимања и извршења својих обавеза преузетих уговором. Тако, започињање оперативне фазе пре времена, иако на први поглед може звучати као добро, неретко није економски целисходно за јавног субјекта. У одређеним пројектима економска валоризација користи има различите ефекте у зависности од тога у којој се сезони завршавају радови и почиње убирање прихода – тако, почетак убирања прихода у време кад је потражња за одређеном врстом производа већа, има већи значај и доноси већу економску добробит у односу на почетак убирања прихода у сезони кад потражња опада. Такође, некада потражња за основним производом/услугом може да подстакне и укључи и потражњу за другим пратећим, а понекад и несродним производима/услугама, што даје додатну вредност основној делатности/производу/услуги, и повећава корист за јавног субјекта.

Оно што представља спецификум ове врсте права је то што право на његово остварење не зависи искључиво од учинка пројектног друштва, већ и од чињеница и околности које нису под његовом контролом, а које могу да увећају или да умање ефекте започињања оперативне фазе пројекта пре планираног рока. У случају да критеријум „вредности за новац“ математички, односно финансијски потврди да започињање оперативне фазе пројекта пре планираног рока носи комерцијалну, односно финансијску добробит за јавног субјекта, јавни субјект ће платити ову „награду“, односно „бонус“ пројектном друштву, при чему околност постизања рока пре времена може да утиче и на век трајања пројекта, утолико што се уговорне стране могу споразумети да дан истека пројекта, односно дан конзумације уговора буде померен унапред, за онолико времена за колико је пројектно друштво „уштедело“ на времену, те су, с тим у вези, могући и различити модалитети исплате ове накнаде – било кроз увећање накнаде коју јавни субјект плаћа пројектном друштву за обављање делатности, односно пружање услуга, или као плаћање одвојене накнаде која тада заиста има улогу бонуса.

⁶⁹² *Template Project Agreement User Guide*, National Development Finance Agency, Ireland, 2007, 7-8, доступно на: http://www.ndfa.ie/Publications/2007/NDFA_Template_Project_Agreement_User_Guide.pdf - 27.4.2015.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта могу да садрже и гаранције које полаже јавни субјект,⁶⁹³ најчешће на захтев финансијера пројекта, а у појединим случајевима и на захтев приватног субјекта.

⁶⁹³ F. Kellner de Oliveira Palermo, 649.

Глава XIV

УГОВОРНО РЕГУЛИСАЊЕ ИЗГРАДЊЕ ПРЕДМЕТА ПРОЈЕКТА

1. Уговорно регулисање изградње и контроле изградње

Будући да значајан број уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта укључује и фазу изградње новог, односно реконструкције, тј. техничко-оперативног унапређења већ постојећег објекта, постројења, односно система, овом питању је поклоњена пажња само у контексту анализе основних односа јавног и приватног субјекта будући да се питање извођења радова на изградњи уређује посебним уговором који закључује пројектно друштво, са правним лицем, односно конзорцијумом правних лица, која су ангажована на извођењу радова на изградњи, који није предмет ове анализе. Уговорне стране, уз основни уговор којим уређују њихове међусобне односе, у форми његовог прилога, најчешће уговарају битне елементе будућег уговора о изградњи⁶⁹⁴ који је приватни субјект, односно пројектно друштво, дужан да закључи у каснијем тренутку, у свему у складу са уговореним битним елементима које су усагласили јавни и приватни субјект, а који обавезно укључује рокове изградње, фазе изградње, стандарде изградње, споразум о примени конкретног модела уговора о изградњи, ангажовање одређених подизвођача и друго.

Независно од конкретног предмета уговора, који може битно да утиче на поједине одредбе уговора, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта утврђује обавезу приватног субјекта, односно пројектног друштва, након његовог оснивања, на израду техничке документације, што укључује и пројектовање и изградњу објекта, постројења, односно система, уз пратећу обавезу, када и где је то применљиво, и на израду техничке документације, што укључује и пројектовање и изградњу пратећих објеката и инфраструктуре, који су посредно или непосредно у функцији објекта, постројења, односно система.⁶⁹⁵

Код великих инфраструктурних пројеката уобичајено је да јавни субјект, у фази припреме техничке документације, изради идејни пројекат, односно концепт пројекта, а да се приватном субјекту, односно пројектном друштву поверава пројектовање, односно изградња у складу са идејним пројектом, односно концептом пројекта који израђује јавни субјект, главним пројектом за добијање грађевинске дозволе и детаљним пројектом, које израђује приватни субјект. Изградња већих инфраструктурних пројеката најчешће се не

⁶⁹⁴ М. Васиљевић, 213-217.

⁶⁹⁵ Frederic Blanc-Brude, Hugh Goldsmith, Timo Väilä, „A Comparison of Construction Contract Prices for Traditionally Procured Roads and Public-Private Partnerships“, *Springer Science and Business Media* 2009, 26.

спроводи одједном, будући да такав процес није временски и трошковно исплатив, а често подразумева и спровођење експропријације, тако да није целисходан ни са становишта прибављања финансирања, већ се тамо, где је то могуће, обавља по фазама, сегментима, деоницама, техничко-технолошким целинама и слично.⁶⁹⁶

Обавеза приватног субјекта је генеричка и јединствена обавеза која се везује за целокупан предмет изградње (објекат, постројење, односно систем) у укупно уговореном року, који се уговором прецизира, а уговор, по правилу, садржи и детаљан план извођења радова, са редоследом у спровођењу конкретних фаза у извођењу радова на изградњи, и пресек броја дана по појединачним радњама на извођењу радова.

У зависности од конкретног предмета уговора, у случају кад економски ефекат одређеног инфраструктурног пројекта зависи и од пратеће инфраструктуре, која увећава економску вредност објекта, или обезбеђује предуслове за боље економско коришћење изграђеног објекта, постројења, односно система,⁶⁹⁷ обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва неизоставно укључује и изградњу таквих објеката, који самом пројекту дају већу употребну вредност и осигуравају бољу економску исплативост током века трајања пројекта, али и након његовог предавања јавном субјекту на самостално обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса.

Јавни субјект се закључењем уговора обавезује да приватном субјекту, односно пројектном друштву, преда унапред одређене локације на којима треба да се изводе радови на изградњи. У случају кад је земљиште на коме треба да се изводе радови у приватној својини, уговор најчешће предвиђа обавезу јавног субјекта да прогласи јавни интерес, у циљу покретања поступка експропријације. У вези са самим спровођењем поступка експропријације могуће су две опције: (а) да у поступку експропријације корисник буде пројектно друштво, или (б) да у поступку експропријације корисник буде јавни субјект. Као основно питање с тим у вези, јавља се питање накнаде трошкова за спровођење експропријације,⁶⁹⁸ односно питање који учесник ће платити накнаду за експроприсане непокретности. Будући да трошак експропријације представља трошак спровођења пројекта који је значајан,⁶⁹⁹ исти плаћа или непосредно пројектно друштво, у случају горње опције (а), или износ може платити јавни субјект, из средстава које му за ту сврху плати пројектно друштво, у форми накнаде за изградњу, која се може предујмити јавном субјекту, или му се

⁶⁹⁶ Bing Li *et al.*, „Critical Success Factors for PPP/PFI projects in the UK construction industry“, *Construction Management and Economics* 5/2005, 459-471.

⁶⁹⁷ На пример, изградња интерконекија, приступних путева, система за плаћање коришћења система – инфраструктуре за плаћање путарине, лучких такси, станица за проверавање квалитета производа која се преноси транспортним системом, у случају гасовода или нафтовода, и слично, може значајно да увећа економску вредност објекта, постројења, односно система.

⁶⁹⁸ Riu Sousa Monteiro, „Public-private partnerships: Some lessons from Portugal“, *EIB Papers* 2/2005, 75.

⁶⁹⁹ Robert Bain, *Review of Lessons from completed PPP Projects financed by the EIB*, The European Investments Bank, June 2009, 19.

може исплатити у одређеном року у коме се очекује да ће бити окончан целокупан поступак експропријације, у случају горње опције (б), што значи да, суштински, трошак накнаде за експропријацију увек пада на терет приватног субјекта.

Предаја земљишта на коме ће се изводити радови најчешће је праћена извршењем уговорне обавезе јавног субјекта на давање посебне потврде пројектном друштву, да има сва права на земљишту које предаје пројектном друштву. Уговор најчешће, у облику изјаве и гаранције јавног субјекта, обавезује јавног субјекта да током трајања пројекта неће предато земљиште давати на коришћење, односно употребу другом субјекту, да га неће оптеретити, заложити или на други начин њиме располагати, као и да ће земљиште на коме треба да се изведе радови бити предато у стању које омогућава започињање радова (на пример, да ће са земљишта бити уклоњени сви објекти привременог или трајног карактера који онемогућавају или одлажу извођење радова на изградњи, и слично).

Осим експропријације, уговором се може предвидети и другачији начин стицања земљишта од стране пројектног друштва или приватног субјекта (куповина, дугорочни закуп, и др.).

Радови на изградњи могу да комбинују изградњу новог, са реконструкцијом већ постојећег објекта, постројења, односно система, што је веома карактеристично за уговоре о концесији. У том случају, јавни субјект је дужан да гарантује пројектном друштву да већ постојећи објект, постројење, односно систем нема значајне недостатке, односно да ће он моћи да буде предмет реконструкције, која ће га учинити компатибилним са новим објектом, постројењем, односно системом који се гради.

Предаја локација, земљишта и већ изграђеног објекта, постројења, односно система врши се уз предају целокупне пратеће документације која доказује власничка права, садржи техничку, оперативну и другу спецификацију, и друге техничке документе у вези са већ изграђеним објектом, постројењем, односно системом.

Пројектно друштво има обавезу да након пријема локација, земљишта, већ изграђеног објекта, постројења, односно система, и пратеће документације, изврши преглед истих, пре започињања радова на изградњи, односно реконструкцији. Уговори који уређују веће инфраструктурне пројекте, по правилу, омогућавају пројектном друштву да, у одређеном року, спроведе сопствена испитивања, истраживања, спроведе студије и предузме друге сличне активности у вези са испитивањем правног и техничког квалитета предатог земљишта, локација и документације. У случају да се након започињања радова на изградњи, на локацији пронађу објекти или инфраструктура који нису били обухваћени идејним пројектом, односно другом техничком документацијом коју је обезбедио јавни субјект, или су обухваћени пројектом, али су по својој природи такви да онемогућавају

изградњу или да могу да утичу на рокове, јавни субјект има обавезу да их о свом трошку уклони, како би омогућио извођење радова на изградњи.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, према моделима који уређују изградњу, најчешће, садрже обавезу приватног субјекта, односно пројектног друштва да изради техничку документацију и испуни услове за прибављање грађевинске дозволе за целокупан пројекат, укључујући сваку појединачну секцију, деоницу, односно сегмент по коме се пројекат има реализовати. Техничка документација је уобичајено предмет прегледа, коментара и предлога јавног субјекта и независног инжењера, а приватни субјект, односно пројектно друштво може да се не сложи са њиховим коментарима, односно предлозима за измену, када се уобичајено приступа решавању у доброј вери оваквих супротстављених ставова, при чему се има настојати да измене, које захтевају јавни субјект, други ангажовани стручњаци и независни инжењер, немају утицаја на финансијски модел по коме се пројекат реализује, а у случају ако су захтеване измене од утицаја на финансијски модел, пројектно друштво задржава право да измени финансијски модел у смислу ефеката захтева за изменом главног пројекта.

Пројектно друштво је, такође, дужно да припреми пројекат за извођење радова на изградњи за сваку деоницу, секцију, односно сегмент извођења радова, у складу са идејним пројектом, главним пројектом за грађевинску дозволу, грађевинском дозволом, и уговореним стандардима изградње, а најчешће се уговара да радови на изради овог пројекта отпочињу тек након добијања грађевинске дозволе. Јавни субјект, друга ангажована стручна лица и независни инжењер имају право и на давање коментара, упућивање захтева за изменама и сугестија и на пројекат за извођење радова, а ако би имплементирање њихових захтева имало утицаја на финансијски модел према коме се пројекат реализује, пројектно друштво задржава право да изврши одговарајуће измене финансијског модела које рефлектују утицај тражених измена на иницијално предложени финансијски модел.

За овим, пројектно друштво има обавезу да изради детаљан пројекат на основу раније већ усвојених докумената, и да уз њега припреми и скице свих пратећих инсталација, пратећих објеката и др., који даје укупан приказ објекта, постројења, односно система, које пројектно друштво треба да изради, који се у уговореним роковима предаје на преглед и потврду независном инжењеру, који, пре свега, контролише његову компатибилност са раније већ одобреним документима. Након одобрења од стране независног инжењера, детаљан пројекат не би смео да се мења за све време извођења радова на изградњи. Међутим, након одобрења од стране независног инжењера, јавни субјект може имати додатне захтеве у погледу детаљног пројекта, које упућује пројектном друштву, преко независног инжењера који треба да утврди да ли се измене које захтева јавни субјект одражавају на уговорене рокове, да ли ће бити од утицаја на уговорени датум започињања

оперативне фазе пројекта, и да ли ће додатни захтеви утицати на повећање трошкова изградње, о чему се обавештавају уговорне стране, а такво обавештење уобичајено садржи и обавештење о износу који је јавни субјект дужан за исплати пројектном друштву на име увећања трошкова, као и информацију о продужетку иницијално уговорених рокова, које независни инжењер сматра оправданим. Јавни субјект, након што добије мишљење независног инжењера може да одустане од свог иницијалног захтева, може да се сложи са мишљењем независног инжењера, а може и да му приговори, у ком случају уговорне стране треба да настоје да споразумним путем помире неусаглашене позиције, како би пронашле решење које је обострано прихватљиво, а уколико у томе не успеју, прибегавају решавању спора у складу са уговором.

Међутим, измене детаљног пројекта може да захтева и пројектно друштво, подносећи захтев за одобравањем таквих измена јавном субјекту, под условом да измене детаљног пројекта нису у супротности са до тада усвојеним и верификованим документима. Захтев пројектног друштва за изменом детаљног пројекта треба да буде поткрепљен одговарајућом техничком, економском и комерцијалном аргументацијом, која оправдава нужност за променом детаљног пројекта, а пројектно друштво, у том случају, сноси сав трошак и одговорност у вези са изменама детаљног плана. Јавни субјект, у пракси, најчешће прихвата овакав захтев пројектног друштва, а одобравање измена детаљног плана не ослобађа пројектно друштво извршења свих других обавеза у складу са уговором, нити даје право пројектном друштву на накнаду због могућег увећања трошкова поправке или увећаних трошкова управљања и одржавања, до којих може доћи услед недостатака у детаљном пројекту који настану као последица измена верификованог детаљног пројекта, у односу на који је своје мишљење и сагласност дао независни инжењер.

Извођење радова на изградњи представља обавезу приватног субјекта, односно пројектног друштва,⁷⁰⁰ која се мора извршити у складу са идејним пројектом, пројектом за грађевинску дозволу, пројектом за извођење радова на изградњи и детаљним пројектом, у свему сагласно уговореним роковима и захтевима и стандардима у погледу изградње.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта увек садржи одредбу о одређивању рокова за изградњу, и то тако што уговор прецизира датум отпочињања радова на изградњи (који одговара уговореном броју дана рачунајући од дана наступања свих претходних услова за даљу реализацију пројекта тј. од *long stop date*-а) и датум окончања радова на изградњи објекта, постројења, односно система. У случају кад уговор предвиђа неколико фаза изградње или извођење радова по деоницама, лотовима, сегментима или другим техничким

⁷⁰⁰ Dirk Daube, Susann Vollrath, Hans Wilhelm Alfen, „A comparison of Project Finance and the Forfeiting Model as financing forms for PPP projects in Germany“, *International Journal of Project Management* 4/2008, 377.

јединицама, одредбе које уређују рокове додатно су разрађене, уређивањем рокова отпочињања, односно окончања радова по деоницама.

Само извођење радова спроводи се у складу са програмом радова и временским распоредом извођења радова, који представљају саставни део уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Пројектно друштво, по правилу, није овлашћено да, по сопственом нахођењу, врши било каква одступања од програма и временског распореда извођења радова, док о овоме претходно не обавести јавног субјекта и независног инжењера, а независни инжењер се изјасни о основаности таквог захтева пројектног друштва и ефектима промене датума почетка извођења радова на укупне планиране рокове. Пројектно друштво је тада дужно да уважи коментаре и сугестије независног инжењера.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта не садржи елементе које уређује уговор о грађењу, који ова анализа и не укључује, али садржи основне услове под којима се извођење радова има спровести, а које је пројектно друштво дужно да укључи у уговор о грађењу који ће закључити са овлашћеним извођачем радова. Уговори јавног и приватног субјекта, најчешће, захтевају да уговори о изградњи буду по принципу „кључ у руке“, ⁷⁰¹ као и да обавезно укључе одредбе о накнади штете за случај доцње или извођења радова, који не одговарају потврђеним пројектима и уговореним стандардима. Будући да битне елементе будућег уговора о извођењу радова усаглашавају јавни и приватни субјект, то приватни субјект, односно пројектно друштво, нема право да са својом уговорном страном из уговора о извођењу радова договара било које услове који, на било који начин, одступају од договора јавног и приватног субјекта. Ако се за таквим изменама јави потреба у било ком тренутку (иницијално или након закључења уговора о извођењу радова), пројектно друштво је овлашћено да води такве преговоре, односно да прихвати измене, само под условом да је овакве измене претходно одобрио јавни субјект.

Пројектно друштво је искључиво одговорно за плаћања према својој уговорној страни из уговора о извођењу радова на изградњи, у складу са ценом чији је укупан износ одређен таквим уговором. Јавни субјект најчешће у уговору са приватним субјектом захтева да пројектно друштво прибави од своје уговорне стране гаранцију за добро извршење посла, у пракси, најчешће у вредности од 10% укупне вредности конкретног уговора о извођењу радова на изградњи.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезно уређује и контролу извођења радова на изградњи. ⁷⁰² Уобичајено је да у одређеном року пре наступања датума који је

⁷⁰¹ М. Васиљевић, 231-232; Радомир Ђуровић, *Међународно привредно право*, Савремена администрација, Београд 1997¹⁰, 505.

⁷⁰² Frank Harris, Ronald McCaffer, *Modern Construction Management*, Willey-Blackwell, 2013⁷, Section 4, доступно на:

уговором уређен као дан очекиваног окончања радова на изградњи, пројектно друштво обавести независног инжењера, уз истовремено обавештавање и јавног субјекта, о томе да је извршило радове на изградњи објекта, постројења, односно система, или било које уговорене фазе у извођењу ових радова, која је предмет одвојене уговорене контроле и верификације од стране независног инжењера. По добијању оваквог обавештења, независни инжењер обавештава пројектно друштво о томе ког дана ће, у складу са уговореним роком достављања обавештења, посетити локацију на којој се налази изграђени објекат, постројење, систем или њихов релевантни део, како би извршио проверу изведених радова. Уколико након извршене провере изведених радова независни инжењер утврди да су радови на објекту, постројењу, односно систему, односно релевантном делу истих, изведени у свему у складу са детаљним пројектом, односно са свим евентуалним изменама детаљног пројекта, са којима се сагласио субјект, као и у случају да је на основу свих изведених радова пројектно друштво добило потребну дозволу са стављање објекта, постројења, односно система у погон (употребна дозвола, односно документ који има исту намену), независни инжењер ће издати уговором предвиђену потврду, којом верификује да су радови на изградњи изведени у свему у складу са уговором.

Уговорне стране уобичајено уређују да ће се радови на изградњи сматрати изведеним онда када су изведени сви радови који су предвиђени уговором, или ако су изведени готово сви радови, односно претежан део радова које уговор предвиђа, а у односу на један мањи обим радова је независни инжењер утврдио одређене недостатке који се могу отклонити у разумном временском периоду, који се одређује у потврди о изведеним радовима, уз навођење спецификације недостатака који се морају исправити у датом року. Дужина рока треба да одговара врсти утврђеног недостатка, објективно потребном времену за њихово отклањање и временској сезони када се ове исправке морају извршити, која се разликује у зависности од конкретне индустрије у којој се пројекат спроводи.

Уколико се изградња спроводи по фазама које нису међусобно условљене, односно ако се односи на технички одвојене јединице, које би се могле ставити у погон одвојено једна од друге, а рок стављања у погон, односно тренутак отпочињања обављања делатности, односно пружања услуга на одређеној деоници сегменту или јединици за јавног субјекта представља значајну околност, независни инжењер може издати потврду о изведеним радовима на изградњи такве деонице, сегмента, односно јединице, на исти начин како то чини и за целокупан објекат, постројење, односно систем, када ће потврда да садржи

податак о томе да ли су изведени сви или претежан део радова у складу са пројектом, опис недостатака које је неопходно отклонити и примерен рок у коме се ово има извршити.

Уколико, међутим, независни инжењер утврди да изведени радови не одговарају пројекту, односно да имају какве друге недостатке услед којих не може да изда потврду о изведеним радовима, дужан је да обавести пројектно друштво о свом налазу и мишљењу, а истовремено је дужан да се консултује са јавним субјектом о мерама које је неопходно предузети, како би се недостаци исправили, односно радови уподобили захтеваним стандардима, као и о примереном року који се има одредити пројектном друштву ради исправљања утврђених недостатака. У таквим случајевима, независни инжењер ће након обавештења пројектног друштва о исправци недостатака, извршити додатну проверу и издати потврду о изведеним радовима на изградњи, уколико су сви утврђени недостаци исправљени.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, такође, обавезно уређује обавезу пројектног друштва да у уговореном року, који у пракси најчешће износи шест месеци, рачунајући од дана окончања извођења радова на изградњи (читавог објекта, постројења, односно система, или његовог дела, сегмента, деонице или какве друге техничке целине), достави јавном субјекту, као и независном инжењеру, примерак пројекта изграђеног објекта, постројења, односно система тј. његовог дела.

Осим обавезе на извођење радова на изградњи објекта, постројења, односно система, пројектно друштво има и обавезу да, током реализације сваке фазе уговора, примењује одговарајуће стандарде обезбеђивања квалитета, као и контроле квалитета радова, који треба да буду садржани у одговарајућем документу који се најчешће назива *књигом контроле квалитета*. Садржину овог документа, у смислу његове компатибилности уговореним стандардима, треба да одобри и верификује независни инжењер, а пројектно друштво је дужно да обезбеди да извођач радова кога ангажује на извођењу радова на изградњи објекта, постројења, односно система, сви подизвођачи, као и правно лице које касније буде ангажовано за управљање и одржавање објекта, постројења, односно система, у свему поступају у складу са књигом контроле квалитета. Примерак књиге контроле квалитета се обавезно доставља и јавном субјекту, након њене верификације од стране независног инжењера.

Током извођења радова на изградњи објекта, постројења, односно система, могу да се догоде и одређене измене ових радова (тзв. варијације).⁷⁰³ Измене у извођењу радова може да захтева јавни субјект или пројектно друштво.

⁷⁰³ Victor Savindo *et al.*, „Critical Success Factors for Construction Projects“, *Journal of Construction Engineering and Management* 1/1992, 94-111.

У случају да измене радова на изградњи захтева јавни субјект, што чини упућивањем писменог захтева пројектном друштву и обавештења о томе независном инжењеру, пројектно друштво након сагледавања обима и ефеката тражених измена, у уговореном року обавештава јавног субјекта о томе да ли, према његовом мишљењу, тражене варијације утичу на укупне трошкове извођења радова на изградњи, као и да ли ће се, и у ком процењеном трајању, такве измене одразити и на уговорене рокове за извођење радова, те да ли ће се одразити и на пројектовани приход пројектног друштва, у ком случају пројектно друштво може захтевати од јавног субјекта продужење рока за извођење радова на изградњи, као и плаћање одговарајуће накнаде пројектном друштву за додатне трошкове узроковане траженим варијацијама.⁷⁰⁴

По добијању писменог обавештења и захтева од стране пројектног друштва, јавни субјект може да прихвати захтев пројектног друштва, да одбаци предлог пројектног друштва, или да одустане од свог захтева. У случају да јавни учесник у пројекту одбаци захтев пројектног друштва, уговорне стране ће захтевати изјашњење независног инжењера о околности да ли захтеване варијације утичу на трошкове извођења радова на изградњи, и да ли су од утицаја на уговорене рокове за окончање извођења радова на изградњи. Уколико се јавни учесник не сложи са мишљењем независног инжењера, може да покрене спор у складу са релевантним уговорним одредбама, а пројектно друштво до решења спора може да буде у обавези, ако се тако уговори, да спроведе тражене варијације.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта може да предвиди и случајеве у којима пројектно друштво може да одбије захтеване варијације – на пример, у случају премашења броја уговорених дозвољених варијација, ако услед захтеваних варијација неће моћи да исходује добијање дозвола, осим под неповољнијим условима, или извођење варијација може да има утицаја на већ издате дозволе, у случају да извођење варијација може да утиче на уговорено осигурање или да онемогући закључивање уговора о осигурању под комерцијалним условима, и слично. Варијације у извођењу радова на изградњи објекта, постројења, односно система може да захтева и пројектно друштво. У том случају оно је дужно да јавном субјекту поднесе захтев за одобравање измена, који треба да је праћен потребним техничким, комерцијалним и економски аргументованим образложењем зашто се варијације траже. Јавни учесник у пројекту се, по добијању писменог захтева пројектног друштва за варијацијама, са истима може сложити, што је у пракси најчешћи случај, или их може одбити. У случају одобрених варијација на захтев пројектног друштва, све евентуалне

⁷⁰⁴ Daniel W. M. Chan *et al.*, „Risk ranking and analysis in target cost contracts: Empirical evidence from the construction industry“, *International Journal of Project Management* 6/2011, 5, доступно на: http://repository.lib.polyu.edu.hk/jspui/bitstream/10397/4248/1/PolyU%20IR%20Submission%202011_IJPM_2.pdf - 28.4.2015.

трошкове повезане са извођењем радова са варијацијама, сноси искључиво пројектно друштво.

2. Учесници у изградњи

Радове на изградњи изводи пројектно друштво. Будући да највећи број пројеката јавног и приватног субјекта, који укључује радове на изградњи, представља велике инвестиционе подухвате, које ни у техничко-технолошком, а ни у кадровском смислу, не може да изведе само један субјект, приватни субјект, односно пројектно друштво, код оваквих пројеката редовно ангажује већи број подизвођача, у поступку и на начин који су прописани уговором.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће допуштају подуговарање извођења радова на изградњи, с тим да је у том поступку неопходно уговором уредити одговорност сваког од подизвођача према његовом наручиоцу посла, све до нивоа пројектног друштва на коме лежи изворна обавеза извођења радова на изградњи. Уговори на нивоу вертикалне линије поверавања послова морају да буду међусобно повезани, са јасно уређеним роковима који се поклапају са основним роком из уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, и одговорношћу за поступање сагласно роковима и другим уговореним условима и стандардима изградње,⁷⁰⁵ чије испуњење треба да буде обезбеђено и у одговарајућем поступку контроле извршења уговора.⁷⁰⁶

3. Међусобна контрола јавног и приватног субјекта у пракси

Јавни и приватни субјект, у циљу успешне реализације пројекта, односно извршавања уговора у складу са договореним роковима, уговором уређују различите моделе међусобне сарадње и контроле, и то у пракси најчешће:

(а) обавезу јавног субјекта у погледу извештавања приватног субјекта о испуњавању свих уговорених претходних услова, чије кумулативно испуњење означава тренутак започињања радова на изградњи, као и обавезу извештавања о наступању догађаја који могу да имају утицаја на постизање уговореног датума кумулативног испуњења свих претходних услова;

(б) обавезу пројектног друштва на подношење извештаја јавном субјекту, у писменој форми, у роковима прописаним уговором (квартални, полугодишњи и годишњи извештаји),

⁷⁰⁵ Martin Loosemore, Charles S. McCarthy, „Perceptions of Contractual Risk Allocation in Construction Supply Chains“, *Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice* 1/2008, 95-105.

⁷⁰⁶ J. Zheng, J. K. Roehrich, M. A. Lewis, 43-54.

којим пројектно друштво континуирано извештава јавног субјекта у вези са напретком у извођењу радова на изградњи, о поштовању уговорених фаза у извођењу радова и примени уговорених стандарда;

(в) обавезу пројектног друштва да јавног субјекта, без одлагања, обавести о наступању догађаја који могу да имају утицаја на уговорене рокове извођења радова, или могу бити такви да могу исходе прекидом или одлагањем извођења радова;

(г) обавезу пројектног друштва да у свом седишту чува пословну документацију, а посебно све прибављене сагласности, одобрења, дозволе, односно лиценце, пројектну документацију, израђене приручнике и друге техничке и оперативне материјале.

Јавни субјект, у циљу праћења реализације пројекта, односно извршења уговора, у пракси најчешће именује овлашћено лице које, поступајући у име и за рачун јавног субјекта, непосредно спроводи уговорену контролу над реализацијом пројекта, односно извршењем уговора, а пројектно друштво се уговором обавезује да овом лицу неће ускратити сарадњу у погледу стављања на увид захтеване документације, обезбеђивања приступа локацији, и др. Поред канцеларијске контроле реализације пројекта/извршења уговора, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезно садржи и одредбе о контроли која се спроводи на самој локацији на којој се изводе радови, која се, по правилу, врши у складу са најавом коју овлашћени представник јавног субјекта чини пројектном друштву, у складу са уговором, а која може да укључује редовне или ванредне инспекцијске контроле, током којих се испитује испуњеност уговорених стандарда градње, квалитета материјала, као и стање опреме и машина.

И, коначно, контрола коју спроводи јавни субјект над пројектним друштвом, поред контроле реализације пројекта, у пракси реализације оваквих пројеката, најчешће укључује и финансијску контролу, која се огледа кроз обавезу пројектног друштва да јавном субјекту достави полугодишње и годишње финансијске извештаје пројектног друштва, као и извештаје о поступању пројектног друштва у складу са финансијским моделом на коме пројекат почива, пословним планом, односно буџетом пројектног друштва.

Глава XV

УГОВОРНО РЕГУЛИСАЊЕ УПРАВЉАЊА И ОДРЖАВАЊА

1. Уговорно регулисање управљања и одржавања

Завршетком фазе извођења радова на изградњи објекта, постројења, односно система, код уговора који предвиђају изградњу новог, односно реконструкцију тј. оперативнотехничко унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, започиње оперативна фаза у реализацији пројекта.⁷⁰⁷ Код уговора који не укључују фазу изградње, оперативна фаза извршења уговора, практично, започиње убрзо након закључења уговора, под претпоставком испуњења претходних услова за отпочињање реализације пројекта.

Обавезе пројектног друштва према јавном субјекту укључују обавезу управљања и одржавања објекта, постројења, односно система, у складу са условима за одржавање и управљање, који представљају саставни елемент уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешће садржан у прилогу.

Јавни субјект је заинтересован за поступак и начин управљања и одржавања објекта, постројења, односно система из следећих разлога: (а) професионално управљање и правилно одржавање објекта, постројења, односно система обезбеђују остваривање основног циља због кога је јавни субјект ушао у пројекат – обезбеђивање континуитета и квалитета у обављању делатности, односно пружању услуга од општег интереса, на добробит крајњих корисника ових услуга, и као оправдање пројекта који је иницирао јавни субјект, (б) управљање и одржавање објекта, постројења, односно система у складу са уговореним критеријумима и стандардима, обезбеђује остваривање начела „вредности за новац“, које представља опредељујуће начело на коме јавни субјект заснива сва своја поступања у вези са конкретним пројектом, (в) управљање и одржавање објекта, постројења, односно система, у складу са уговореним критеријумима и стандардима, доприноси очувању вредности објекта, постројења, односно система, кроз време, што је за јавног субјекта веома важно, будући да ће након истека века трајања пројекта, јавни субјект преузети бригу о објекту, постројењу, односно систему, и у његовом је интересу да у том тренутку има потребе за што је могуће мањим улагањима у исти, осим оних која представљају део редовног одржавања, и (г) управљање објектом, постројењем, односно системом, које обавља пројектно друштво непосредно, или које посебним уговором поверава другом друштву посебне намене

⁷⁰⁷ Evelyn McDowall, „Applications of risk management strategies in public-private partnership procurement“, *Public-Private Partnerships, Managing risks and opportunities* (eds. Akintola Akintoye, Matthias Beck, Cliff Hardcastle), Blackwell Science, Oxford 2003, 198-204.

основаном искључиво за потребе управљања (чији оснивач је, такође, приватни субјект) или трећем лицу, обезбеђује професионално управљање по највишим стандардима које јавни субјект није могао да обезбеди услед недостатка знања или необучености свог кадра, чиме се обезбеђује одрживост пројекта и у оперативној фази, кроз обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса на највишем могућем нивоу, али и кроз адекватну, систематску и потпуну наплату накнада за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса, чиме се обезбеђује генерисање прихода пројектног друштва, из кога се измирују обавезе по основу екстерног финансирања, али обезбеђује и профит пројектног друштва.

Управљање објектом, постројењем, односно системом, укључује не само професионално управљање истим, што представља обавезу пројектног друштва, већ и остваривање економске користи из управљања објектом, постројењем, односно системом, што представља право пројектног друштва.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезно уређује да ли је право на остваривање економске користи из управљања објектом, постројењем односно системом, ексклузивно право пројектног друштва, или није. Начин остваривања права на економску накнаду из управљања објектом, постројењем, односно системом, односно из обављања делатности тј. пружања услуга од општег интереса посредством објекта, постројења, односно система, такође се уређује уговором.

Уговор, такође, обавезно уређује и да ли пројектно друштво има обавезу да самостално врши управљање и одржавање објекта, постројења, односно система, или је пројектно друштво овлашћено да пренесе ово своје овлашћење из уговора на друго лице, а ако допушта овакву могућност, уговор такође уређује да ли пројектно друштво ово право може да остварује по сопственом нахођењу, или му је за поверавање ових послова другом лицу потребна сагласност јавног субјекта.

У зависности од тога о ком моделу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта се ради, могућности могу да буду различите. Код уговора по моделу концесије, *ВОТ* моделу, односно моделима сличним *ВОТ* моделу, који обавезно садрже две фазе у реализацији уговора – фазу изградње и оперативну фазу – јавни субјект, најчешће, оставља могућност пројектном друштву да обављање ових делатности повери једном или већем броју лица. Будући да је интерес и јавног и приватног субјекта јединствен – обезбеђивање што је могуће бољег квалитета управљања и одржавања – јавни субјект нема интерес да ограничава приватног субјекта, односно пројектно друштво да, уколико сматра да ће ову делатност боље обављати неко друго лице, које се професионално бави пружањем ових услуга, том једном или већем броју лица повери обављање ове делатности.

У пракси извршења ових уговора, најчешће је делатност изградње одвојена од делатности управљања и одржавања, при чему делатности управљања и одржавања такође могу да буду одвојене. Приватни субјект, како смо то већ имали прилике да видимо, оснива пројектно друштво које је главни носилац пројекта, односно које је инвеститор у фази изградње. Реализација пројекта у пракси најчешће подразумева случај да приватни субјект оснива још једно друштво посебне намене, које ће бити задужено за обављање делатности управљања и одржавања, а у појединим случајевима, када специфичности пројекта то налажу, оснива два посебна правна лица – једно за обављање делатности управљања, и друго за обављање делатности одржавања.

Будући да је сав ризик управљања и одржавања на приватном субјекту тј. на пројектном друштву, јавни субјект има неутралну позицију у односу на обављање ове делатности, све док се управљање и одржавање врши у складу са уговореним стандардима, захтевима и квалитетом. Такође, јавни субјект, у пракси, веома ретко уговара давање претходне сагласности или одобрења пројектном друштву на одабир лица коме ће пројектно друштво поверити обављање делатности управљања, односно одржавања објекта, постројења, односно система будући да би овакво његово поступање, практично, значило посредно укључивање јавног субјекта у одабир лица коме се поверава управљање и одржавање, а тако и преузимање дела одговорности, односно дела ризика, који традиционално сноси пројектно друштво. Отуда, јавни субјект, по правилу, остаје по страни кад је реч о одабиру лица које ће обављати делатност управљања и одржавања, сматрајући пројектно друштво, по уговору, једино одговорним за обављање ових делатности, те тако и за избор лица коме се поверава управљање и/или одржавање, а пројектно друштво, које сноси сав ризик управљања и одржавања, дужно је да, у складу са најбољим стандардима, изврши избор лица коме ће бити поверено обављање ових делатности.

Могућност поверавања обављања делатности управљања и/или одржавања постоји и у случајевима уговора, односно и код модела уговора, који за предмет имају пружање услуга, осим у случају ако је предмет услуге управо услуга управљања и/или одржавања, у ком случају би поверавање обављања основног предмета уговора другом лицу, обесмишљавало такав уговор и представљало би директну повреду начела на којима је извршен одабир приватног субјекта јер би практично представљало промену уговорне стране у вези са извршењем једине обавезе која је предмет уговора. Иста линија резоновања и аргументације може да се примени и код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта по моделу управљања, код којих је предмет уговора управо обављање делатности управљања, те се код овог модела уговора готово не среће могућност преношења овлашћења на друго лице, јер би то практично значило промену уговорне стране и захтевало би поновно спровођење јавног поступка одабира приватног субјекта.

Код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта по моделу приватизације, приватни субјект има обавезу професионалне управе друштва, а будући да се управљање друштвом, у смислу корпоративног управљања, не може ни на који начин поистоветити са управљањем објектом, постројењем, односно системом, приватни субјект има право да, у сарадњи са јавним субјектом, кроз органе друштва, обезбеди најбоље могуће управљање и одржавање објеката, постројења, односно система који су у функцији обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса.⁷⁰⁸

Код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта по моделу поверавања обављања делатности од општег интереса, јавни субјект, такође, настоји да обезбеди остваривање општег интереса, те се, уз обавезу пројектног друштва на управљање и одржавање по најбољим стандардима, јавни субјект, најчешће, не меша у начин обављања ових делатности. Међутим, имајући у виду околност да је овај уговор најчешће акцесоран, он, по правилу, прати логику уређења права и обавеза јавног и приватног субјекта из основног уговора.

Као опште правило које се обавезно уговара у уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта, а у вези са плаћањима према лицима, којима пројектно друштво повери део или целокупан портфељ активности из домена управљања односно одржавања, уређује се правило да је пројектно друштво искључиво одговорно за плаћања према лицима које ангажује за управљање и одржавање, чиме се још једном потврђује принцип да ризик управљања и одржавања сноси искључиво пројектно друштво.

Пројектно друштво сноси одговорност према јавном субјекту за све недостатке управљања и одржавања у складу са уговором, односно књигом процедура управљања и одржавања, а одговорно је према лицима које је ангажовало за плаћање накнаде за извођење поверених му услуга. Пројектно друштво, такође, преузима и ризик погрешних калкулација и обрачуна, које је дужно да сноси као сопствени трошак, и не може га пребацити нити на лица којима поверава обављање послова управљања и одржавања, нити на јавног субјекта.

Све време трајања пројекта, односно извршења уговора, јавни субјект, у складу са правом које уговор уређује, има могућност да, уз претходну најаву, у складу са уговором, проверава и испитује начин извршења обавезе управљања и одржавања објекта, постројења, односно система.⁷⁰⁹

⁷⁰⁸ Код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта по моделу приватизације, због природе делатности, јавни субјект без обзира на процентуално учешће у капиталу приватизованог друштва, најчешће задржава контролу у органима друштва у односу на одређени круг питања, а посебно на она која се односе на обезбеђивање остварења општег интереса.

⁷⁰⁹ Evelyn McDowall, „Applications of risk management strategies in public-private partnership procurement“, *Public-Private Partnerships, Managing risks and opportunities* (eds. Akintola Akintoye, Matthias Beck, Cliff Hardcastle), Blackwell Science, Oxford 2003, 200-204.

Управљање објектом, постројењем, односно системом врши се у складу са уговореним критеријумима, захтевима и стандардима управљања и одржавања, као и са одређеним распоредом обављања ових делатности, који представљају саставни део уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Додатно, код уговора који укључују фазу извођења радова на изградњи или реконструкцији објекта, постројења, односно система, уговор обавезно садржи одредбу према којој пројектно друштво има обавезу да, у одређеном року, који је предвиђен уговором и најчешће се креће у распону од 60 до 90 дана пре отпочињања оперативне фазе пројекта, припреми и јавном субјекту и независном инжењеру достави *књигу процедура управљања и одржавања*, која у свему мора да одговара уговору, и техничким и оперативним спецификацијама конкретног објекта, постројења, односно система, коју одобрава независни инжењер. Код уговора који не укључују фазу изградње, оваква обавеза такође стоји као један од претходних услова који се морају испунити како би пројекат почео да се реализује. Након одобрења независног инжењера, сматраће се да пројектно друштво у свему поступа у складу са обавезама предвиђеним уговором, ако се у обављању делатности у свему придржавало уговорених стандарда, критеријума и правила, као и књиге процедура управљања и одржавања, на коју је сагласност дао независни инжењер.

Како током оперативне фазе уговора може да настане потреба да изменом одређених елемената процедура које уређују управљање и одржавање, пројектно друштво може да започне примену промењених правила, тек након добијања одобрења независног инжењера.

Почетак оперативне фазе пројекта и њено успешно спровођење не претпоставља само окончање фазе изградње објекта, постројења, односно система, већ и коришћење одређене опреме која се ставља у функцију обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса. Како се одређена опрема најчешће инсталира у објекат, чинећи саставни део и јединствену техничко-оперативну целину, а други део опреме се прибавља и користи касније, пројектно друштво има обавезу да у објекат, постројење, односно систем инсталира, и да користи опрему која је уговором специфицирана.

Додатно, ако пројектно друштво поверава обављање само дела активности из портфеља управљања и/или одржавања другом, односно другим лицима, а самостално преузима преостали део ових активности, дужно је да обезбеди и континуирану обуку и усавршавање кадра који ће бити укључен у ове активности, како би се обезбедио највиши стандард у обављању управљања и/или одржавања, посебно у случају када то захтевају технологије које укључује обављање конкретне делатности од општег интереса. У овим

случајевима, књига процедура управљања и одржавања⁷¹⁰ обавезно мора да садржи временски и технички план обука и континуираног стручног усавршавања кадра.

Правила о управљању и одржавању која садрже како уговор, тако и књига процедура управљања и одржавања, треба да буду „пресликана“ у уговорима пројектног друштва са лицима којима се поверава обављање свих, или појединих активности на управљању и одржавању објекта, постројења, односно система, како би се обезбедила усаглашеност у поступању трећих лица у односу на јавног субјекта, са свим елементима уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. У погледу рокова за предузимање одређених активности, из праксе је препоручљиво да уговор пројектног друштва са лицима којима поверава део или целокупан портфељ активности на управљању и одржавању објекта, постројења, односно система, садржи краће рокове, како би се омогућила благовремена комуникација свих лица која су укључена у поступак реализације пројекта, односно извршења уговора, и исправљање евентуалних недостатака у оквиру уговорених рокова.

У зависности од индустрије, у појединим делатностима од општег интереса, јавни субјект може, из разлога остваривања каквог другог општег интереса или остваривања јавног интереса, да уреди своје право да у одређеним ситуацијама захтева посебан режим или краткотрајну промену режима обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, што се последично одражава и на делатности управљања и/или одржавања. Разлози вишег интереса, који могу да услове истицање оваквих захтева се, по правилу, уговором таксативно одређују, уз остављање могућности јавном субјекту да, и у ограниченом броју случајева који се уговором нису могли унапред одредити, а такође се објашњавају разлозима заштите вишег интереса, може да истакне овакве захтеве према пројектном друштву, које је пројектно друштво дужно да уважи.

Контрола управљања и одржавања коју спроводи јавни субјект, кроз коју се, практично, врши надзор над извршењем уговора у складу са уговореним условима, укључујући и испуњење уговорених стандарда,⁷¹¹ врши се кроз неколико одвојених паралелних механизма,⁷¹² и то кроз:

(а) достављање информација, у роковима уређеним уговором, о разлозима за привремени прекид и/или обуставу обављања делатности, односно пружања услуга од

⁷¹⁰ Linda English, Jane Baxter, „The Changing Nature of Contracting and Trust in Public-Private Partnerships: The Case of Victorian PPP Prisons“, *Abacus: A Journal of Accounting, Finance and Business Studies* 3/2010, 301-302; Bruno Miguel Ribeiro Lima, *Definition of Indicators for Monitoring of Concessions*, Master Dissertation in Civil Engineering, extended abstract, Technico Lisboa, October 2013, 1-11, доступно на:

<https://fenix.tecnico.ulisboa.pt/downloadFile/395145996623/resumo.pdf> - 28.4.2015.

⁷¹¹ Rui Cunga Marques, Sanford V. Berg, „Revisiting the strengths and limitations of regulatory contracts in infrastructure industries“, Munich Personal RePec Archive (MPRA) Paper No. 32890, 2010, 15, доступно на: http://mpa.ub.uni-muenchen.de/32890/1/MPRA_paper_32890.pdf - 28.4.2015; Herbert S. Robinson, John Scott, „Service delivery and performance monitoring in PFI/PPP projects“, *Construction Management and Economics* 2/2009, 181-197.

⁷¹² L. English, J. Baxter, 306.

општег интереса у случају редовног одржавања, које захтева привремено смањење обима делатности, односно заустављање објекта, постројења, односно система за релативно кратко време редовног ремонта, односно одржавања, које по својој природи није такво да представља претњу по остваривање општег интереса и спроводи се у складу са уговором предвиђеним програмом спровођења редовног одржавања;⁷¹³

(б) достављање информација о разлозима за хитан привремени прекид и/или обуставу обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, у случају наступања догађаја који, по својој природи, односно опасности коју са собом носе, захтевају привремено смањење обима делатности, односно заустављање објекта, постројења, односно система, зарад заштите општег интереса;⁷¹⁴

(в) подношење извештаја о управљању односно одржавању. Уговор обавезно уређује садржину или макар битне елементе извештаја, као и динамику подношења извештаја, која се разликује од индустрије, мада се у највећем броју уговора, ради континуитета у праћењу извршења уговора, по правилу, среће захтев за дневним, недељним, месечним, тромесечним, полугодишњим и годишњим извештајима;

(г) најављене посете представника јавног субјекта објекту, постројењу, односно систему, ради провере на лицу места, извршења уговора у складу са уговореним условима и процедурама за одржавање и управљање, које пројектно друштво мора дозволити, а које се имају спроводити на начин којим неће отежавати, нити онемогућавати обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса, односно неће значајније реметити сам процес управљања односно одржавања, и

(д) јавни субјект може ангажовати специјализоване агенције или каква друга стручна лица за надзор над извршењем одређених специфичних активности на одржавању и управљању, а пројектно друштво је дужно да обезбеди овим лицима обављање надзора, у смислу давања свих тражених информација, документације, разговора са овлашћеним лицима пројектног друштва, односно лица непосредно задуженог за управљање и одржавање.

Током трајања оперативне фазе пројекта, може се догодити да, због одређених разлога, дође до промене захтева у погледу управљања или одржавања. Такве захтеве може да

⁷¹³ У околностима када се ради о редовном одржавању, исто се, по правилима конкретне индустрије у којој се обавља делатност, односно пружа услуга од општег интереса, обавља у време када је најмања потражња или нема потражње за делатношћу, односно услугом, тако да смањење обима или потпуно обустављање обављања делатности, односно пружања услуга, није од утицаја на задовољење потреба крајњих корисника производа, односно услуге.

⁷¹⁴ За разлику од привременог смањења обављања делатности, односно привременог обустављања, које се врши за потребе редовног одржавања, и представља унапред планирано смањење или обустављање обављања делатности, односно пружања услуга, ови догађаји означавају наступање изненадних, непланираних догађаја, који узрокују смањење обима, односно обустављање обављања делатности, односно пружања услуга јер су повезани за потенцијалним ризиком или опасношћу значајнијег обима – на пример, наступање пожара, експлозије, изливања опасних хемијских материја, и слично, који прете да проузрокују значајно већу штету и опасност по живот и здравље људи или носе какав други ризик по ширу заједницу.

узрокује промена технологије у обављању одређене делатности, односно у пружању услуга, замена опреме или појединих делова опреме која захтева унеколико другачија правила управљања и одржавања, а у појединим случајевима то може да буде последица захтева прописа у држави у којој се пројекат реализује. У случају наступања околности које могу да буду од утицаја на промену услова, начина или рокова обављања активности управљања, а пре свега одржавања, уговорне стране упућују међусобна обавештења о наступању оваквих околности, и у доброј вери настоје да пронађу решење које доприноси задовољењу општег интереса, које се не одражава на приходе пројектног друштва. Промена услова управљања и одржавања, по правилу, предмет је претходног одобрења, односно сагласности финансијера пројекта.

2. Накнада приватног субјекта/пројектног друштва

Обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса, осим обавеза које терете пројектно друштво, повезано је и са остваривањем права овог субјекта на накнаду, која му се исплаћује за обављање делатности, односно пружање услуга. Накнада коју прима пројектно друштво представља, дакле, противчинидбу из уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, као двострано обавезујућег и теретног уговора. Основ за исплату накнаде увек представља обављена делатност, односно пружене услуге од општег интереса.⁷¹⁵

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, односно различити модели ових уговора, разликују се између себе и по томе ко је обвезник плаћања накнаде, и у ком моменту, у односу на тренутак закључења уговора, почиње да се плаћа накнада.

Будући да су ови уговори одређени као двострано обавезујући и теретни уговори, као недвосмислен закључак се наводи онај који упућује на то да је обвезник плаћања накнаде увек и искључиво јавни субјект, као уговорна страна. Овакав закључак је тачан, али не нужно, и само делимично, будући да код појединих уговора накнаду не плаћа јавни субјект, већ је плаћа шира и неодређена група трећих лица, задовољењу чијих потреба је намењено обављање одређене делатности, односно пружање услуга – тј. плаћају је крајњи корисници производа, односно услуга од општег интереса.

Од модела уговора приказаних у Глави IV, плаћање накнаде је пренето на крајње кориснике производа, односно услуга, код уговора по моделу концесије⁷¹⁶ (енг. *user tolls*

⁷¹⁵ *Standardization of PFI Contracts*, 48.

⁷¹⁶ Осим механизма плаћања накнаде од стране крајњих корисника који је најчешћи модел плаћања накнаде, код концесије је могућ и модел према коме јавни учесник у пројекту плаћа пројектном друштву одређени износ, на бази оствареног степена у коме пројектно друштво испуњава све уговором прописане стандарде (енг. *shadow tolls system* или *availability based payments*), како наводе С. Г. Средојевић, 102; Е. Р. Yescombe (2007), 235.

based payments), односно флуидних форми уговора код којих преовлађују обележја уговора о концесији. Поред уговора по моделу концесије, сличан механизам, али не и потпуно једнак, применљив је и на уговоре по моделу приватизације, код којих накнаду за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса, такође плаћају крајњи корисници услуга – купци, односно потрошачи. Сличност између модела концесије и модела приватизације је у томе, што се, и у једном и у другом случају, накнада плаћа субјекту који је обавио делатност, односно пружио услуге од општег интереса, с том разликом што је код модела концесије то пројектно друштво, односно концесионо предузеће, док је код модела приватизације то приватизовано предузеће, које је и раније, најчешће на ексклузивној основи, обављало делатност, односно пружало услуге од општег интереса, а чија се власничка структура изменила делимично или у целости.

Приликом опредељења субјекта који се јавља као обвезник плаћања накнаде важно је и питање ко је суштински корисник тј. купац производа, односно услуге од општег интереса за коју се плаћа накнада будући да управо ово питање опредељујуће утиче на разумевање ко је обвезник плаћања накнаде. Код највећег броја уговора који су предмет ове анализе, купац производа, односно услуге заиста јесте јавни субјект (модел пружања услуга, модел управљања, модел закупа, односно уговори са преовлађујућим обележјима управо ових поменутих уговора, па и поједини *BOT* уговори, односно уговори по *BOT* моделу). Код ових уговора се јавни субјект уједно појављује и у улози наручиоца производа/услуге, и у улози купца тог производа/услуге. Ово је јасно и разумљиво код уговора по моделу пружања услуга и/или уговора по моделу управљања, јер је традиционално разумевање плаћања за испоручено, односно пружено, код ових уговора очигледно. Међутим, уговор о изградњи хидроелектране или ветропарка по *BOT* моделу, или моделу сличном *BOT*-у, не води очигледним закључцима, будући да се обавеза пројектног друштва огледа у изградњи објекта, постројења, односно система, који је у функцији производње електричне енергије који користи шира друштвена заједница. Међутим, посебна правила која уређују индустрију производње енергије из обновљивих извора енергије дефинишу обавезу јавног субјекта да од пројектног друштва, као произвођача енергије, откупи целокупан, или претежан део укупно произведене количине енергије, у складу са уређеним ценама према посебном моделу уговора о откупу енергије. Отуда се и код одређеног броја *BOT* уговора, односно уговора по моделу сличном *BOT* уговору, у својству наручиоца, односно купца енергије, јавља јавни субјект или више јавних учесника, који откупљују производ, односно услугу по одређеној цени, а онда је продају крајњим корисницима – потрошачима. И на крају, уговор о поверавању обављања делатности од општег интереса, као атипичан у односу на друге моделе по бројним својим обележјима, разликује се и по овом обележју. Наиме, обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса по овом моделу уговора није

предмет плаћања накнаде. Објашњење за ово мора се потражити у томе што је овај уговор најчешће акцесоран, те се плаћање накнада врши по основном уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта, који овај уговор само подржава, а плаћање накнаде пројектном друштву по овом уговору водило би удвостручавању користи који овај субјекат остварује по основу обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, што је, такође, неodrживо са становишта општих правила облигационог права.

У вези са питањем накнаде, која се плаћа на основу уговора који су предмет ове анализе, инострана литература, али и сами уговори који уређују односе јавног и приватног субјекта, праве термиолошку разлику према критеријуму наручиоца, односно корисника производа, односно услуге од општег интереса. Наиме, цена коју плаћа јавни субјект назива се најчешће *накнада* (енг. *service fee* или *unitary charge*), док се цена коју плаћају крајњи корисници услуга зове различито, у зависности од индустрије у којој се обавља.⁷¹⁷ Додатно, цена коју плаћају крајњи корисници производа и услуга, по правилу се прописује тарифама, које одређују регулаторна тела државе на чијој се територији реализује пројекат. Међутим, и овде се срећу разлике између уговора исте врсте, у зависности од тога по ком основу се пројекат реализује, односно уговор спроводи.⁷¹⁸

Уговори који су предмет ове анализе, разликују се између себе и по томе у ком моменту, посматрано у односу на тренутак закључења уговора, почиње плаћање накнаде, односно од ког тренутка приватни субјект почиње да остварује економску корист од учешћа у пројекту. Код свих уговора се, према општем правилу, тренутак остваривања права на плаћања накнаде везује за тренутак отпочињања обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса.

Код уговора који укључују извођење радова на изградњи новог, односно реконструкцији већ постојећег објекта, постројења, односно система, тренутак остваривања права на накнаду наступа након отпочињања оперативне фазе у реализацији пројекта. Овај принцип је руководећи и општи принцип, који се односи на све пројекте код којих се гради нови објекат, постројење, односно систем (уговори по *BOT* моделу, односно уговори по моделима сличним *BOT* моделу). Међутим, код уговора који укључују, осим изградње новог, и реконструкцију тј. оперативно-техничко унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, могућа су и другачија решења. Наиме, у случају да јавни субјект даје концесију приватном субјекту за пројектовање, финансирање, изградњу,

⁷¹⁷ J. Delmon, „Understanding Option for Public-Private Partnerships in Infrastructure Sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease...“, 7.

⁷¹⁸ Примера ради, цене за транспорт гаса гасоводом који је изграђен на основу Закона о потврђивању споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Руске Федерације о сарадњи у изградњи гасовода на територији Савезне Републике Србије из 1996. године се наплаћују у складу са тарифом коју одобрава Агенција за енергетику, док се цена за транспорт гаса за гасовод „Јужни ток“ одређује на основу тарифе коју слободно одређују стране уговорнице, у свему у складу са Билатералним споразумом из 2008. године, који је уредио овакво правило.

управљање и одржавање новог објекта, постројења, односно система који се гради, а уз то му предаје и већ изграђен објекат, постројење, односно систем, или његов део, који приватни субјект треба да унапреди, поједини уговори о концесији који комбинују изградњу новог са реконструкцијом већ изграђеног објекта, постројења, односно система, предвиђају могућност започињања остваривања економске користи на већ изграђеном објекту, постројењу, односно систему, након закључења уговора, а на новом објекту, постројењу, односно систему, након започињања оперативне фазе. Оваква могућност постоји у случају када објекти, постројења, односно системи представљају одвојене односно оперативнотехнички одвојиве целине, које омогућавају обављање делатности, односно пружање услуга на различитим целинама, деоницама, секцијама и слично.

Међутим, у пракси реализације оваквих пројеката, такође су могућа различита решења. Тако, могуће је да јавни субјект омогући приватном субјекту да убира економску корист од функционалне целине која већ постоји, одређујући веома кратак, али разуман рок за изградњу одвојене нове функционалне целине, у ком случају накнада коју приватни субјект, односно пројектно друштво, убира олакшава, те тако и убрзава, обезбеђивање дела финансирања изградње новог објекта, постројења, односно система, делујући подстицајно на пројектно друштво да, што је могуће ефикасније и брже, изведе радове на изградњи новог објекта, постројења, односно система, како би увећало своје приходе, и под што повољнијим условима (плаћање мање камате), извршило обавезе према финансијерима пројекта.

За разлику од овог модела, којим пројектно друштво није битно условљено, али је мотивисано на ефективно деловање, јавни субјект може дати право пројектном друштву да убира економску корист од управљања и одржавања већ постојеће функционалне целине, уз обавезу пројектног друштва да ова средства чува на посебном рачуну, тј. да их не користи за финансирање изградње новог објекта, постројења, односно система. У случају кашњења са постизањем почетка оперативне фазе пројекта или у случају недостизања овог датума, пројектно друштво ће бити дужно да исплати јавном субјекту средства која је убирало, али која није могло да користи и која су представљала одређену врсту обезбеђења јавног субјекта.

Посебно интересантан случај представља могућност коју предвиђају поједини велики међународни инфраструктурни пројекти, који се реализују на територији више држава, где се поједине секције постројења, односно система граде на територији појединачних држава, а све секције, односно деонице скупа чине јединствену оперативнотехничку целину. Право на накнаду стиче се од тренутка када систем на територији конкретне државе буде спреман за почетак рада, без обзира на то да ли је наставак система операбилан. Оваква могућност постоји код пројеката где се и делатност, односно услуга од општег интереса, може обављати, односно пружати како кроз читав систем, тако и кроз његове делове.

Важно питање у вези са накнадом односи се на структуру накнаде која се исплаћује пројектном друштву, односно на елементе који улазе у структуру накнаде. Накнада, према општим правилима, обавезно укључује, односно обрачунава се на основу следећих елемената: (а) оперативних трошкова, (б) висине укупног задужења по основу екстерног финансирања, и (в) повраћаја уложене инвестиције у капитал.⁷¹⁹ Накнада која се исплаћује пројектном друштву треба да буде таква да, у периоду током кога се исплаћује, обезбеди кумулативно покриће оперативних трошкова пројектног друштва (који укључују трошкове управљања и одржавања објекта, постројења, односно система), укупне обавезе пројектног друштва по основу екстерног задужења (укључујући и износ камата), као и трошак улагања у капитал које је током века трајања пројекта вршио приватни субјект (оснивачки капитал и сва каснија повећања капитала). Ово су, дакле, основни параметри који утичу на висину накнаде, који се, у зависности од природе конкретног пројекта и његових особености, као и модела уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, разликују од случаја до случаја.

Поред наведених основних критеријума, на одређивање накнаде, како у погледу њене структуре, тако и њене висине, могу да утичу и додатни фактори, и то: (а) дужина трајања пројекта, односно време на које је закључен уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, (б) благовременост у реализацији пројекта, односно у извршењу уговора, (в) евентуална улагања која током реализације пројекта врши јавни субјект, и (г) плаћања која пројектно друштво, током реализације пројекта, врши јавном субјекту.

Висина и структура плаћања накнаде по својој природи јесте, и требало би да буде, у директној пропорцији са веком трајања пројекта, односно дужином реализације уговора. Тако, висина накнаде је утолико нижа уколико пројекат дуже траје, и обрнуто, што пројекат краће траје, већа је висина накнаде која се плаћа. Међутим, ни овакав принцип није строго праволинијски, будући да што пројекат дуже траје, то је и висина обавеза по основу кредитног задужења (пре свега износ камата) већа, тако да приликом одређивања века трајања пројекта, уговорне стране треба да обострано рационално размишљају и да дужину пројекта ограниче на време које је разумно потребно како би се пројекат реализовао, био одржив и да би се осигурала извесност обезбеђивања екстерног финансирања.

Независно од износа накнаде, значајно питање које се у пракси поставља је питање начина плаћања накнаде, у ком смислу су могуће следеће опције.⁷²⁰

(а) *плаћање јединственог износа накнаде*, без обзира на фазу реализације пројекта, односно извршења уговора. Ова опција подразумева да се од тренутка доспећа обавезе плаћања накнаде иста исплаћује увек у једнаком новчаном износу, уз изузимање из анализе,

⁷¹⁹ E. R. Yescombe (2007), 225.

⁷²⁰ *Ibid.*, 226-227.

на тренутак, околности које могу да наступе, а које могу да утичу на висину накнаде, о којима ће више речи бити касније;

(б) *прогресивно увећање висине накнаде*. Ова опција подразумева плаћање код кога је у почетку накнада мања, а током времена, све до пуног века трајања пројекта односно реализације уговора, њен износ се прогресивно увећава (енг. *back-end payment stream*). Овај модел плаћања накнаде модел близак је размишљању јавног субјекта, будући да се заснива на трошковној оптимизацији. Међутим, ова опција дугорочно има лоше ефекте и увећава укупну цену пре свега екстерног задужења, а додатно представља сигнал друштвено неодговорног понашања јавног субјекта, који већи терет обавезе пребацује за будући тренутак,⁷²¹

(в) *прогресивно умањење висине накнаде*. Ова опција подразумева плаћање код кога је у почетку накнада већа, а током времена, све до пуног века трајања пројекта, односно реализације уговора, износ накнаде се прогресивно смањује (енг. *front-end payment stream*). Овај модел плаћања накнаде модел близак је размишљању приватног субјекта, будући да овакав приступ умањује трошак приватног субјекта дугорочно посматрано, али он може да буде проблематичан финансијерима пројекта, будући да може да утиче на њихове калкулације исплативости, и

(г) *комбинација фиксног и варијабилног износа накнаде*. Ова опција је најчешће заступљена код уговора по моделу пружања услуга, односно по моделу управљања, код којих, у зависности од умећа, залагања и резултата приватног субјекта/пројектног друштва, у погледу начина обављања делатности, односно начина пружања услуга, варијабилни износ накнаде, који зависи од резултата приватног субјекта/пројектног друштва, може вишеструко да надмаши фиксни износ накнаде. Код модела који комбинује плаћање фиксног и варијабилног дела, могућа је и варијанта додатне стимулативне годишње накнаде коју јавни субјект исплаћује приватном субјекту, односно пројектном друштву, најчешће у одређеном проценту од оствареног резултата (према броју јединица, оствареној цени, произведеној или продатој количини, броју потрошача које је привукао приватни учесник у пројекту, и др).

Како на плаћање накнаде може да утиче остварење ризика који прате реализацију пројекта, Еуростат је, у циљу обезбеђивања равноправног третмана јавног и приватног субјекта у пројектима јавно-приватног партнерства дефинисао три категорије ризика: (а) ризик изградње (енг. *construction risk*), који се доводи у везу са догађајима који могу да узрокују кашњења, непоштовање уговорених стандарда, техничке недостатке и кумулирање трошкова изградње, кад, код ограниченог броја пројеката код којих накнада може да почне да

⁷²¹ Опција прогресивног увећања накнаде на којој јавни учесник може да инсистира у пракси треба да представља сигнал одређеног обрасца понашања јавног субјекта, који ради остваривања сопственог бољег резултата, најчешће у политичке сврхе, дугорочно пребацује трошак за будућност, и друге актере, потенцијално дугорочно увећавајући укупну висину своје обавезе.

се исплаћује и пре отпочињања оперативне фазе, јавни субјект може да започне са плаћањем тек након детаљне анализе фактичког стања и прегледа објекта, постројења, односно система; (б) ризик расположивости (енг. *availability risk*), који се доводи у везу са начином обављања делатности од стране приватног субјекта/пројектног друштва, односно са ситуацијама кад се његовом кривицом, уговор не извршава у складу са договореним условима, или је квалитет производа/услуга значајно нижи од уговореног, кад јавни субјект плаћа умањену накнаду, тако што се умањење врши сразмерно обављеној делатности/пруженој услузи, односно обезбеђеном квалитету; и (в) ризик потражње (енг. *demand risk*), који се доводи у везу са смањењем потражње за производом/услугом коју пружа пројектно друштво, која није у последичној вези са поступањем пројектног друштва, већ са дејством спољних фактора на које пројектно друштво нема утицаја, кад јавни субјект има обавезу да пројектном друштву исплати накнаду у износу у коме је она уговорена.⁷²²

Благовремена реализација пројекта је од једнаке важности за све учеснике у реализацији пројекта. У случају да изградња новог, односно реконструкција већ постојећег објекта, постројења, односно система касни, проблем имају сви учесници у пројекту. Тако, јавни субјект има трошак, будући да ће до почетка оперативне фазе конкретног пројекта морати да, на алтернативни начин, обезбеди обављање делатности, односно пружање услуга, с тим да, у пројектима у којима је уговорио накнаду која му се плаћа за случај доцње, може имати умањење трошка који сноси, кроз плаћање накнаде (енг. *liquidated damages*). Пројектно друштво је у случају доцње у проблему, како према јавном субјекту (коме плаћа накнаду за доцњу, ако је уговорена), тако и према финансијерима пројекта, у односу на које се одлаже тренутак исплате обавеза по основу задужења.

Висина накнаде коју јавни субјект плаћа приватном субјекту/пројектном друштву је, уопштено посматрано, мања код оних пројеката код којих јавни субјект врши одређена капитална улагања.

За плаћање накнаде, односно у односу на висину плаћања накнаде, веома је важан и квалитет обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, односно поштовање уговореног стандарда у обављању делатности/пружању услуга. Како је за јавног субјекта обезбеђивање уговореног стандарда веома важно са становишта оправдања читавог пројекта и доказивања испуњености критеријума „вредност за новац“, то уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, по правилу, уређују право јавног субјекта на умањење уговорене накнаде, под условом да обим, квалитет и стандард у обављању делатности, односно пружању услуга од општег интереса не одговара уговореним критеријумима.

⁷²² С. Г. Средојевић, 105-106.

3. Контрола управљања и прихода од стране финансијера пројекта

Контрола управљања и одржавања кроз коју се, практично, врши надзор над извршењем уговора у складу са уговореним условима, коју спроводе финансијери пројекта, једнака је контроли коју врши јавни субјект и она, такође, обухвата (а) достављање информација о разлозима за привремен прекид и/или обуставу обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, у случају редовног одржавања, које захтева привремено смањење обима делатности, односно заустављање објекта, постројења, односно система за релативно кратко време редовног ремонта, односно одржавања, (б) достављање информација о разлозима за хитан привремени прекид и/или обуставу обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, у случају наступања догађаја, који по својој природи, односно опасности коју са собом носе, захтевају привремено смањење обима делатности, односно заустављање објекта, постројења, односно система, зарад заштите општег интереса, (в) подношење извештаја о управљању, односно одржавању (најчешће на месечном, тромесечном, полугодишњем и годишњем нивоу), (г) финансијери пројекта, слично као што то чини јавни субјект, могу да ангажују специјализоване агенције или каква друга стручна лица, за надзор над извршењем одређених специфичних активности на одржавању и управљању, а пројектно друштво је дужно да обезбеди овим лицима обављање надзора, у смислу давања свих тражених информација, документације, разговора са овлашћеним лицима пројектног друштва, односно лица непосредно задуженог за управљање и одржавање.

Финансијери пројекта су, осим информација које се односе на реализацију пројекта, односно извршење обавеза уговорних страна, посебно заинтересовани за контролу плаћања која се врше по основу уговора. Разлог за то је више него разумљив будући да приход које пројектно друштво остварује из обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, служи као основни, а неретко и једини, извор прихода пројектног друштва, из кога оно измирује своје доспеле обавезе по основу кредитног задужења.

Поред контроле прихода пројектног друштва, финансијери пројекта желе да за себе осигурају и контролу над расходима друштва, тако да обавеза извештавања финансијера пројекта траје од дана закључења уговора о кредиту и обухвата контролу наменског утрошка новчаних средстава из кредита, контролу усклађености расхода пројектног друштва са финансијским моделом, пословним планом и буџетом пројектног друштва, контролу финансијског пословања пројектног друштва – кроз обавезу достављања полугодишњих и годишњих финансијских извештаја пројектног друштва, а неретко и копија свих фактура по којима је пројектно друштво извршило плаћања током фазе изградње (укључујући, али не ограничавајући се на, плаћања према подизвођачима, набавку опреме, материјала, машина,

ангажовање експерата, зараде запослених, трошкове прибављања сагласности, одобрења, дозвола, лиценци, и сва друга плаћања из уговора).

Уговор о кредиту, најчешће садржи посебан сет одредби које утврђују модалитет, динамику и начин извештавања пројектног друштва према финансијским институцијама, као и право финансијских институција да пројектном друштву наложи предузимање мера у случају поступања супротно финансијском моделу на коме почива пројекат.

Глава XVI

НАДЗОР НАД РЕАЛИЗАЦИЈОМ ПРОЈЕКТА И ИЗВРШЕЊЕМ УГОВОРА

Контрола над реализацијом пројекта и извршењем уговора одвија се у свакој од фаза реализације пројекта, паралелно и на више нивоа, и спроводе је сва лица која су заинтересована за успешну и благовремену реализацију пројекта, односно извршење уговора – приватни субјект, односно пројектно друштво, јавни субјект, финансијери пројекта, независни инжењер и др.

Без обзира на околност што су појединачни интереси учесника у пројекту различити, сви они су суштински уједињени око једног истог циља – обезбеђивања тачне, потпуне и благовремене реализације пројекта. Улог сваког од учесника је велики, на различите начине. У случају јавног субјекта, све време трајања пројекта на тесту је испуњење основног критеријума „вредности за новац“, а успешност пројекта иза којих стоји јавни субјект, поред општедруштвене користи, уобичајено има и друге погодности и предности – финансијску, која се огледа у уштедама у буџету, репутациону, која може да буде подстрек новим пројектима уз учешће истог јавног субјекта, али и политичку. У случају неуспеха пројекта, јавни субјект трпи критику најшире јавности, а неуспех пројекта може да има значајне финансијске последице по јавног субјекта у случају раскида уговора.

У случају приватног субјекта, све време трајања пројекта на тесту су како финансијски и инвестициони, тако и значајан репутациони ризик, којима приватни субјект настоји да одолева кроз благовремени и потпуно извршење уговора, у складу са договореним роковима и прописаним стандардима.

Финансијери пројекта су због вредности инвестиција изложени значајном финансијском ризику, који се може мултипликовати у случају неуспеха повезаних пројеката који се често срећу у сектору инфраструктуре или енергетике.

Независни инжењер, с обзиром на природу своје делатности, има и репутациони и финансијски ризик будући да може да буде, у било којој фази реализације пројекта, опозван и замењен новим стручњаком, одлуком уговорних страна или на захтев финансијера пројекта.

1. Интерна контрола пројектног друштва

Прва контрола одвија се на нивоу самог пројектног друштва. Контрола коју спроводи пројектно друштво обухвата више сегмената, у зависности од фазе реализације пројекта и конкретних обавеза пројектног друштва, и то: (а) контролу тачности, потпуности и

благовремености извршења обавеза пројектног друштва према јавном субјекту, (б) контролу тачности, потпуности и благовремености извршења обавеза подизвођача које је ангажовало пројектно друштво, (в) контролу извршења обавеза према финансијерима пројекта, (г) контролу извршења уговорних обавеза према добављачима и клијентима у оперативној фази реализације пројекта, (д) општу интерну и финансијску контролу пословања, и др.

Посебан аспект контроле представља интерна контрола законитости пословања пројектног друштва, и то пре свега у односу на антикоруптивна поступања на која су ови уговори веома осетљиви, а на чему увек посебно инсистирају финансијери пројекта.

2. Контрола јавног субјекта

Јавни субјект контролише реализацију пројекта, односно извршење уговора праћењем извршења уговорних обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва са којим је у непосредном уговорном односу.

Контрола јавног субјекта обухвата контролу два сегмента:

(а) *контролу благовремености и континуитета извршења уговорних обавеза*, која се своди на праћење реализације пројекта упоредном анализом фактичког стања реализације пројекта са планом активности по фазама реализације пројекта, која представља саставни део уговора.

Будући да највећи део пројеката који се реализују на основу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта укључује две фазе – фазу извођења радова и оперативну фазу реализације пројекта – то се улога јавног субјекта у вези са испитивањем и контролом у првој фази – фази извођења радова на изградњи – по правилу, своди на контролу испуњавања уговорених рокова, у складу са уговореним временским оквиром извођења радова, док се у другој фази – оперативној фази реализације пројекта – улога јавног субјекта огледа, пре свега, у контроли континуитета обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса; и

(б) *контролу квалитета*, која, у зависности од фазе реализације пројекта, такође, има за непосредан предмет анализу различитих аспеката.

У првој фази реализације пројекта – фази извођења радова на изградњи – контрола квалитета усмерена је, пре свега, на испитивање и контролу испуњености уговорених стандарда у погледу квалитета материјала, опреме и технологије, који се уграђују и инсталирају у нови, односно већ постојећи објекат, постројење, односно систем, који се гради, односно реконструише, док се у другој фази – оперативној фази реализације пројекта – контрола јавног субјекта, пре свега, своди на контролу квалитета у погледу начина обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса.

За разлику од контроле благовремености, која подлеже тесту провере испуњења уговорених рокова и следа предузимања договорених радова и активности, контрола квалитета предмет је унеколико суптилнијег теста, у складу са критеријумима које јавни субјект одређује уговором. Ово је посебно деликатно у оперативној фази реализације пројекта јер се директно одражава на цену коју ће јавни субјект платити приватном субјекту, односно пројектном друштву, за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта уобичајено садржи уговорени механизам који, у зависности од предмета конкретног пројекта, јавном субјекту омогућава да врши надзор над начином обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, који, будући да може да буде од утицаја на цену, треба да буде унапред познат приватном субјекту, односно пројектном друштву. У пракси, методологија, поступак, документација и мере које се спроводе у поступку вршења надзора представља саставни део уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, а методологија надзора над реализацијом пројекта обавезно чини саставни део тендерске документације, са којом се приватни субјект упознаје у веома раној фази, тј. пре подношења понуде⁷²³.

Надзор над извршењем уговора се најчешће спроводи кроз два паралелна поступка: (а) интерну контролу пројектног друштва, и (б) надзор који врши јавни субјект сам, односно посредством специјализованих експерата које ангажује за ове потребе.

Паралелно са овим поступцима, и крајњи корисници услуга од општег интереса су такође неформално укључени у оцену квалитета и стандарда у обављању делатности, односно пружања услуга од општег интереса. У вези са тим, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешће, садржи и посебан сет одредби о обавештавању пројектног друштва о примедбама крајњих корисника услуга које они чине јавном субјекту, и испитивању основаности таквих примедби, као и о мерама које се предузимају у случају основаности примедби крајњих корисника. Овај сегмент контроле над извршењем услуга може да буде веома значајан будући да се он може односити на специфичности у пружању услуга, које формално не потпадају под прописане стандарде и критеријуме, али које могу бити од веома великог значаја за крајње кориснике услуга, и које оправдавају критеријум „вредности за новац“ које јавни субјект треба да испуњава све време трајања пројекта.

⁷²³ *Standardization of PFI Contracts*, 74-76.

3. Независни инжењер

Независни инжењер представља техничког експерта, који се именује у циљу праћења реализације уговора који укључује елементе грађења новог, односно реконструкције већ постојећег објекта, постројења, односно система.

Правила Међународне федерације консалтинг инжењера (*FIDIC*)⁷²⁴ садрже опште правило према коме независног инжењера именује наручилац посла,⁷²⁵ односно у контексту уговора који су предмет ове анализе, јавни субјект. Иако је ово опште правило, паритет јавног и приватног субјекта, који се код ових уговора настоји обезбедити, најчешће у пракси условљава именовање независног инжењера од стране јавног и приватног субјекта заједно, што се спроводи закључењем уговора који јавни субјект и пројектно друштво, односно заједничко привредно друштво, које је инвеститор, закључују са независним инжењером.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, у зависности од конкретног предмета уговора, прописују различите обавезе независног инжењера, али се његове обавезе могу најопштије свести на обавезе:

(а) одговорног и благовременог извршавања уговорених обавеза независног инжењера специфицираних уговором, уговорених варијација услуга, као и услуга примопредаје, на начин да својим поступањем неће угрозити потпуно, савесно и благовремено извршење међусобно преузетих обавеза јавног и приватног субјекта, односно пројектног друштва;

(б) посвећивања пажње доброг стручњака⁷²⁶ у свакодневном извршавању његових обавеза у складу са уговором, а посебно у односу на запажања, примедбе, коментаре и предлоге јавног и приватног субјекта, односно пројектног друштва, као и финансијера пројекта, у вези са било којим питањем које се односи на извођење радова, или у односу на било које отворено питање или на било какве радње и активности које се имају предузети у вези са евентуалним исправкама или додатним радовима, које треба да се изврше пре издавања потврде о завршетку радова или било које фазе у спровођењу радова на изградњи;

(в) давања свих неопходних информација и појашњења у вези са његовом улогом у праћењу реализације пројекта, на захтев јавног, односно приватног субјекта тј. пројектног друштва, или финансијера пројекта;

⁷²⁴ Више информација доступно на сајту Међународне федерације консалтинг инжењера – *International Federation of Consulting Engineers*, <http://fidic.org/>.

⁷²⁵ *Услови уговарања за грађевинске радове за грађевинске и техничке радове по пројекту инвеститора, Општи услови*, Међународна федерација консалтинг инжењера, Инжењерска комора Србије, Београд 2008², тач. 3.1., 28; *Услови уговарања за постројење и пројектовање и изградњу за електротехничке и машинске радове и за грађевинске и остале техничке радове по пројекту извођача*, Међународна федерација консалтинг инжењера, Удружење инжењера консултаната Србије, Београд 2011², тач. 3.1., 40.

⁷²⁶ ЗОО, чл. 18, ст. 2.

(г) доношења одлука, давања мишљења и/или сагласности на фер и правичној основи, без обзира на супротстављене интересе учесника у пројекту,⁷²⁷ и

(д) омогућавања јавном и приватном субјекту, тј. пројектном друштву, пре доношења његове одлуке, да изразе њихове ставове у вези са сваким питањем које је предмет контроле и надзора које спроводи независни инжењер.

Будући да је смисао ангажовања независног инжењера праћење реализације фазе изградње и контрола благовремености, потпуности и тачности извођења радова,⁷²⁸ са становишта њихових техничких карактеристика, независни инжењер у пракси, најчешће, има следеће дужности: (а) врши проверу главног пројекта, (б) проверава техничке спецификације, (в) врши инспекцију грађевинских радова, како би утврдио да ли је обим и квалитет радова на изградњи, материјала и опреме у свему у складу са уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта, уговором о изградњи, извођачким пројектом, и било којим каснијим договореним изменама и допунама, (г) проверава да ли се радови на изградњи обављају у складу са уговореном динамиком, (д) проверава да ли се плаћања која се врше, обављају у свему у складу са уговореним ценама и расположивим средствима, (ђ) проверава испуњеност процедура и поступака за обезбеђивање квалитета изградње, (е) контролише припрему оперативних приручника, припреме документације коју је пројектно друштво дужно да припрема у складу са уговором, (ж) након окончања изградње излази на терен и врши визуелни преглед изграђеног, односно реконструисаног објекта, постројења, односно система, како би утврдио да ли је исти прихватљив и компатибилан са уговореним, (з) пружа неопходну помоћ пројектном друштву у вези са евентуалним одступањима од уговорених стандарда и захтева, недостацима и изменама које је нужно спровести, (и) врши инспекцију радова на исправљању раније утврђених недостатака, (ј) проверава фактуре за плаћање које су испоставили извођачи радова, (к) припрема и подноси неопходне извештаје.

Независни инжењер најчешће на месечном и кварталном нивоу припрема извештаје које доставља јавном и приватном субјекту, као и финансијерима пројекта, којим их извештава о напретку радова на изградњи, али и о располагању новцем, односно пројекцијама плаћања, како би се обезбедило благовремено извођење радова на изградњи, али и контрола плаћања, која мора да буде у свему у складу са планираним буџетом и одобреним финансијским моделом.

У случају да током спровођења контроле над извођењем радова, односно над плаћањима за извођење радова, независни инжењер утврди било каква одступања од договорених услова, пројекта, стандарда или буџета, дужан је да о утврђеним одступањима,

⁷²⁷ *International Construction Agreements*, Report of the Subcommittee on FIDIC conditions of Committee T with its Recommendations for the review of Fidic-Fiec Civil (1977), *International Business Lawyer* 6/1983, 211.

⁷²⁸ Michael R. Sammartano, „The Role of the Engineer-Myth or Reality“, *Construction, International Business Lawyer Review* 3/1986, 81-86.

без одлагања, обавести јавног и приватног субјекта, односно пројектно друштво, али и финансијере пројекта, обезбеђујући у свакој фази извршења својих обавеза једнак приступ информацијама, документацији и извештајима јавном и приватном субјекту и финансијерима пројекта.

Јавни и приватни субјект, односно пројектно друштво, имају еквивалентну обавезу према независном инжењеру. Они су дужни да благовремено, потпуно и тачно достављају све тражене податке, информације и документацију независном инжењеру, као и да му, на његов захтев, пруже сваки други облик сарадње којим се обезбеђује благовремено и потпуно спровођење пројекта, односно извршење уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.

Како током реализације пројекта, односно извршења уговора, може да дође до одређених промена у односу на поједине техничке аспекте реализације пројекта, то може да се одрази и на обим захтеваних услуга независног инжењера, те тако може да утиче и на раније договорене услове под којима је независни инжењер ангажован (тзв. варијације у погледу обима уговорених услуга независног инжењера),⁷²⁹ у ком случају независни инжењер има обавезу да своје услуге пружа у складу са измењеним захтевима, чијем извршењу претходи унапред дата процена трошкова пружања додатних услуга, односно процена смањења раније уговорене накнаде независног инжењера.

Независни инжењер није овлашћен да ослободи нити јавног нити приватног субјекта, односно пројектно друштво, од извршења било које обавезе, нити да их ослободи одговорности које су преузели закључењем уговора.⁷³⁰

Према општим правилима, које уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта и независног инжењера најчешће укључују, одобрења, провере, потврде, сагласности и друге сличне радње које спроводи независни инжењер не ослобађају одговорности приватног субјекта, односно пројектно друштво, као инвеститора, од одговорности које има у складу са уговором са јавним субјектом.⁷³¹

Функцију независног инжењера, по правилу, обавља квалификовано лице са потребним знањем, искуством и референцама у вршењу надзора и контроле над извођењем радова исте или сличне врсте, какав је предмет конкретног пројекта, односно уговора. Међутим, независни инжењер је овлашћен да део својих обавеза и дужности повери одговарајућим искусним и квалификованим лицима, такође независним лицима инжењерске струке у односу на вршење надзора, односно спровођење контроле, тј. испитивања појединих делова погона, постројења, система, материјала, опреме и слично, с тим да уговор са независним инжењером најчешће прописује да се делегирање дужности и обавеза може

⁷²⁹ Услови уговарања Међународне федерације консалтинг инжењера у чл. 13.1 користе израз „измене и корекције“ док се у уговорима уобичајено користи термин „варијације“.

⁷³⁰ *Ibid.*, чл. 3.1, ст. 3, алинеја (б), 28, односно 40.

⁷³¹ *Ibid.*, чл. 3.1, ст. 3, алинеја (в), 28, односно 40.

извршити само на основу писменог одобрења јавног и приватног субјекта, односно пројектног друштва. У том случају, лице коме се делегира, односно на које се преноси део овлашћења има право само да издаје налоге извођачу радова, односно инвеститору, при чему непостојање негативног мишљења овог лица не значи и давање сагласности независног инжењера, који је и даље овлашћен да одбије радове, постројења, односно материјале, а такође, у случају да јавни, односно приватни субјект нису задовољни одређеним налогом или одлуком лица коме је делегиран део овлашћења независног инжењера, имају право да захтевају од независног инжењера да се изјасни на околност да ли ће без одлагања потврдити, преиначити или изменити одлуку, односно налог његовог помоћника.

Већина уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, имајући у виду њихову вредност и комплексност, захтевају да независни инжењер има осигурање од професионалне одговорности са релативно високом границом одговорности.

Тakoђе, уговори јавног и приватног субјекта уобичајено садрже и одредбу којом независни инжењер, закључењем уговора, даје овлашћење јавном и приватном субјекту на коришћење, измену и прераду свих писаних материјала, које је произвео током трајања уговора, чиме независни инжењер, практично, овлашћује јавног и приватног субјекта на коришћење и све измене његовог ауторског дела, што је од круцијалног значаја у случају потребе за будућим реконструкцијама или оперативно-техничким унапређењима објекта, постројења, односно система, након реализације пројекта.

Независном инжењеру се за његов рад на контроли и праћењу реализације уговора исплаћује накнада у складу са уговореном динамиком плаћања, коју у пракси, по правилу, плаћа приватни субјект, односно пројектно друштво.

4. Контрола финансијера пројекта

Финансијске институције које обезбеђују финансирање пројекта такође су веома заинтересоване за благовременост, потпуност и тачност реализације пројекта, односно извршења уговора. Свако одлагање, налози за исправке, дораде, примедбе на квалитет материјала, функционалост опреме и примену технологија, одражавају се на појединачне и укупне рокове реализације пројекта, али и на цену коју јавни субјект исплаћује приватном субјекту, односно пројектном друштву.

Будући да се у пројектима који укључују фазу извођења радова на изградњи новог, односно реконструкцији већ постојећег објекта, постројења, односно система, извођење радова финансира из средстава које је обезбедио приватни субјект – оснивач пројектног друштва (тзв. спонзор), као и из средстава екстерног финансирања – финансирања које обезбеђују финансијери пројекта, финансијери пројекта су веома заинтересовани за начин и

рокове реализације пројекта, будући да сва пролонгирања, застоји или примедбе на квалитет, потпуност и компатибилност пројекту, које се могу истаћи, утичу, односно повећавају укупне трошкове изградње, с обзиром на: (а) обавезу плаћања уговорених пенала за кашњење, и (б) трошак ангажовања средстава, људства и додатне контроле за додатне радове, које је неопходно спровести, односно исправке и дораде које је неопходно извршити. Како у овој фази реализације пројекта пројектно друштво не прима никакву накнаду од јавног субјекта,⁷³² то је у циљу одрживости исплативости пројекта, у складу са финансијским моделом, неопходно одржавати трошкове изградње на нивоу оних који су иницијално садржани у финансијском моделу, пословном плану и буџету. Ризик који стоји на страни пројектног друштва се, како смо имали прилике да видимо у горњем излагању, делимично преноси, односно дисперзује на подизвођаче и осигураваче, али одговорност за реализацију пројекта, под уговореним условима, принципијелно остаје на пројектном друштву.

Контрола финансијера пројекта се остварује на неколико начина. Уговором којим се обезбеђују средства за реализацију пројекта посебно се уређују обавезе пројектног друштва да:

(а) месечно, квартално, шестомесечно и годишње подноси финансијерима пројекта извештаје о реализацији пројекта, као и финансијске извештаје, на основу чега се прати како сама реализација пројекта, тако и ликвидност пројектног друштва;

(б) финансијерима пројекта подноси посебне извештаје о начину реализације уговора са подизвођачима, као и комплетну преписку са подизвођачима, како би финансијери пројекта могли да испрате начин контроле пројектног друштва над обављањем делегираних послова, радова и активности које су поверене подизвођачима;

(в) редовно извештава финансијере пројекта о свим уговорима које је закључило, односно које намерава да закључи, са другим уговорним странама, из којих пројектно друштво обезбеђује приход, односно који могу да се одразе на приход пројектног друштва, евентуалним изменама тих уговора, као и о свим важним околностима које утичу на извршење тих уговора и остваривање очекиваног прихода пројектног друштва, и

(г) обезбеди осигурање од свих ризика који су типични за конкретан пројекат, да редовно плаћа премију осигурања, као и да обавештава финансијере пројекта о извршавању обавезе на плаћање премија осигурања, претњи за наступање ризика који су покривени

⁷³² Накнада се, према општим правилима извршења ових уговора, плаћа тек за пружену услугу, дакле, плаћање накнаде започиње тек са оперативном фазом у реализацији пројекта. Изузетно од овог правила, у концесионим пројектима који комбинују реконструкцију постојећег са изградњом новог објекта, постројења, односно система, могуће је уговорити плаћање одређене накнаде и у фази изградње новог објекта, постројења, односно система, будући да се током периода изградње новог објекта може делом комерцијално користити већ изграђени објекат, постројење, односно систем који треба да се реконструише, односно оперативно-технички унапреди.

осигурањем, као и евентуалних ризика који нису покривени осигурањем, односно који се не могу осигурати, као и мерама и активностима које је предузело да спречи наступање ризика, односно да умањи последице њиховог наступања, и др.

5. Контрола подизвођача

Контролу подизвођача, по правилу врши, инвеститор – пројектно друштво, односно заједничко привредно друштво. Ово је зато што је пројектно друштво непосредно одговорно према јавном субјекту за благовременост и квалитет радова који су предмет пројекта.

6. Последице незадовољавајућег извршења уговора

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта уобичајено прописују последице незадовољавајућег извршења уговора.⁷³³

Као што је опис поступка и начина вршења контроле над реализацијом пројекта/извршењем уговора саставни део уговора, тако приватни субјект, односно пројектно друштво, треба да буде унапред упознато и са начином санкционисања незадовољавајућег извршења уговора. Ово је од посебног значаја у оперативној фази реализације пројекта кад пројектно друштво почиње да остварује приход од обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, а незадовољавајућа услуга у погледу квалитета, односно поштовања уговорених стандарда тада се непосредно одражава на износ накнаде коју јавни субјект плаћа приватном субјекту, односно пројектном друштву.

У вези са начином исказивања умањења накнаде, у пракси су познати следећи модели: (а) модел који подразумева унапред предвиђену листу недостатака, која чини саставни део уговора, у случају чијег наступања, јавни субјект има право да накнаду, коју је по уговору дужан да исплати, умањи за одређени проценат, и (б) модел који подразумева унапред предвиђен број поена за сваки од недостатака, при чему се јавном субјекту оставља могућност да, ценећи озбиљност недостатка у односу на околности сваког конкретног случаја, а посебно имајући у виду особености пројекта и индустрије у којој се пројекат реализује, одреди конкретан број негативних поена, који ће се потом квантификовати уз помоћ унапред прописане формуле, и тако одредити конкретно умањење накнаде. Иако се први модел чини објективнијим, јер је заснован на унапред познатој листи недостатака, други модел је флексибилнији и у пракси се показао правичнијим, под условом да почива на

⁷³³ *Standardization of PFI Contracts*, 71-72.

уређеном и транспарентном поступку оцене озбиљности конкретне повреде уговора, односно незадовољавања уговореног стандарда, односно квалитета.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, такође, треба да уреди и поступак умањења накнаде у случају мање значајног неиспуњења уговора, које се континуирано понавља, а у односу на које, пројектно друштво, услед неиспуњења критеријума озбиљности повреде, нема довољан мотив да коригује, односно унапреди начин/квалитет обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, што је за јавног субјекта посебно важно услед континуираног испитивања испуњености начела „вредности за новац“.

Поред умањења накнаде коју јавни субјект исплаћује приватном субјекту, односно пројектном друштву, уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта се прецизно уређују и случајеви у којима јавни субјект има право на раскид уговора услед поступања приватног субјекта, односно пројектног друштва супротно уговором преузетим обавезама.

Глава XVII

ФИНАНСИРАЊЕ УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта могу да уреде различите начине финансирања реализације пројекта. Приказ финансирања пројекта сарадње јавног и приватног субјекта дат је овде у општим категоријама, само као један од важних елемената за разумевање функционисања пројекта, а с њим у вези, и односа уговорних страна према финансијским институцијама које обезбеђују финансирање, али без детаљне анализе која би, свакако, завређивала много више пажње и била предмет посебног истраживања самог кредитирања, што није тема овог рада.

Као основне могућности у литератури⁷³⁴ се наводе, а у пракси примењују следећи модели:

(а) обезбеђивање финансирања пројекта од стране јавног субјекта (енг. *government financing*), што је за приватног субјекта најоптималнији модел финансирања будући да комплетан ризик финансирања, суштински, преузима јавни субјект, који обезбеђује финансијска средства задужењем, и ова средства ставља на располагање пројектном друштву (по основу зајма, субвенције или на други начин).

Финансирање пројекта од стране јавног субјекта нужно отвара питање интереса јавног субјекта за овакве пројекте, пре свега у вези са испуњеношћу критеријума „вредности за новац“. У случају кад финансирање пројекта самостално обезбеђује јавни субјект, најчешће му за реализацију пројекта суштински више није потребан приватни субјект, јер је један од основних разлога ангажовања приватног субјекта управо прибављање финансијских средстава за реализацију пројекта, које јавни субјект не може да обезбеди или су његове могућности значајно ограничене.

Предност овог модела финансирања се огледа у томе што се јавни субјект, најчешће, задужује под повољнијим условима у односу на приватне субјекте.⁷³⁵

Недостатак овог модела огледа се у томе што је степен задужења јавног субјекта у директној повезаности са буџетским ограничењима и ограничењима по основу јавног дуга, те величина, односно вредност пројекта, може да представља ограничење за овакву врсту финансирања. Додатно, недостатак овог модела за јавног субјекта огледа се у томе што он нема утицај на наступање највећег броја ризика које пројекат носи (будући да он нити изводи радове нити, касније, управља објектом/постројењем/системом), те, практично, уз

⁷³⁴ J. Delmon (2011), 64-66.

⁷³⁵ Уговори о кредиту које закључују јавни субјекти, по правилу, садрже ниже каматне стопе и ниже марже, а ови услови се обезбеђују, најчешће, захваљујући бољим средствима обезбеђења – превасходно државним гаранцијама, које комерцијалним банкама дају већу сигурност у односу на друге дужнике и средства обезбеђења које они полагају.

финансирање, на себе, посредно, преузима и друге крупне ризике повезане са реализацијом пројекта, које уобичајено сноси приватни субјект, односно пројектно друштво;

(б) обезбеђивање финансирања од стране оснивача пројектног друштва (енг. *corporate financing*). Овај модел финансирања подразумева задужење оснивача пројектног друштва на комерцијалној основи, и уношење тих средстава у пројектно друштво, у циљу обезбеђивања реализације пројекта.

У случају кад пројектно друштво оснива само приватни субјект, овакав начин обезбеђивања је спроводив, у смислу да приватни субјект једноставније и брже може да се задужи, имајући у виду ограничења на страни јавног субјекта.

У случају оснивања заједничког привредног друштва, уобичајено је да уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта садржи одредбу која прописује да оснивачи друштва врше улагања у капитал друштва у сразмери (енг. *pro-rata*) са њиховим учешћем у капиталу заједничког привредног друштва. У случају пројекта који захтевају значајна улагања у капитал, пре тренутка обезбеђивања екстерног финансирања, буџетска ограничења на страни јавног субјекта могу да представљају сметњу реализацији овакве обавезе, па се, у пракси, уз основну обавезу улагања у капитал сразмерно учешћу у капиталу заједничког привредног друштва, уговара и резервни механизам, по коме приватни субјект, у случају наступања сметњи на страни јавног субјекта, може да преузме на себе и извршење обавезе јавног субјекта на улагања у капитал заједничког привредног друштва, што се тада нужно одражава на управљање друштвом, начин доношења важних одлука о пројекту, као и на остваривање имовинских права чланова/акционара заједничког привредног друштва.

Према овом моделу, комплетан ризик финансирања пројекта преузима на себе приватни субјект, што је оптималан модел за јавног субјекта. Овај модел је суштински неповољан за приватног субјекта будући да оптерећује његово укупно задужење и потенцијално може да се негативно одрази на његово текуће пословање;⁷³⁶ и

(в) обезбеђивање финансирања непосредно пројектном друштву, кроз његово задужење за извођење пројекта (енг. *project finance*). Овај модел финансирања је најчешћи код уговора који су предмет ове анализе будући да се обавеза из кредита исплаћује из прихода које остварује пројектно друштво.⁷³⁷

⁷³⁶ Постоје, међутим, пројекти у којима приватни субјект преферира овакав модел финансирања. То је најчешће случај у пројектима који су повезани са осетљивим технологијама, иновативним решењима, или се пројекат реализује у специфичним индустријама, које пројекту дају обележја стратешког пројекта (на пример, војна индустрија или енергетика). У циљу обезбеђивања потпуне тајности пројекта и комплетне пројектне документације, приватни субјект тада бира овакав начин финансирања реализације пројекта, како информације о технологији коју користи не би постале доступне трећим лицима – конкретно, финансијерима пројекта. Овакав приступ је у одређеном веома специфичном тренутку и у односу на посебан сегмент обезбеђивања финансирања био предложен и у домаћој Студији случаја бр. 2, садржаној у Прилогу бр. 1.

⁷³⁷ Драгутин Ненезић, Бранко Радуловић, „Анализа могућности и модалитета финансирања и мера финансијске подршке јавно-приватног партнерства у Србији“, *Квартални мониторинг* бр. 30, јул-септембар 2012, 62.

Одлука о томе који ће се од модела применити зависи од неколико важних фактора: (а) природе пројекта – области у којој се пројекат реализује, његових специфичних обележја, да ли је пројекат повезан са посебним технологијама или посебним иновативним решењима, (б) вредности пројекта – што је вредност пројекта већа, то је извеснија примена модела обезбеђивања средстава од стране оснивача пројектног друштва, односно посредством пројектног финансирања, (в) околности на тржишту на коме се пројекат реализује и на ширем финансијском тржишту, и др.

Примена једног модела не искључује примену других модела, и у пракси се модели најчешће комбинују, било од самог почетка, или у различитим фазама реализације пројекта.

Осим горе наведених извора, финансирање пројекта сарадње јавног и приватног субјекта може се обезбедити и на друге начине – осигурањем извозних кредита који је пратећи инструмент уз пројектно финансирање, о чему ће више речи бити у поглављу 19.4, ограниченим задуживањем код комерцијалних банака и издавањем обвезница, што се овде помиње ради целовитости приказа, али неће бити предмет даље анализе.

1. Финансирање улагања у капитал пројектног друштва

Обезбеђивање средстава на име капитала – капитално улагање (енг. *equity contribution*), најчешће, представља почетни и обавезан начин финансирања реализације пројекта.⁷³⁸

Капитално улагање не значи само улагање оснивачког капитала, већ и сва каснија повећања капитала које су оснивачи пројектног друштва уговором обавезани да врше, како би се, након обезбеђивања финансирања пројекта кроз пројектно финансирање, све време трајања пројекта, односно исплате задужења пројектног друштва по основу пројектног

⁷³⁸ У највећем броју уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, капитално улагање је само један од извора финансирања реализације пројекта и најчешће иницијални извор финансирања реализације пројекта. У уговорима у којима реализација пројекта обавезно укључује оснивање пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, овакав облик финансирања је, логично, обавеза. Међутим, постоје и пројекти сарадње јавног и приватног субјекта који не укључују обавезу оснивања пројектног друштва, у којима реализацију пројекта обезбеђује непосредно приватни субјект. Ако се у разматрање узму модели сарадње јавног и приватног субјекта, о којима је било речи у Глави IV, обавеза оснивања пројектног друштва се, најчешће, не уређује уговорима по моделу пружања услуга, уговора по моделу управљања и уговора по моделу закупа, где обавезе које су предмет уговора, најчешће, извршава непосредно приватни субјект. Међутим, и у поменутих моделима сарадње јавног и приватног субјекта, приватни субјект може да оснује друштво посебне намене, преко кога извршава своје уговорне обавезе, како би ризике реализације конкретног пројекта задржао на конкретном друштву посебне намене, намерно га одвајајући од свог преосталог пословања, најчешће како би заштитио остале пословне операције и како (не)успех конкретног пројекта, не би могао да се одрази на остале његове пројекте или текућу ликвидност приватног субјекта (енг. *project ring-fencing*). Обавеза оснивања пројектног друштва, такође, не извире непосредно ни из уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса, који је најчешће акцесорне природе и закључује се уз други, основни уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, који уређује обавезу оснивања пројектног друштва, коме се и поверава обављање делатности од општег интереса.

финансирања, одржавао уговорени однос капиталног улагања у односу на финансирање обезбеђено пројектним финансирањем.

Однос капиталног улагања у односу на пројектно финансирање зависи такође од бројних фактора, а пре свега од: (а) врсте пројекта, односно индустрије у којој се пројекат реализује, и (б) много значајније, од извора прихода које ће остваривати пројектно друштво, односно извесности очекиваног прихода.

Однос капиталног улагања у односу на пројектно финансирање се у пракси реализације уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, креће у следећим распонима:⁷³⁹

(а) 10% : 90% у пројектима у којима пројектно друштво врши управљање и одржавање објекта, постројења, односно система. Релативно низак праг учешћа капиталног улагања у односу на пројектно финансирање објашњава се тиме што у таквим пројектима, приватни субјект, односно пројектно друштво, може да утиче на висину оперативних трошкова и да врши њихову оптимизацију, будући да је у њиховој потпуној контроли, чиме може да обезбеди значајно висок степен извесности у редовна измирења обавеза по основу пројектног финансирања;

(б) 15 % : 85 % у пројектима у којима постоји уговорена обавеза јавног субјекта да откупи комплетан или претежан део портфеља производа, односно услуга које пројектно друштво обезбеђује обављањем делатности од општег интереса. Овакав однос капиталног улагања и пројектног финансирања објашњава се тиме што овакви уговори, уз адекватна средства обезбеђења која се могу захтевати од јавног субјекта, такође, обезбеђују значајан степен извесности у редовно измирење обавеза по основу пројектног финансирања;

(в) 20% : 80% у пројектима везаним за изградњу транспортних система (ауто-путева, аеродрома, гасовода, нафтовода и др.), код којих се плаћање накнаде најчешће пребацује на крајње кориснике. Већи степен учешћа капиталног улагања у односу на пројектно финансирање објашњава се опрезношћу финансијера пројекта, будући да су овакви пројекти потенцијално изложени ризику потражње, због чега је учешће капиталног улагања значајније у односу на прва два модела, и

(г) 30% : 70 % у пројектима код којих не постоји обавеза јавног субјекта на откуп целокупног или претежног дела портфеља производа, односно услуга, које пројектно друштво обезбеђује обављањем делатности од општег интереса. Значајније учешће капиталног улагања у односу на пројектно финансирање објашњава се, још, израженијим ризиком потражње, који може у значајној мери да утиче на исплативост пројекта из перспективе финансијера пројекта.

⁷³⁹ Е. R. Yescombe (2014), 327.

Из наведеног се може закључити да, што је мања извесност наплате пројектног друштва из обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, то је веће учешће капиталног улагања у укупном финансирању. Финансијери пројекта одобравањем слободних финансијских средстава пројектном друштву преузимају на себе значајан ризик, посебно имајући у виду дугорочност пројекта, због чега покушавају да ограниче своју укупну финансијску изложеност пребацивањем дела обавезе финансирања на приватног субјекта. Тренд пребацивања значајнијег процента учешћа у финансирању на приватног субјекта, такође је приметан и код пројеката који се први пут реализују у појединој држави, односно први пут се реализују у сарадњи са конкретним јавним субјектом, кад не постоје објективно проверљиви параметри, засновани на ранијем искуству, или реализацији пројеката са сличним предметом, где је посебно тешко проценити ризик будуће потражње за конкретним производом, односно услугом од општег интереса.

По редоследу намирења, односно плаћања, капитална улагања се налазе на последњем месту, како у редовном пословању пројектног друштва током трајања века пројекта, тако и у случају отварања стечаја над пројектним друштвом.

Приоритет у намирењу увек има пројектно финансирање, у односу на које се обавезно уговара приоритет у наплати, за њим следи измирење обавеза другог реда – тзв. субординирана или тзв. мезанин потраживања (енг. *subordinated contributions* или *mezzanine contributions*)⁷⁴⁰, и тек на крају долази измирење обавеза према оснивачима пројектног друштва, којима се право на дивиденду, најчешће, у потпуности суспендује све док се не измире потраживања већег приоритета.

Управо из овог разлога, капитално улагање се сматра најнеповољнијим начином обезбеђивања финансирања пројектног друштва, али, у случају да пројекат успе и доживи пун век, зарада коју оснивачи пројектног друштва тада остварују кроз уговорену интерну стопу повраћаја инвестиције (енг. *internal rate of return/IRR*) је значајно већа у односу на приходе које остварују финансијске институције на основу камата, маржи и осталих уговорених плаћања, и у зависности од индустрије, може се кретати у распону од 10 % до 19 %.

2. Пројектно финансирање

Као што се ни уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта не могу једноставно ни праволинијски дефинисати, једнака мањкавост прати и одређење пројектног финансирања.

⁷⁴⁰ J. Delmon (2011), 69.

У литератури⁷⁴¹ се могу пронаћи различита одређења овог модела финансирања, која су дале финансијске институције које се баве пружањем услуга пројектног финансирања. *Export-Import Bank of America*⁷⁴² одређује пројектно финансирање као финансирање пројеката које зависи од прихода који пројекат остварује, а из кога се врши измирење дуговања, на начин на који је уређено уговором. Пројекти се међу собом разликују по својој природи и ослањају се на велики број међусобно повезаних уговора којима се обезбеђује реализација пројекта. Уговорни односи морају бити избалансирани на начин да се ризици пребаце на ону уговорну страну која најбоље може да их сноси, а подела ризика мора да буде адекватна и да се заснива на фер расподели.

Званичну дефиницију пројектног финансирања дао је Базелски Комитет за надзор над пословањем банкарског сектора, у склопу правила „Базел II“, који пројектно финансирање одређује као метод финансирања, код кога финансијска институција која обезбеђује финансирање гледа пре свега приходе које остварује конкретан пројекат, а који представљају уједно и основни извор измирења задужења, али и само обезбеђење потраживања финансијске институције. Пројектно финансирање се најчешће обезбеђује за велике, комплексне и скупе инвестиционе пројекте који, примера ради, укључују изградњу енергетских постројења, хемијских постројења, експлоатацију рудника, изградњу транспортне инфраструктуре, изградњу телекомуникационе инфраструктуре, итд.⁷⁴³ Пројектно финансирање може да се обезбеди за финансирање изградње потпуно новог објекта, постројења, односно система, или за рефинансирање већ постојећих инфраструктурних пројеката, са или без елемената даљег техничко-технолошког унапређења, односно реконструкције. У оваквим пројектима, финансијска институција која обезбеђује финансирање се намирају једино или претежним делом из прихода који се остварује обављањем делатности, односно пружањем услуга – на пример, из накнаде која се плаћа за произведену електричну енергију. Корисник финансирања је најчешће друштво посебне намене које се оснива за конкретан пројекат и које не може да обавља ниједну другу делатност осим изградње односно реконструкције, управљања и одржавања објекта, постројења, односно система.⁷⁴⁴

Пројектним финансирањем се, дакле, обезбеђује финансирање дугорочних пројеката, у којима највећу вредност представља сам пројекат и очекивани приходи које би пројекат

⁷⁴¹ E. R. Yescombe (2014), 5-7.

⁷⁴² www.exim.gov – Home > Products > Loan Guarantee > Project & Structured Finance > Our Approach to Project Finance.

⁷⁴³ У свету финансијских институција које обезбеђују пројектно финансирање се истиче да пројектно финансирање почива на три стуба – природним изворима, енергетици и инфраструктурним пројектима.

⁷⁴⁴ Базелски Комитет за надзор над пословањем банкарског сектора, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards – A Revised Framework*, Bank for International Settlements, Basel 2005, 49, како је цитирано у извору: E. R. Yescombe (2014), 6.

требало да остварује током века трајања, а из којих ће се измиривати потраживања по основу кредитног задужења. Пројектно финансирање, у том смислу, премошћује класично кредитирање, за које није прихватљиво дуго чекање на почетак исплате задужења и прилично несигурна средства обезбеђења, која даје корисник кредита, који је друштво посебне намене основано за потребе конкретног пројекта, најчешће без било какве имовине и финансијске историје.

Типична обележја пројектног финансирања су следећа:⁷⁴⁵

(а) финансирање пројекта се обезбеђује кориснику кредита – пројектном друштву, које се оснива за потребе реализације конкретног пројекта,⁷⁴⁶

(б) финансирање се обезбеђује за потребе конкретног пројекта, који је економски одржив, финансијски исплатив и одвојен од осталих пројеката које реализују учесници у пројекту (енг. *ring-fencing*);

(в) пројекте обележава висок проценат пројектног финансирања у односу на капитално улагање (енг. *leverage* или *gearing*), у распону како је то горе приказано;

(г) оснивачи пројектног друштва не дају никакве (енг. *non-recourse financing*), или дају веома ограничене гаранције и неизвесна будућа средства обезбеђења (енг. *limited-recourse financing*);

(д) једину вредност пројекта чини сам пројекат, односно пројекција будућих прихода током века трајања пројекта, из којих пројектно друштво измирује своје кредитно задужење, што може да буде посебно деликатно код пројеката који се по први пут реализују, кад не постоје никакви упоредиви историјски нити тржишни параметри, и када се финансирање заснива искључиво на финансијским пројекцијама;

(ђ) пројектно друштво најчешће нема никакву имовину, која уобичајено служи као средство обезбеђења код класичних комерцијалних кредита, јер код велике већине ових пројеката објекат, постројење, односно систем све време остаје у власништву јавног субјекта, који није корисник кредита, а објекти, постројења, односно системи често подлежу посебном правном третману, као јавна својина;

(е) финансијске институције све време реализације пројекта врше наглашену контролу и надзор над извршењем уговора, и имају право да „интервенишу“ у пројекат, преузимајући извршење обавеза или управљајући пројектним друштвом док се тренутни проблеми не реше, а имају и право да замене приватног субјекта, односно пројектно друштво, другим приватним субјектом, који ће осигурати реализацију пројекта и измирење укупног задужења према финансијским институцијама, и

⁷⁴⁵ E. R. Yescombe (2007), 155; E. R. Yescombe (2014), 20.

⁷⁴⁶ Д. Ненезић, Б. Радуловић, 62-63.

(ж) пројектно финансирање је, по правилу, скупље од финансирања које би обезбедиле финансијске институције у комерцијалним условима, будући да је већа каматна стопа, односно веће марже банке, цена прихватања финансирања пројекта чија реализација траје неколико деценија, где не постоје реална, већ само будућа средства обезбеђења (приход пројектног друштва након отпочињања оперативне фазе пројекта, дакле, најчешће након неколико година изградње кад је пројекат финансијским институцијама чист трошак), а где намирење потенцијално може да буде угрожено не само ризицима пројекта, већ и променама на глобалном тржишту.

Све горе наведено указује на разлике⁷⁴⁷ и огромну изложеност финансијских институција у односу на комерцијално кредитирање код кога се: (а) испитује кредитна способност корисника кредита на основу његове историје плаћања, што је код пројектног финансирања немогуће јер је корисник кредита новоосновано друштво без кредитне и пословне историје, (б) кредит се даје у односу на реална средства обезбеђења (хипотека, залога), при чему вредност средстава обезбеђења треба да буде већа у односу на висину задужења у тренутку одобравања кредита, а овај однос зависи од висине кредита и рока отплате, док се код пројектног финансирања, финансирање одобрава у односу на будућа средства обезбеђења (будући приход пројектног друштва), а пројектно друштво не може да обезбеди реална средства обезбеђења, јер је, најчешће, све време трајања пројекта, њихов власник јавни субјект, који није корисник кредита, (в) кредитирање се одобрава у очекивању да ће корисник кредита дуго пословати, те да ће за овај или за друге пројекте моћи да се обезбеди додатно финансирање и/или рефинансирање, док код пројектног финансирања нема оваквих пројекција, јер је трајање пројектног друштва ограничено на рок трајања уговора, за чим, најчешће, следи његова ликвидација.

Пројектно финансирање има бројне предности:⁷⁴⁸ (а) омогућавање дисперзије ризика, (б) дугорочно финансирање, (в) очување кредитне способности пројектног друштва, и (г) ванбилансно вођење задужења по основу пројектног финансирања.

Имајући у виду околност да пројектно друштво по основу капиталног улагања, од својих оснивача, прибавља само мањи проценат средстава за реализацију пројекта, изводи се недвосмислен закључак да реализације пројекта нема без обезбеђивања пројектног финансирања. Међутим, из наведеног постаје јасније и због чега финансијери пројекта желе пуну контролу над реализацијом уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, као и надзор над извршењем сваког појединачног уговора који су закључили учесници у пројекту на различитим нивоима (уговор о набавци опреме, материјала и машина, уговор о извођењу радова на изградњи, уговори са подизвођачима, уговор о осигурању, и др.).

⁷⁴⁷ E. R. Yescombe (2007), 155.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, 121-123.

Отуда, напоредо са општим интересом, који представља каузу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, пројектно финансирање постаје основна тачка ослонаца пројекта те тако и комплетне архитектуре односа бројних учесника у пројекту, а заштита финансијских интереса, односно осигуравање извесности измирења обавеза пројектног друштва по основу задужења из пројектног финансирања, постаје основна детерминанта свих односа између учесника у пројекту, често односећи превагу и над општим интересом.

Пројектно финансирање има апсолутни приоритет у наплати, како током редовног пословања пројектног друштва, тако и у случају стечаја пројектног друштва.

3. Исплативост пројекта

Обезбеђивању пројектног финансирања обавезно претходи анализа исплативости пројекта (енг. *bankability study*), коју спроводе финансијери пројекта непосредно или, најчешће, ангажовањем стручних лица, у зависности од индустрије у којој се пројекат реализује. Основна сврха предметне анализе је испитивање финансијске одрживости и исплативости пројекта (енг. *project bankability*). За финансисјке институције, које су финансијери пројекта, ово је претходно питање будући да ће пројектно друштво измиривати обавезу по основу кредитног задужења из прихода који буде остваривало по основу обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса.

Анализа исплативости пројекта се спроводи најчешће након што је уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта већ закључен и кад је већ основано пројектно друштво.⁷⁴⁹ Ова анализа обухвата детаљну анализу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, студија на којима је пројекат заснован, финансијског модела на коме пројекат почива, као и свих уговора које је пројектно друштво закључило са другим учесницима у пројекту – на пример, уговора о извођењу радова на изградњи, уговора о управљању и одржавању, уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса, уговора о набавци опреме, материјала и машина, уговора са подизвођачима, као и испитивање свих претходних сагласности, дозвола, лиценци које је пројектно друштво исходovalo у циљу реализације пројекта, у свему у складу са уговореним роковима и стандардима квалитета.

Ова анализа обухвата пословну, комерцијалну, финансијску и техничку анализу, али и анализу ризика који прате конкретан пројекат, те расподелу ризика између јавног и

⁷⁴⁹ У пракси реализације уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта могући су и случајеви у којима финансијери пројекта узимају учешће у пројекту и у његовим раним фазама, на начин да финансијери пројекта бивају укључени у преговоре јавног и приватног субјекта, који претходе закључењу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, што суштински и материјално не утиче на природу њихових захтева у односу на јавног и приватног учесника у пројекту, јер је циљ финансијера пројекта увек једнак – максимизација исплативости пројекта, уз обезбеђивање што је могуће већег степена извесности наплате потраживања по основу одобреног финансирања пројектног друштва.

приватног субјекта. Што је већи број ризика пренет на приватног субјекта, односно на пројектно друштво, то је пројекат потенцијално више угрожен наступањем ових ризика, што га чини и потенцијално мање финансијски исплативим, јер се са пројектног друштва ови ризици, посредно, преносе на финансијске институције које обезбеђују финансирање.⁷⁵⁰

Анализа коју спроводе финансијери пројекта излази и изван оквира самог пројекта, и узима у разматрање и економске и финансијске прилике у држави у којој се пројекат реализује, оцењујући и процењујући читав спектар различитих чинилаца, и то, између осталог.⁷⁵¹ (а) кретање понуде и потражње за конкретним производом, односно услугом у прошлости, датом тренутку и пројекцијама понуде и потражње у будућности, током читавог века трајања пројекта, (б) демографске студије које имају непосредан утицај на понуду и потражњу, (в) раст цена на велико и на мало, цену енергената и стопу инфлације, што може да се одрази на укупне трошкове реализације пројекта, (г) просечну квалификованост радне снаге у регији у којој се пројекат реализује, као и просечне зараде и тренд раста зарада, будући да ови чиниоци могу да се одразе како на квалитет пројекта, тако и на укупне трошкове, (д) конкуренцију на тржишту уопште, а посебно у конкретном сектору у коме се пројекат реализује, и слично.

Додатно, финансијери пројекта оцењују и ефикасност државне управе и генерално правну сигурност у конкретној регији, области, односно држави, у којој се пројекат реализује, а пре свега тренд промене прописа, посебно прописа који уређују имовинско-правна питања, порезе, радноправна питања и област заштите животне средине, и ефикасност у поступању судова.

Уколико оцене да сви горе наведени елементи не потврђују исплативост пројекта, финансијери пројекта неће желети да се укључе у финансирање пројекта. Уколико, међутим, оцене да је пројекат на граничној линији исплативости, и да би, уз одговарајуће измене, могао да се учини финансијски одрживим и исплативим, приступа се преговорима о предложеним изменама уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, које, иако у њима нису непосредан учесник, суштински воде финансијери пројекта, на начин да они предлажу текст измена и допуна уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, а најчешће и свих других закључених уговора са трећим лицима, који су на различите начине укључени у реализацију пројекта. Преговори о изменама уговора на захтев финансијера пројекта су веома компликовани, будући да неретко воде отварању других раније прикривених тензија

⁷⁵⁰ J. Delmon (2011), 73-79.

⁷⁵¹ *Ibid.*, 75-76.

између јавног и приватног субјекта, и трају дуже време. У случају неуспеха преговора о изменама уговора, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта се раскида.⁷⁵²

4. Прибављање средстава пројектног финансирања на међународном финансијском тржишту

Према литератури⁷⁵³ и доступним подацима, убедљиво највећи проценат пројектног финансирања обезбеђују комерцијалне банке, са учешћем од око 90% у укупној вредности кредита датих за пројектно финансирање.

Осим комерцијалних банака које пружају услуге пројектног финансирања, подршку у обезбеђивању финансирања уговора који су предмет ове анализе пружају и међународне финансијске институције, као што су Међународна финансијска корпорација (енг. *International Finance Corporation/IFC*), Интер-америчка развојна банка (енг. *Inter-American Development Bank/IADB*), Азијска развојна банка (енг. *Asian Development Bank/ADB*), Европска банка за обнову и развој (енг. *European Bank for Reconstruction and Development/EBRD*), Европска инвестициона банка (енг. *European Investment Bank/EIB*).

Подршка коју пружају међународне финансијске институције увек има карактер „додатне“⁷⁵⁴ подршке будући да се пројекти који се реализују на основу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, првенствено и преовлађујуће финансирају из пројектног финансирања које обезбеђују комерцијалне банке.

Приказ вредности пројектног финансирања и најзаступљенијих комерцијалних банака у пројектима који су укључивали пројектно финансирање садржан је у Прилогу бр. 5 под називом „Вредност пројектног финансирања и главни учесници у обезбеђивању пројектног финансирања“.

5. Промене околности у извршењу уговора и њихов утицај на финансирање пројекта

Промене околности у извршењу уговора повезане су са: (а) (не)поступањем јавног и приватног субјекта у складу са уговором преузетим обавезама, које може да буде у вези са наступањем одређених ризика, али и не мора да буде нужно повезано, (б) наступањем ризика који су иманентни конкретном пројекту, који су описани у горњој Глави VIII, и (в) наступањем ризика који нису непосредно повезани са пројектом, а који могу да се одразе на

⁷⁵² Неуспех преговора о захтеваним изменама уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, на којима су инсистирали финансијери пројекта, био је разлог раскида уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта у домаћој Студији случаја 3, која је садржана у Прилогу бр. 1.

⁷⁵³ E. R. Yescombe (2014), 62-66.

⁷⁵⁴ E. R. Yescombe (2007), 316.

пројекат, на начин да отежају или онемогуће његову реализацију, о чему ће више детаља бити у Глави XVIII.

Све ове околности могу да утичу на финансирање тако што ће или потпуно онемогућити реализацију пројекта (што може да се догоди у случају наступања одређених политичких ризика) или могу утицати на одлагање започињања одређених фаза. Динамика извршења пројекта је, како смо то већ помињали, веома важна, јер се читав пројекат заснива на финансијској пројекцији, која је базирана на финансијском моделу који се ослања на уговорене рокове, како за извршење појединачних фаза, тако и за предузимање појединачних радњи унутар фаза. Свако одлагање ствара додатне трошкове, и у зависности од фазе у којој настаје, може на различит начин да се одрази на пројекат.

Одлагање у фази изградње новог, односно реконструкције већ постојећег објекта, постројења, односно система је повезано са двојаким ризиком. Оно пре свега утиче на настанак додатних трошкова (плаћање пенала, додатних плаћања за енергенте и зараде/накнаде лицима ангажованим на извођењу конкретних радњи за додатно време, итд.), што може да се одрази на укупан трошак изградње, за чије финансирање су и обезбеђена средства из пројектног финансирања, те као крајњи резултат може имати последицу да укупна одобрена средства пројектног финансирања нису довољна за реализацију фазе изградње. Додатно, одлагање извођења радова на изградњи утиче и на тренутак отпочињања оперативне фазе, од када пројектно друштво почиње да приходује (накнада се, како смо видели, плаћа само за обављену делатност, односно пружене услуге од општег интереса), што за крајњи ефекат има скраћење трајања оперативне фазе, и довођење у питање могућности измирења задужења по основу пројектног финансирања.

Одлагање у оперативној фази, с друге стране, најчешће је повезано са непланираним прекидом у обављању делатности, односно пружању услуга од општег интереса, што може да буде последица поправки или одржавања, које су, опет, најчешће, последица претеране уштеде пројектног друштва на текућим оперативним трошковима у циљу обезбеђења свог већег прихода у будућности, а што умањује накнаду из које се сервисира измирење обавеза по основу пројектног финансирања.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта могу да обезбеде одговарајуће механизме којима се последице наступања ових околности могу ублажити. Као најчешће уговоран механизам ублажавања наступања последица јавља се осигурање од наступања политичких ризика. Закључивањем уговора о осигурању врши се одговарајућа дисперзија ризика са пројектног друштва на осигуравајуће друштво. Уговарање осигурања има двојак ефекат. Позитиван ефекат дисперзије ризика путем уговарања осигурања огледа се у обезбеђивању веће одрживости пројекта. С друге стране, цена уговора о осигурању укључује се у вредност пројекта, значајно је увећавајућа, будући да што је пројекат већи,

вреднији и технолошки захтевнији, то је и премија осигурања коју треба да плаћа пројектно друштво већа.

Као додатни механизам обезбеђивања ублажавања наступања последица неочекиваних околности може се уговорити отварање посебних рачуна (енг. *escrow accounts*), на којима се чува уговорени проценат вредности пројекта, који је дужан да обезбеди јавни субјект, а која средства ће се користити само у случају настанка неочекиваних додатних трошкова у фази изградње.

Уз наведено, од јавног субјекта се може захтевати и давање гаранција којима се полаже обезбеђење за обавезу пројектног друштва⁷⁵⁵ (државна гаранција⁷⁵⁶), издавање меница јавног предузећа (најчешће праћено и захтевом за издавање државне гаранције), издавањем меница јединица локалне самоуправе, што је могуће, али у конкретном случају зависи од ограничења која произлазе из јавног дуга,⁷⁵⁷ закључивањем „уговора о подршци“ (енг. *support agreements*), којима се обезбеђује плаћање у случају да тарифе у складу са којима се врши плаћање за обављену делатност, односно пружене услуге од општег интереса, нису такве вредности да би могле да обезбеде измирење задужења пројектног друштва по основу пројектног финансирања, и др.

6. Синдицирани кредити

Како је вредност пројекта који се реализују на основу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће веома велика, ретки су случајеви у којима само једна финансијска институција може да обезбеди целокупно пројектно финансирање. Тада се приступа удруживању банака (енг. *syndication*), чиме се, практично, и међу финансијским институцијама врши дисперзија ризика пројектног финансирања.⁷⁵⁸ Ефекат удруживања

⁷⁵⁵ Јавни субјект може да пружи гаранцију за пројектно друштво само под условом да је он један од оснивача пројектног друштва. Овакав захтев се, отуда, најчешће среће код оснивања заједничког пројектног друштва. У пројектима у којима пројектно друштво самостално оснива приватни субјект, критеријум „вредности за новац“ најчешће не може да оправда и подржи захтев за полагањем средстава обезбеђења од стране јавног субјекта.

⁷⁵⁶ *State Guarantees in PPP, A Guide to Better Evaluation, Design, Implementation and Management*, European PPP Expertise Centre (ЕРЕС), Мај 2011.

⁷⁵⁷ Д. Ненезић, Б. Радуловић, 66-67.

⁷⁵⁸ Синдицирани кредити су настали крајем 50-их и почетком 60-их година XX века у Великој Британији. У почетку су овом виду финансијског удруживања прибегавале мале комерцијалне банке, које нису имале могућности да финансирају вредније пројекте. Тржиште синдицираних кредита се од тада мењало, растао је значај овакве врсте финансирања, тако да се средином 90-их година XX века формира секундарно тржиште синдицираних кредита. Синдицирани кредити се, по правилу, користе за финансирање вреднијих инвестиционих пројеката, најчешће оних са обележјима иностраности. Правила закључења синдицираних кредита која су се формирала кроз праксу закључења ових уговора и сада су садржана у одговарајућим моделима уговора које је израдило Удружење тржишта кредита (енг. *Loan Market Association/LMA*). *LMA* модели синдицираних кредита, који данас представљају стандард у закључивању оваквих уговора, настали су као производ вишегодишње праксе преговарања ових уговора, на чијем раду су били ангажовани удружења банака, бројни корисници кредита и водећи адвокати. Ови модели уговора садрже типичне одредбе, али су уједно намерно остављени да буду довољно флексибилни и прилагодљиви специфичностима сваког појединачног пројекта. Уговарају се увек према енглеском праву.

банака у обезбеђивању финансирања огледа се у јединственом уговору о кредиту, који закључују две или више банака у својству зајмодавца, које одобравају кредит једном кориснику – пројектном друштву.

Главну улогу у том процесу има банка аранжер која управља овим процесом, организује и структурише кредитно финансирање, ослањајући се на информације и документацију коју јој доставља приватни субјект, односно пројектно друштво. Банка аранжер, на основу анализе целокупне достављене јој документације, припрема документ који садржи податке о пројекту, пројектном друштву, оснивачима пројектног друштва и њиховом искуству у реализацији сличних пројеката, резиме уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, финансијски план, пресек укупних трошкова пројекта, анализу ризика, финансијску анализу и детаљан план отплате кредита.⁷⁵⁹ Овај документ се доставља банкама које су показале заинтересованост да учествују у поступку одобравања кредита пројектном друштву, како би оне, након анализе целокупне достављене документације, донеле одлуку о томе да ли желе да учествују у финансирању пројекта, а документ се доставља и оснивачима пројектног друштва.

Банке које одлуче да учествују у финансирању, тада, заједно са другим учесницима у финансирању – међународним финансијским институцијама, најчешће, приступају закључењу уговора који уређује њихове међусобне односе (енг. *intercreditor agreement*). Овај уговор уређује начин и редослед повлачења средстава од стране пројектног друштва, усклађује рокове доспелости кредита које дају раличите финансијске институције, редослед намирења банака, односно њихово рангирање и субординацију (енг. *subordination*) у односу на дата средства обезбеђења, начин доношења одлука финансијских учесника у пројекту у вези са одређеним питањима (на пример, одустајање од одређених захтева према пројектном друштву, активирање средстава обезбеђења, и слично).⁷⁶⁰

Пројектно финансирање, као што смо то већ напоменули, није праћено реалним средствима обезбеђења (хипотеке на непокретној имовини/залога на покретним стварима и слично), већ извор из кога пројектно друштво обезбеђује измирење обавезе по основу пројектног финансирања истовремено служи и као средство обезбеђења. Тако, као типична средства обезбеђења код пројектног финансирања, те тако и код синдицираних кредита којима се обезбеђује финансирање пројекта, срећу се:

(а) уговор о уступању потраживања пројектног друштва према јавном субјекту (енг. *assignment receivables agreement*) у погледу будуће накнаде коју ће јавни субјект бити дужан да му исплати за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса. Уговор о уступању потраживања пројектног друштва закључују пројектно друштво и

⁷⁵⁹ E. R. Yescombe (2007), 133.

⁷⁶⁰ J. Delmon (2011), 144.

финансијери пројекта, а њиме пројектно друштво унапред уступа финансијерима пројекта свој једини или претежан део прихода, односно овим уговором, пројектно друштво врши уступање будућег потраживања. У тренутку кад се закључује уговор о уступању потраживања, накнада која треба да припадне пројектном друштву још увек не постоји, будући да ће пројектно друштво накнаду остварити тек кад почне да обавља делатност, односно да пружа услуге од општег интереса. То, практично, значи да пројектно друштво закључењем овог уговора врши уступање свог права које је уговорено уговором о сарадњи са јавним субјектом, у корист финансијера пројекта;

(б) залога на будућем потраживању пројектног друштва према јавном учеснику у пројекту (енг. *receivable pledge agreement*). Ово средство обезбеђења иде руку под руку са уговором о уступању потраживања пројектног друштва према јавном субјекту. Иако се ови уговори закључују „у пакету“ и представљају обавезно захтевано средство обезбеђења финансијера пројекта, овакав захтев финансијера пројекта отвара и одређена теоријска и практична питања. Наиме, у случају кад пројектно друштво уступи своје будуће потраживање, закључењем уговора о уступању, за које се не захтева пристанак јавног субјекта, будући да се овим мења поверилац, а не дужник, оно више није титулар права из уговора, односно њему више не припада будуће потраживање према јавном субјекту будући да је оно закључењем предметног уговора прешло на финансијере пројекта. Отуда је дискутабилно како се онда може установити залога на будућем потраживању, будући да се залога може установити на предмету/праву које је у власништву пројектног друштва, што будуће потраживање више није, јер је уговором већ уступљено финансијерима пројекта. Отуда, иако се ова два уговора закључују паралелно и представљају се као „пакет обезбеђења“, аутор је мишљења да се ова два средства обезбеђења међусобно искључују и да би извршење залогe над будућим правом било проблематично услед наступања конфузије – будући да су се у једном истом субјекту стекли и заложни поверилац и заложни дужник;

(в) отварање рачуна код финансијске институције/институција које су пројектном друштву одобриле средства по основу пројектног финансирања, како би се финансијске институције могле непосредно наплатити у случају да пројектно друштво не изврши своју обавезу о доспелости;

(г) отварање рачуна посебне намене (енг. *escrow agreement*) на коме пројектно друштво увек мора да држи одређени износ новца као обезбеђење финансијера пројекта, уз обавезу да, ако се део новца повуче са тог рачуна услед активирања обезбеђења у корист финансијера пројекта, пројектно друштво има обавезу да надомести, тј. уплати на овај рачун разлику у износу, до пуног уговореног износа обезбеђења на овом рачуну, и

(д) директни уговор, коме је због његовог значаја, али и бројних контроверзи које отвара, посвећена посебна пажња у Глави XXIII.

Једно од веома важних обележја пројектног финансирања је и право банака које учествују у обезбеђивању финансијских средстава за финансирање пројекта да, у било ком тренутку док се кредит тој банци у целости не исплати, изврши уступање свог потраживања (*цесија*) у односу на другу финансијску институцију по њеном избору. Јавни субјект остаје ван односа банака које учествују у финансирању пројекта.

Глава XVIII

ОСТАЛИ РИЗИЦИ ПОВЕЗАНИ СА УГОВОРИМА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА ОД ЗНАЧАЈА ЗА ИЗВРШЕЊЕ ОБАВЕЗА УГОВОРНИХ СТРАНА

На уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта током века трајања пројекта могу да утичу бројни ризици. Ризици се могу поделити у две групе: (а) ризици који су иманентни конкретном пројекту, на које уговорне стране могу посредно или непосредно да утичу, односно у односу на које уговорне стране, у зависности од природе ризика, могу да предузму мере, било у циљу предупредивања наступања ризика или у циљу умањења последица у случају наступања ризика; и (б) ризици који нису иманентни пројекту, већ имају шири контекст, нису под контролом, нити утицајем ниједне уговорне стране, и у односу на које уговорне стране, најчешће, нису у могућности да предузму мере у циљу предупредивања настанка ризика, односно умањења последица наступања ризика. Прва група ризика непосредно повезана са реализацијом пројекта приказана је у горњој Глави VIII, где је дат детаљнији приказ ризика који прате техничко-оперативну реализацију готово сваког пројекта, и у односу на које се у сваком конкретном пројекту прави адекватна процена, а ризик на себе прихвата онај учесник у пројекту, за кога се сматра да ће брже, лакше и ефикасније моћи да се носи са конкретним ризиком, у случају да исти наступи, као и да ће користити оптималне начине и инструменте превазилажења ризика, односно умањења штетних последица њиховог наступања. Друга група ризика додатно је предмет анализе и процене у контексту пројектног финансирања, кад финансијери пројекта, поред ризика који су непосредно повезани са извођењем пројекта, анализирају и процењују и ширу палету ризика, који могу да се одразе на динамику и квалитет извршења обавеза уговорних страна, а пре свега обавеза пројектног друштва према финансијерима пројекта.

1. Промена цена на међународном тржишту

Промена цена на међународном тржишту може значајно да утиче на трошкове пројекта, те тако и на укупну исплативост инвестиције.⁷⁶¹ Када се говори о промени цена на међународном тржишту, пре свега се мисли на промену цене енергената, примарно нафте, чија промена цене ланчано утиче и на промену других цена. За инфраструктурне, а посебно за енергетске пројекте, пре свега, за пројекте изградње нафтовода или гасовода, веома је

⁷⁶¹ Ian Cooper, Evi Kaplanis, „Home Bias in Equity Portfolio, Inflation Hedging and International Capital Market Equilibrium“, *The Review of Financial Studies* 1/1994, 46-48; F. Blanc-Brude, R. Strange, 97-103.

важна и цена челика.⁷⁶² Наступање промена на међународном тржишту се донекле може предвидети и пројектовати, али имајући у виду дужину трајања ових пројеката и разноликост фактора на глобалном тржишту, који могу да утичу на промену цена, овај ризик се не може искључити, већ се може само делимично ублажити и то кроз одговарајуће пројекције промене цена на међународном тржишту, које би могле да буду од утицаја на пројекат, и одговарајуће „резервације“ за ову намену у финансијском моделу конкретног пројекта.

2. Промене прописа у земљи у којој се оснива пројектно друштво

Ризик промене прописа⁷⁶³ најчешће се везује за оне секторе у којима се цене производа, односно услуга не формирају слободно, већ се ради о регулисаним ценама, које су уређене одговарајућим тарифама, па овај ризик у пракси најчешће преузима на себе јавни субјект.⁷⁶⁴ Области у којима је уобичајено регулисано формирање цена, готово у свим јурисдикцијама на свету су, индустрија производње воде, производња електричне енергије из конвенционалних или обновљивих извора енергије, одређивање износа путарине, аеродромских такси и слично. У случају промене прописа који уређују начин, односно висину цене производа, односно услуге, у пракси се може догодити да пројекат постане неисплатив и то на начин, не само да не обезбеђује никакву зараду приватном субјекту, већ онемогућава пројектно друштво да измирује своје обавезе по основу кредитног задужења.

Овим ризиком се, у поређењу са осталим ризицима који су приказани у овој Глави, може боље управљати, утолико што се губитак који трпи пројектно друштво, услед наступања овог ризика, може пребацити на терет крајњих корисника услуга, што ће за последицу имати повећање цена производа, односно услуга које плаћају крајњи корисници. У одређеним врстама пројеката ово је у целости могуће постићи – на пример, у концесионим пројектима, услугу непосредно плаћају крајњи корисници услуга, а будући да одређена тарифа важи за све који се баве овом врстом делатности, не постоји ризик ни да ће се клијенти услед повећања цене коју плаћају одређивати за алтернативне системе.

Међутим, у одређеним делатностима и другим моделима уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта нема оваквих погодности⁷⁶⁵ те се проблем овог ризика мора решавати у

⁷⁶² Турбуленције на међународном тржишту и енормно повећање цене челика се у широј јавности наводило и као један од, свакако не и једини, разлог за одлуку „Газпрома“ да одустане од реализације пројекта „Јужни ток“.

⁷⁶³ J. Delmon (2009), 136; Yongjian Ke *et al.*, „Preferred risk allocation in China’s public-private partnership (PPP) projects“, *International Journal of Project Management* 5/2010, 488-489.

⁷⁶⁴ P. X.W. Zou, Sh. Wang, D. Fang, 132-133.

⁷⁶⁵ Један од примера у којем је у домаћим условима дошло до значајних проблема у реализацији пројеката, због чега је значајан број пројеката изградње постројења за производњу електричне енергије из обновљивих извора енергије (ветропаркови, соларни паркови, системи за прераду биомасе) пропао, је била промена *Feed-In* тарифе, према којој је, након започињања низа пројеката, тарифа промењена на начин да је угрозила комплетну инвестицију, будући да је

директним преговорима јавног и приватног субјекта, на пример, кроз уговарање механизма корекције цене, коју кроз накнаду за обављање делатности, односно пружање услуга јавни субјект треба да исплати приватном субјекту. Такође, изложеност ризику је различита у зависности од дужине трајања пројекта, тако да се у дугорочним уговорима у којима прети опасност од наступања овог ризика уговором треба предвидети могућност промене висине накнаде у складу са ефектима промене прописа на одрживост инвестиције.

3. Политички ризици

Под политичким (државним) ризицима⁷⁶⁶ се, традиционално, подразумевају следећи ризици: (а) ризик грађанског рата или избијања ратног сукоба који нема обележја грађанског рата, (б) ризик национализације, експропријације или каквог другог одузимања имовине, (в) ризик инфлације, (г) ризик наметања економских санкција, (д) ризик прекида дипломатских односа, посебно у пројектима који укључују страни елемент, (ђ) ризик нестабилности финансијског система, рањивости платног промета и система девизног пословања, (е) ризик оспоравања закљученог уговора од стране надлежног јавног правобраниоца, и др. Ови ризици, шире посматрано, укључују и ризик промене прописа и то, пре свега, оних који уређују радноправна питања, порезе и екологију, будући да промене конкретно наведених прописа могу да доведу до значајној увећања трошкова пројекта, који нису планирани, нити пројектовани у финансијском моделу на коме почива конкретан пројекат.⁷⁶⁷

Политички ризици се не могу избећи, осим одлуком да се не врше инвестиције у одређеним државама или да се изврши репатријација уложених средстава, ако пројекат дозвољава такву могућност. Њих донекле може ублажити осигурање, али осигурање које се нуди за ову врсту ризика најчешће не покрива све, већ веома селектоване политичке ризике, при чему је премија осигурања која се плаћа изузетно висока, посебно у случајевима кад је извесност наступања политичког ризика значајна.

цена по којој јавни субјект има обавезу да откупи енергију коју је пројектно друштво произвело из обновљивих извора енергије, значајно умањења у односу на тарифу која је била применљива у тренутку отпочињања пројекта, доношења позитивне студије о изводљивости пројекта и оцене пројекта финансијски исплативим. Као други интересантан пример из домаће праксе може се навести пример умањења регулисане цене лекова и медицинских средстава након закључења уговора о пружању услуга са неколико приватних здравствених установа, које пружају одређене врсте здравствених услуга, при чему је накнада коју је јавни субјект плаћао приватним субјектима била фиксирана, а такви уговори били на доњој граници исплативости, а у одређеним случајевима су били и потпуно неисплативи приватним субјектима, с тим да је једина, ако се тако може рећи, позитивна околност била та да су, с обзиром на свој предмет и врсту уговора који су били закључени, конкретни уговори били закључени на краћи временски период.

⁷⁶⁶ *Project Finance, Introductory Manual on Project Finance for Managers of PPP Projects, Version I – National Treasury/PPP Manual, January 2001, 26, доступно на: http://www.gcsolutions.ir/fa/images/pdf/Project_Finance_Manual.pdf - 28.4.2015.*

⁷⁶⁷ Gregory Clare, Ira W. Gang, „Exchange Rate and Political Risk, Again“, *Emerging Markets Finance Trade* (July/August 2010), 3-15.

4. Инфлаторни ризик

Инфлаторни ризик се најчешће не приказује као одвојен ризик, већ као један од политичких ризика, будући да је он тесно повезан са државом којој припада јавни субјект, на чијој се територији спроводи пројекат.⁷⁶⁸ Инфлаторни ризик се везује за промену вредности валуте у којој се врши плаћање производа, односно услуга. Наиме, током века трајања пројекта, односно током извршења уговора, може се догодити да стопа инфлације премаша пројектовану стопу из финансијског модела, на коме је заснован конкретан пројекат који се реализује, што се нужно одражава на цену производа, односно услуге.

У вези са начином управљања овим ризиком могуће је уговорити један од следећих механизма: (а) финансијски модел уговора, на коме се заснива вредност пројекта, односно у складу са којим се пројекат реализује, може, као обавезан елемент, да предвиди и одговарајућу формулу, која ће укључити и калкулацију промене вредности валуте, (б) уговорне стране могу унапред уговорити фиксну цену производа, односно услуге, односно фиксну цену накнаде коју ће јавни субјект исплаћивати пројектном друштву током читавог века трајања пројекта, уз уговарање могућности мањих корекција цене, које би уговор чиниле исплативим за обе уговорне стране, и (в) уговорне стране могу уговорити и укупно смањење трошкова пројекта, које неће угрозити његову реализацију, али ће пројекат учинити одрживим и комерцијално исплативим свим учесницима у пројекту.

5. Валутни ризик

Валутни ризик, такође, не представља врсту ризика који је уско повезан са одређеном врстом делатности. Једнако као и инфлаторни ризик, овај ризик може да погоди сваки пројекат у коме се у својству учесника у пројекту, на различитим нивоима и у различитом својству, појављују субјекти различите државне припадности, а у случају пројектног финансирања овај ризик је још израженији, утолико што се слободна финансијска средства, којима се обезбеђује финансирање пројекта, због вредности пројекта која отежава могућност финансирања само из једног извора, по правилу, прибављају на међународном финансијском тржишту, а као валута задужења пројектног друштва се одређује валута која није национална валута државе припадности пројектног друштва.

Валутни ризик, тако, директно погађа трансакције са правним субјектима који су са пројектним друштвом закључили уговоре у иностраној валути⁷⁶⁹ – на пример, уговоре са

⁷⁶⁸ *Project Finance, Introductory Manual on Project Finance for Managers of PPP Projects*, Version I – National Treasury/PPP Manual, January 2001, 27.

⁷⁶⁹ E. R. Yescombe (2007), 171-173; такође, *Project Finance, Introductory Manual on Project Finance for Managers of PPP Projects*, 27.

добављачима опреме, репроматеријала, сировина, уговоре са финансијерима пројекта, али директно дотиче и оперативне трошкове, односно капитална улагања.

У пракси су веома ретки пројекти у којима се не проблематизује валутни ризик. Као примери таквих пројеката могу да послуже концесиони пројекти изградње ауто-путева, лука или аеродорома, у којима корисници услуга плаћају путарину, односно лучке тј. аеродромске таксе у иностраној валути. Међутим, велика већина ових пројеката познаје валутни ризик. Валутни ризик се у оваквој врсти пројеката готово не може искључити, те се управљање ризиком практично своди на уговарање механизма за амортизацију последица наступања овог ризика.

У пракси закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешћи су следећи механизми: (а) закључивање хедџинг уговора (енг. *hedging agreements*) између пројектног друштва и његових добављача, односно пројектног друштва и финансијера пројекта, (б) споразум јавног и приватног субјекта да се део накнаде коју јавни субјект исплаћује пројектном друштву исплаћује у иностраној валути, што се обавезно уређује уговором, или (в) периодично уговарање измена висине накнаде коју јавни субјект исплаћује пројектном друштву за обављање делатности, односно за пружање услуга, а којима се врши „корекција“ диспаритета у вредности производа, односно услуге изазваних колебањем валуте.

6. Тржишни ризик

Тржишни ризик (ризик потражње)⁷⁷⁰ није уско повезан са одређеним врстама индустрије, већ може да погоди готово сваки пројекат.⁷⁷¹

На обављање одређене делатности, односно пружање услуга, њихову цену и услове под којима се обављају, могу да утичу различити чиниоци, који нису под контролом, односно посредним или непосредним утицајем уговорних страна.⁷⁷² Тако, на пример, иницирање сличног пројекта од стране другог јавног субјекта, који није управно, односно организационо повезан са јавним субјектом у пројекту који је већ започет, може да доведе до пада потражње за одређеном врстом делатности, односно да доведе до поделе тржишта, што се директно одражава на пласман конкретног производа, односно услуге. Затим, повећање цене енергента, који се користи у производњи одређеног производа, односно

⁷⁷⁰ J. Quiggin (2004), 55.

⁷⁷¹ *Project Finance: Introductory Manual on Project Finance for Managers on PPP Projects, Version 1*, 27; Elisabetta Iossa, David Martimort, „The Simple Micro-Economics of Public-Private Partnerships“, *Economics and Finance Series, Working Paper No. 09-03*, January 2009, 20-25, доступно на: <http://v-scheiner.brunel.ac.uk/bitstream/2438/3459/1/0903.pdf> - 28.4.2015.

⁷⁷² Timo Väilä, „How expensive are cost savings? On the economies of public-private partnerships“, *EIB Papers* 1/2005, 106.

услуге, еколошки захтеви или еколошки догађаји, који утичу на квалитет производа, односно услуге, могу да доведу до потпуног престанка потражње за одређеним производом, односно услугом. Општи пад животног стандарда у одређеној области, региону па чак и држави, може да доведе до тога да је становницима одређене територијалне јединице јефтиније да путују у другу област, регију па чак и државу, ради куповине одређеног производа, односно услуга. Здравствени фонд одређене државе може да закључи уговор о упућивању пацијената једне државе на лечење у другу државу о трошку социјалног осигурања, те се може догодити да тај уговор још увек буде на снази у тренутку када је на основу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта изграђена савремена болница која пружа здравствену услугу због које пацијенти путују у другу државу – ако здравствену услугу у новоизграђеном центру пацијенти треба да плате пружаоцу услуга, њима је, у случају да је и даље на снази уговор фондова за здравствено осигурање јефтиније да путују у другу државу, будући да трошак лечења не носе они, већ национални фонд.

Тржишни ризик⁷⁷³ се може донекле (са становишта процене конкурената који пружају исту делатност и пројекције кретања њиховог тржишног учешћа), али не у целости предвидети (листа околности које могу да утичу на пад потражње је дуга и разнолика), али уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта може да предвиди одређене механизме који ће, ако не предупредити настанак ризика, онда барем значајно амортизовати последице његовог наступања.

Као најтипичнији уговарани механизми заштите се предвиђају: (а) откуп целокупног портфеља/контингента/асортимана производа, односно услуга од стране јавног субјекта, (б) гаранција минималне цене по којој ће јавни субјект откупити одређени, гарантовани, контингент производа, односно услуга, (в) резервација капацитета унапред по систему „преузми или плати“, и др.

7. Промена технологије

У зависности од врсте делатности која ће се обављати, односно врсте услуга које су предмет пројекта, које ће пружати пројектно друштво, промена технологије током трајања уговора може да представља значајан проблем у остваривању комерцијалних, економских и финансијских ефеката, на које су рачунале уговорне стране у тренутку закључења уговора, али и финансијери пројекта који су обезбедили финансирање.⁷⁷⁴

Ризик промене технологије се огледа у томе да, током трајања пројекта, односно током извршења уговора, технологија која је у тренутку започињања пројекта била изузетно

⁷⁷³ J. Delmon (2009), 139.

⁷⁷⁴ E. Iossa, D. Martimort, 29.

напредна, застари током спровођења уговора, те да се крајњи корисници услуга, у случају да имају могућност избора, одреде за другог субјекта, који обавља исту делатност, односно пружа исту врсту услуге, чије су технологије напредније, а самим тим је и квалитет производа, односно услуге, који уживају крајњи корисници услуга већи.⁷⁷⁵

Имајући у виду да се уговори који су предмет ове анализе закључују на дужи временски период, извесност наступања овог ризика код одређених врста делатности драматично расте и прети да угрози исплативост пројекта, на шта су посебно осетљиви финансијери пројекта.

Ризик промене технологије није карактеристичан за све пројекте који се реализују кроз тесну сарадњу јавног и приватног субјекта. Овај ризик, тако, није тесно повезан са пројектима изградње школа, стадиона, путева, мостова, лука, аеродрома, железница или затвора, будући да ове врсте пројеката прати мање-више глобално прихватљива технологија и стандарди, како изградње, тако и, касније, самог обављања делатности, односно пружања услуга. С друге стране, овај ризик има далеко већи значај и тежину у пројектима војне индустрије, који се често остварују на основу међународних уговора, пројектима изградње напредних научноистраживачких центара, огледних или уско специјализованих болница.

Будући да је наступање овог ризика потпуно ван контроле уговорних страна, односно финансијера пројекта јер је унапређење технологије ствар глобалне научно-технолошке, али и економске утакмице, овај ризик је готово немогуће контролисати, али уговорне стране могу да у уговору о сарадњи предвиде одговарајуће механизме умањења наступања овог ризика, кроз: (а) допуштене варијације у вези са унапређењем пројектног задатка, (б) допуштене варијације цена, (в) постављање захтева у вези са побољшањем начина обављања делатности, односно пружања услуга, што све утиче на то да овај критеријум постане колико-толико конкурентан напреднијој технологији.

Будући да је овај ризик веома тешко контролисати, велике инвестиционе пројекте ове врсте праћене ризиком промене технологије најчешће предузимају економски моћне државе, које бирају овакве пројекте најчешће због своје лидерске позиције на одређеном тржишту производа, односно услуга, али и због своје способности и, пре свега, финансијске моћи да другим погодностима подстакну приватне инвеститоре да се одреде да узму учешће у оваквим пројектима.

Други механизам који може да користи приватни субјект у оваквим пројектима је да уговором обезбеди да целокупан портфељ/асортиман производа, односно услуга, по уговореној цени, откупљује јавни субјект који, коришћењем своје економске моћи, односно позиције на релевантном интерном, регионалном или међународном тржишту, треба да

⁷⁷⁵ А. Boussabaine, 297.

пласира одређени производ, односно услугу, чиме се ризик са приватног субјекта у целости преноси на јавног субјекта.

8. Процена и управљање ризицима

Као што је то било наведено код сваког од ризика који спадају у групу ризика на које јавни и приватни субјект могу да имају утицаја, процена ризика коју врше финансијери пројекта се заснива, пре свега, на континуираном упоредном праћењу параметара, који могу да дају предикцију извесности наступања ризика на глобалном, регионалном или националном нивоу, тржишних кретања, политичких утицаја и слично, на основу чега финансијери пројекта превасходно доносе одлуку да ли ће се уопште упустити у одређене пројекте, а ако одлуче да то учине, искористиће, уз веома конзервативан приступ, могућности које им њихова улога у реализацији ових пројеката даје. У том смислу, финансијери пројекта ће настојати да, у мери у којој је то могуће, обезбеде да се ризици који примарно падају на терет пројектног друштва, даље дисперзују, односно пренесу на друга лица која ће преузети претежан део тог ризика – крајње кориснике услуга, подизвођаче, осигураваче, а онда кад то није могуће, директно ће захтевати од јавног субјекта да преузме значајан део овог ризика, условљавањем свог учешћа у пројекту.

Уз изузетак ризика чије се наступање тешко може предвидети и који могу имати тешке последице на пројекат, у највећем броју случајева уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, како је то наведено појединачно код ризика који су обрађени у овом поглављу, уређују механизме који омогућавају опстанак пројекта и одлажу раскид уговора због промењених околности.

Глава XIX

ОСИГУРАЊЕ КАО ОБАВЕЗАН ЕЛЕМЕНТ УГОВОРА О САРАДЊИ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА

Један од обавезних елемената уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта је и осигурање.⁷⁷⁶

Захтев за осигурањем поставља се из неколико разлога:⁷⁷⁷ (а) вредности пројекта који се реализује,⁷⁷⁸ (б) дужине трајања пројекта, (в) природе ризика који су повезани са конкретним пројектом, технологијом која се примењује у пројекту, учесницима у његовој реализацији и са њима повезаним лицима, (г) захтевима финансијера пројекта који обезбеђују екстерно финансирање (пројектно финансирање).⁷⁷⁹

Захтев за обезбеђивањем осигурања је уобичајен не само код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта који укључују пројектовање и изградњу новог, односно реконструкцију тј. техничко-оперативно унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, за које је, због њихове комплексности и укључења значајног броја учесника у реализацију пројекта осигурање услов *sine qua non* пројекта, већ и код пројеката који не укључују дуготрајан поступак изградње већ, примера ради, само пружање услуга или управљање објектом, постројењем, односно системом. Оно што представља разлику између ових пројеката је, пре свега, врста ризика који се осигуравају, те, с тим у вези, и врста и конкретна подврста, односно линија осигурања.

У уговорима који садрже одредбу којом се предвиђа оснивање пројектног друштва, уобичајено је да се захтева да уговор о осигурању закључује пројектно друштво, будући да се предметно друштво оснива ради реализације пројекта, чиме се на једном месту обједињује осигурање од различитих врста ризика, укључујући овде и ризике повезане са спонзорима, односно оснивачима пројектног друштва, уместо да се врши дисперзија ризика на неколико одвојених учесника у пројекту, који би се осигуравали код различитих осигуравача у односу на различите врсте ризика. Овакав приступ обезбеђује, осим горе наведене кохезије учесника у пројекту, и додатне користи које су у вези са самим осигурањем. Наиме, осигурање се најчешће обезбеђује код једног осигуравајућег друштва,

⁷⁷⁶ Donna Hunt, Valerie Onderka, „Insurance Considerations in Public-Private Partnership projects“, 204, доступно на: http://www.michaelbradydesign.com/Transfer/ACEC%20files/PPP/Ch_7_Hunt_1st_round.pdf - 28.4.2015; Alexander A. Boni-Saenz, „Public-Private Partnerships and Insurance Regulation“, *Harvard Law Review* 5/2008, 1367-1386.

⁷⁷⁷ Istemi Demirag *et al.*, *Public Private Partnership Financier's Perception of Risks*, The Institute of Chartered Accountants of Scotland 2010, 23-32.

⁷⁷⁸ И у уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта мање вредности обавезно се среће одредба о осигурању.

⁷⁷⁹ Christopher Hood, Peter Miller, „Public Service Risks: What's Distinctive and New“, *Risk and Public Service*, ESRC Public Service Programme, Oxford 2009, 3; такође: J. Vincent, „Managing risk in public services: a review of the international literature“, *International Journal of Public Sector Management* 2/1996, 57-64.

које има потребну репутацију и адекватан самопридржај, чиме се смањује ризик од недовољне покривености ризика, односно пропуштања осигурања одређеног ризика, или од двоструког или вишеструког осигурања једног истог ризика, што су најчешћи могући сценарији у случају кад јавни и приватни субјект сами обезбеђују осигурање закључењем појединачних уговора са осигуравајућим друштвима.

Осим овог разлога, пре свега, практичности и свеобухватности, финансијери пројекта могу да имају и додатне захтеве у погледу осигурања. У пракси спровођења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, једна од најчешћих измена уговора на захтев финансијера пројекта, односи се управо на осигурање. Захтеви финансијера пројекта могу да буде веома различити, од којих неки могу да дубоко задиру у однос уговорних страна. Као један од примера уобичајеног захтева финансијера пројекта, који има ефекат радикалног уплива у однос уговорних страна и преиспитивања сврхе закључења уговора о осигурању, истиче се захтев финансијера пројекта да, у случају наступања ризика и настанка штете, претежан део накнаде штете, коју је осигуравајуће друштво исплатило пројектном друштву, пројектно друштво одмах исплати финансијерима пројекта, на њихов захтев онда кад је то према њиховом нахођењу оправдано и потребно, чиме пројектно друштво из средстава накнаде штете, које треба да стави у функцију поновног започињања обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, исплаћује дуг по основу кредитног задужења,⁷⁸⁰ па тек онда ставља поново у функцију оштећени објекат, постројење, односно систем.

Овај захтев финансијера пројекта, који се често среће у пракси и који је најчешће камен спотицања у преговорима са јавним и приватним субјектом, односно са пројектним друштвом, ставља под знак питања сврху осигурања, из разлога што накнада штете коју исплаћује осигуравајуће друштво треба да покрије трошкове поправке и поновног враћања у погон објекта, машине или било ког дела система на коме је штета наступила, а не да служи извршењу обавеза по основу пројектног финансирања. Пројектно друштво, већ самом околношћу наступања осигураног ризика и настанка штете трпи, не само штету која је настала у вези са физичким оштећењем предмета осигурања, већ и штету у смислу немогућности да предмет осигурања буде у функцији обављања одређене делатности, чиме настаје друга врста штете по јавног и приватног субјекта, односно пројектно друштво, те се отуда, овај захтев финансијских институција може оценити као претеран и као изразит инструмент условавања, заснован на доминантној улози финансијских институција и њиховом злоупотребом игре моћи.

⁷⁸⁰ E. R. Yescombe (2007), 216. Оваква врста захтева представља једну од могућих опција контроле пројектног друштва које покушавају да наметну финансијске институције које обезбеђују финансирање (енг. *Head for the Hills Option*).

На који начин ће се решити предметни спор узмеђу спонзора и пројектног друштва, с једне стране, и финансијера пројекта, са друге стране, о овом питању и нужности измена уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта у овом смислу, зависи и од одговора на питање у ком тренутку наступа осигурани ризик. Ако осигурани ризик наступа у фази изградње, односно пре тренутка приходовања од комерцијалне употребе објекта, постројења, односно система, овај захтев финансијера пројекта представљао би директан трошак спонзора, будући да друштво не приходује у том тренутку, не може ни да обавља даљу делатност док се средства на којима је настала штета не оправе, долази до пробијања рокова и др. У случају да је пројекат у фази оперативног, односно комерцијалног управљања објектом, постројењем, односно системом, захтев финансијера пројекта има више смисла и оправдања будући да је у овој фази већ започето приходовање из кога се измирује дуг по основу кредитног задужења и тада ово није директан трошак.

Овакви захтеви финансијера пројекта се најчешће карактеришу као претерани будући да се веома ретко може замислити случај да објекат, постројење, односно систем претрпи тоталну штету.⁷⁸¹ С друге стране, финансијери пројекта желе себи да обезбеде што је могуће извеснију позицију у вези са измирењем обавезе према њима, па је и логика њиховог захтева донекле разумљива – посебно у случају кад је штета значајнија и може да се одрази озбиљније и на судбину пројекта, када они дефинитивно желе да из накнаде штете буду исплаћени макар за део дуга из кредита. Овакав захтев финансијера пројекта би, потенцијално замисливо, био оправдан када, у случају наступања осигураног случаја те извршених радова на поправкама, односно рестаурацији објекта, исти више никада не би имао онакву вредност какву је имао пре наступања осигураног случаја. На који начин се мире ове две изразито удаљене позиције учесника у пројекту/пројектног друштва, са једне стране, и финансијера пројекта, са друге стране, зависи, поново, од околности конкретног случаја, природе уговора, али и од преговарачке позиције страна.

Други значајан проблем који се јавља у вези са осигурањем је да, током века трајања пројекта, осигурање постане значајно скупље него што је то био случај у тренутку закључења уговора, или да осигурање постане недоступно – што чини да одређени ризик, у току реализације пројекта, односно извршења уговора, постане „ризик који се не може осигурати“ (енг. *uninsurable risk*). У било ком пројекту који укључује изградњу новог, односно реконструкцију, тј. техничко-оперативно унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, управо због значаја и вредности ових радова, осигурање ће бити неопходно, без обзира на промену висине премије осигурања која се мора плаћати.

⁷⁸¹ Наступање тоталне штете је тешко замисливо и код пројеката који се реализују на једној локацији, а апсолутно је немогуће код пројеката који се реализују на више локација или, на пример, у случају пројеката изградње транспортних или преносних система где је готово немогуће замислити тоталну штету на читавом магистралном путу или на читавом току гасовода или нафтовода.

У случају кад је немогуће да из разлога значајног повећања премије осигурања пројектно друштво изнесе овај финансијски терет, који се може суштински одразити на пословни план и буџет овог друштва, али и на финансијски модел читавог пројекта, проблем се може превазићи на тај начин што ће осигурање обезбедити јавни субјект,⁷⁸² тако што ће преузети плаћање оног дела премије осигурања који надмашује по вредности висину премије чија калкулација је узета у обзир приликом припреме финансијског модела за читав пројекат, на начин како ће то касније бити објашњено у делу који обрађује „ризике који се не могу осигурати“, чиме се још једном битно нарушава равнотежа односа уговорних страна, и јавни субјект се, на захтев финансијера пројекта, доводи у неповољнији положај.

Модалитети сарадње јавног субјекта у вези са обезбеђивањем средстава за потребе осигурања могу да буду различити: (а) део обавезе према осигуравајућем друштву плаћа пројектно друштво, односно заједничко привредно друштво, а део обавезе који надмашује претходни износ до износа нарасле премије осигурања, плаћа јавни субјект. Механизми извршења ове обавезе такође могу да буду различити – тространи уговор, приступање дугу, преузимање испуњења и др; (б) јавни субјект се обавезује да ће по основу обезбеђења додатних средстава за финансирање пројекта, уплатити друштву недостајући износ средстава. Оваква обавеза се, по правилу, уговара као посебна обавеза уговорних страна, а средства се могу обезбедити кроз повећање капитала, или додатне уплате у случају заједничког привредног друштва, односно кроз зајмове пројектном друштву чији је оснивач приватни субјект.

Осигурање се, по правилу, обезбеђује на територији оне државе чланице и то од стране осигуравајућих друштава која поседују неопходну дозволу за обављање послова осигурања, издату од стране надзорног органа у држави чланици у којој се спроводи пројекат. Највећи број прописа, и поред отворености тржишта услуга осигурања, садржи овакве мере заштите осигуравајућих друштава у државама у којима се пројекат реализује, посебно имајући у виду вредност ових пројеката, али неретко и њихов општи, национални али, неретко, и стратешки интерес који може додатно да појача овакав законски захтев.

Управо критеријум вредности ових уговора активира нужно и захтев за реосигурањем, у вези са којим такође могу постојати одређена ограничења у погледу држављанства реосигуравача.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешће, прописује да ће пројектно друштво, односно заједничко привредно друштво, пре дана са којим започиње изградњу објекта, постројења, односно система, односно пре дана са којим ће започети пружање услуга на објекту, постројењу, односно систему који је изградило, обезбедити осигурање

⁷⁸² *Standardization of PFI Contracts*, 192-197.

предметног објекта, постројења, односно система и да ће све време трајања пројекта имати закључен уговор о осигурању у односу на све врсте осигурања које су обавезне према прописима конкретне државе на чијој се територији спроводи уговор, односно уз те, обавезне, имати закључен уговор и у односу на друге врсте осигурања, односно осигурање од друге врсте ризика, које су уобичајене према међународној пракси која је применљива на ту врсту пројекта и специфичности конкретног случаја.

Јавни и приватни субјект се, као уговорне стране, међусобно обавезују да ће у својству спонзора пројектног друштва, предузети све што је у њиховој моћи да обезбеде да осигуравајуће друштво, са којим пројектно друштво има закључен уговор о осигурању, не одбије да, услед чињења или нечињења пројектног друштва, исплати накнаду штете пројектном друштву. Ово практично значи да се спонзори унапред обавезују да ће са своје стране учинити све да пројектно друштво редовно исплаћује уговорену премију осигурања, редовно се стара о одржавању објекта, постројења, односно система, примењујући најбоља правила струке и поступајући са стандардом пажње који се захтева за конкретну делатност, коју ово друштво обавља, као и да ће у случају наступања ризика, предузети све што је у његовој моћи да спречи наступање штетних последица, односно предузме све потребне мере да штетне последице буду што је могуће мање, да о наступању осигураног случаја без одлагања обавести осигуравајуће друштво ради што је могуће хитније процене ризика, и да ће осигуравајућем друштву благовремено доставити све потребне информације и документацију, како би омогућило да се у случају наступања осигураног ризика и штете по пројектно друштво, накнада штете на коју ово друштво има право буде што је могуће већа, односно да не буде умањена или оспорена услед чињења или нечињења пројектног друштва.

У погледу самих услова у вези са осигурањем не постоји нити се може извести одређена правилност у погледу захтева које јавни и приватни субјект међусобно постављају, будући да је ово питање у тесној повезаности са конкретним предметом уговора, али се као поједине типичне одредбе истичу следеће: (а) у својству осигураника се, по правилу, јавља пројектно друштво, (б) поједини уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта садрже одредбу која захтева да се у уговору са осигуравачем уговори могућност да осигуравач, у одређеним случајевима који се уговором о осигурању изричито предвиде, може да се одрекне права на суброгацију, односно права да ступи у права осигураника према трећем лицу након исплате накнаде штете,⁷⁸³ (в) прописивање релативно кратког рока – од најчешће

⁷⁸³ Овај захтев представља, такође, једно од осетљивих питања будући да из основног начела осигурања – начела обештећења изводи и право на суброгацију, при чему начелно није допустиво кумулирање накнаде штете из осигурања и накнаде штете од лица које је одговорно за штету која је настала.

од десет до 20 радних дана у коме се доставља обавештење о отказу уговора о осигурању, необнављању полисе осигурања и слично,⁷⁸⁴ и др.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезно садржи обавезу пројектног друштва да јавном субјекту, на његов захтев, достави поједине и/или све полисе осигурања, као и информације и доказе о плаћеним премијама осигурања, а у вези са истеком полиса и доказ о томе да су, пре или најкасније на дан истека, полисе осигурања зановљене. Ово је од посебног значаја у оним уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта, који предвиђају обавезу спонзора да, у интересу одржања на снази уговора о осигурању, преузме плаћање, односно изврши исплату премије осигурања у случајевима када, из разлога недостатка ликвидних средстава или каквог другог разлога, пројектно друштво не изврши благовремено своју обавезу плаћања премије осигурања, а због чега прети опасност од раскида уговора о осигурању, што може негативно да се одрази и на друге аспекте пословања пројектног друштва, на пример, може да се рефлектује на уговор пројектног друштва са финансијерима пројекта.

Пројектно друштво, уз обавезу сарадње са осигуравачем, има обавезу и да своје спонзоре, посебно ако је уговорена њихова обавеза на плаћање премије осигурања уместо пројектног друштва, како је то горе наведено, обавести о наступању осигураног ризика, о мерама које је предузело, као и о начину решавања захтева за накнаду штете који је поднело осигуравајућем друштву.

Даље, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће садржи одредбу о томе да су спонзори дужни да се међусобно сагласе у погледу одабира осигуравача. Ова одредба се уговара управо у вези са горе поменутом одредбом коју садржи највећи број ових уговора, која предвиђа обавезу спонзора да, у циљу одржања уговора на снази, исплати премију осигурања, односно део премије осигурања, које пројектно друштво не може да плати, уместо њега, те је у том смислу и оправдано да је избор осигуравајућег друштва извршен уз знање и сагласност спонзора.

Имајући у виду вредност уговора о осигурању који се закључује у односу на вредност пројекта, најчешће закључење уговора о осигурању представља и располагање имовином велике вредности, па свакако захтева сагласност спонзора на корпоративном нивоу, али како ово не мора нужно да буде случај, заштита спонзора се обезбеђује и на уговорном и на корпоративном нивоу. Како значајан број уговора јавног и приватног субјекта као свој предмет има пројектовање и изградњу новог, односно техничко-оперативно унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система, захтев из уговора јавног и приватног субјекта може да буде и осигурање током извођења радова на објекту, постројењу, односно

⁷⁸⁴ У пракси реализације оваквих пројеката, осигуравајућа друштва предлажу дуже отказне рокове, како би заштитила своје интересе – тај рок по предлогу осигуравача се најчешће креће у распону од једног до три месеца.

систему, као и захтев да пројектно друштво, у свом уговору са извођачем радова на изградњи, обезбеди да извођач радова, односно сва лица која буду укључена у поступак изградње објекта, постројења, односно система, имају одговарајуће осигурање (најчешће се захтева осигурање од професионалне одговорности), под условом да се овакво осигурање може прибавити у држави у којој се реализује пројекат,⁷⁸⁵ у ком случају се, уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта уговара међусобна обавеза уговорних страна да ће обезбедити да пројектно друштво закључи ове уговоре о осигурању у трајању које се уреди уговором, о чему ће и они бити обавештени достављањем копије закључених уговора који садрже овакву клаузулу, као и доказа да је осигурање обезбеђено у складу са закљученим уговорима, као и обавезу извођача радова односно пројектног друштва да извести спонзоре о наступању ризика из осигурања од професионалне одговорности, као и о евентуалним судским поступцима покренутим у вези са овим осигурањем. Суштина оваквих одредби огледа се у обезбеђивању преношења ризика са пројектног друштва, односно на непосредне извођаче радова.

1. Врсте ризика повезаних са уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта категоризују ризике најчешће у складу са фазама реализације пројекта, односно извршења уговора, сврставајући их у ризике повезане са првом фазом реализације пројекта (од оснивања пројектног друштва до окончања изградње) и ризике повезане са другом фазом реализације пројекта (након изградње пројектне инфраструктуре, до пуног испуњења пројекта).

2. Ризици повезани са првом фазом реализације пројекта

Ризици повезани са првом фазом реализације пројекта, односно извршења уговора, су најчешће ризици планирања, изградње, технолошки ризик и ризици непосредно повезани за извођењем радова на изградњи.⁷⁸⁶

У првој фази реализације пројекта, која у највећем броју уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта обухвата изградњу новог, односно реконструкцију, тј. техничко-оперативно унапређење постојећег објекта, постројења, односно система, осигурање може да буде обезбеђено на различите начине, односно од стране различитих учесника у реализацији пројекта, а све ово у зависности од тога да ли се изградња објекта, постројења,

⁷⁸⁵ У пракси се најчешће захтева да ово осигурање покрива дужи временски период од десетак и више година, и да укључује како период изградње, тако и одређени период након завршетка изградње у коме могу да се појаве одређени недостаци самог процеса изградње.

⁷⁸⁶ E. R. Yescombe (2007), 183-186.

односно система финансира из сопствених извора (из капитала пројектног друштва, који су обезбедили спонзори), или из средстава екстерног финансирања (из кредита, који су обезбедили финансијери пројекта).

У случајевима кад пројектно друштво финансира реализацију пројекта из сопствених средстава, спонзори пројектног друштва настоје да обезбеде да терет осигурања, а следствено томе и опасност од наступања ризика, што више удаље како од себе, тако и од пројектног друштва, те се у овим случајевима најчешће захтева од субјеката који са пројектним друштвом закључују уговор о извођењу радова на изградњи, да имају потребно осигурање. У случају наступања ризика, сав терет истог пада на уговарача са којим пројектно друштво има закључен уговор о изградњи, који је уговором преузео обавезу да радове на изградњи изведе у уговореним роковима и да изведени радови буду уговореног квалитета. Настојање спонзора, односно настојање пројектног друштва да ризике изградње што више удаљи од себе има и своју контратежу, која се огледа у цени коју уговарач пројектног друштва одређује у својој понуди за закључење уговора о извођењу радова на изградњи објекта, постројења, односно система, у том смислу што цена означена у понуди, односно уговорена цена услуга садржи и цену осигурања коју овај субјект обезбеђује.

У случају кад се реализација пројекта финансира кроз екстерно финансирање – из кредита које обезбеђују финансијери пројекта, уобичајено је да захтев у вези са обезбеђивањем осигурања пада на терет пројектног друштва. Интерес јавног и приватног субјекта, и у овим случајевима, је да наступање ризика држи што је могуће даље од пројектног друштва, односно да опасност од наступања осигураног ризика пребаце на терет субјекта са којим пројектно друштво закључује уговор. Међутим, финансијске институције које обезбеђују финансирање желе да ову ситуацију држе под контролом због различитих разлога, од којих су најчешћи следећи: (а) будући да се кредит даје пројектном друштву над чијим пословањем финансијске институције закључењем уговора о кредиту, практично, преузимају контролу, оне желе да имају апсолутни увид и комплетну контролу над пословањем пројектног друштва. Како је за финансијске институције тренутак завршетка радова на изградњи, односно тренутак отпочињања делатности из које се обезбеђује измирење обавеза по основу кредита, веома важан моменат, оне желе на све начине да предупредe да не дође до одлагања у започињању друге фазе реализације пројекта. Околност да пројектно друштво има уговор са извођачем радова који је на себе преузео обавезу осигурања није довољно јак инструмент, будући да не обезбеђује пуну контролу над извођењем ових радова; (б) у случају да осигурање не пада на терет пројектног друштва, финансијери пројекта не би могли да осигурају извршење могуће обавезе јавног субјекта да, у случају ризика који се не могу осигурати, преузме обавезу плаћања премије осигурања уместо пројектног друштва. Наиме, у случају кад је уговор о осигурању закључило

пројектно друштво, које је приступањем уговору постало непосредна уговорна страна јавном субјекту, ова обавеза би се могла уредити уговором јавног и приватног субјекта. Међутим, јавни субјект није непосредна уговорна страна субјекту који пројектно друштво ангажује за извођење радова на изградњи те се захтев финансијера пројекта у односу на ризике који се не могу осигурати, у овом случају, не би могао испунити. Имајући у виду околност да су ризици који се не могу осигурати повезани са значајном премијом осигурања, која одговара тежини ових ризика, јасно је да ће финансијери пројекта инсистирати на томе да обавезу плаћања високе премије осигурања сноси онај ко је непосредно заинтересован за успех пројекта – а што је, свакако, јавни субјект; (в) финансијери пројекта веома често инсистирају и на контроли плаћања штета, када траже да им се исплати део који је припао пројектном друштву по основу накнаде штете, какав захтев не би било могуће поставити кад би осигураник било треће лице које са пројектним друштвом има закључен уговор о извођењу радова, и (г) осигурање које има субјект који је са пројектним друштвом закључио уговор, најчешће, не покрива све ризике на којима инсистирају финансијери пројекта.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, односно уговори о осигурању пројектног друштва, у случају обезбеђеног пројектног финансирања на захтев финансијера пројекта, најчешће предвиђају следеће врсте осигурања:⁷⁸⁷

(а) *осигурање извођача радова на изградњи од свих врста ризика* (енг. *construction and erection all risks insurance*)⁷⁸⁸ – ова врста осигурања представља најшире могуће постављен пакет услуга неживотног осигурања који се може уговорити у пројектима који подразумевају значајна инвестициона улагања, као и у сложеним пројектима изградње, који, по правилу, обезбеђују осигуравајућа друштва која представљају лидере у пружању услуга неживотног осигурања. Поменуто осигурање у свом најширем обиму укључује пакет неколико врста осигурања, с тим што се ови пакети могу и одвојено пружати: (i) први пакет услуга подразумева најшире постављено осигурање у вези са пројектима изградње и извођења радова, које укључује осигурање пројекта и радова, осигурање опреме и материјала који треба да буду уграђени, односно инсталирани у објекат, постројење, односно систем који се гради, укључујући и осигурање опреме, машина и материјала у складиштима и у транзиту до градилишта, (ii) други пакет услуга осигурања односи се на услуге осигурања за повреде на градилишту, односно у вези са извођењем радова на изградњи објекта, постројења, односно система, као и на осигурање имовине, односно неживотно осигурање најшире могуће посматрано, и (iii) трећи пакет услуга осигурања

⁷⁸⁷ *Ibid.*, 213.

⁷⁸⁸ Ова врста осигурања веома је уобичајена у међународној пракси извођења великих инвестиционих пројеката посебно у вези са Уговором о грађењу према *Engineering Procurement and Construction Contract (EPC)*.

обухвата осигурање од ризика у вези са задоцњењем у погледу започињања обављања делатности којој треба да служе објекат, постројење, односно систем који се граде. Поред тога што је ово осигурање по свом обухвату веома широко постављено, оно је специфично и по томе што се њиме обезбеђује накнада штете веома широком кругу субјеката и то: (i) пројектном друштву, (ii) главном извођачу радова, (iii) подизвођачима, (iv) добављачима, а у најширем обиму и (v) добављачима материјала и опреме. Ово осигурање обухвата осигурање од готово свих замисливих ризика – комерцијалних и политичких, као и ризика више силе, веома је скупо и најчешће се са изразитим негодовањем дочекује захтев финансијера пројекта. Овоме се посебно противи јавни субјект, нарочито из разлога пребацивања трошка овог осигурања на њега у случају ризика који се не могу осигурати;

(б) *осигурање од захтева трећих лица* (енг. *third-party liability insurance*) – којим се обезбеђује накнада штете у случају покретања судских спорова, односно истицања захтева трећих лица, кад се у случају наступања осигураног ризика износ накнаде штете од стране осигуравајућег друштва најчешће не исплаћује осигуранику – пројектном друштву, већ трећем лицу које је претрпело штету, истакло захтев и добило судски спор, односно на други начин успело у свом захтеву према пројектном друштву. Ова врста осигурања може да буде веома значајна у инфраструктурним пројектима који укључују експропријацију земљишта, кад власници експроприсане непокретности могу покренути судски спор у вези са висином накнаде за експропријацију или по неком другом основу;

(в) *осигурање за случај задоцњења са започињањем обављања делатности* (енг. *delay in start-up insurance*) – на основу кога се пројектном друштву исплаћује накнада штете у случају да, из било ког разлога (осим непосредном кривицом пројектног друштва), дође до одлагања са започињањем обављања делатности у чију сврху се гради објекат, постројење, односно систем. Ова врста осигурања омогућава обештећење пројектном друштву које може бити различито постављено и повезано са плаћањем различитих премија осигурања. Најмањи обим покрића ризика код овог осигурања, за који се плаћа најнижа премија осигурања, даје пројектном друштву право на накнаду штете, која покрива збир: (i) пенала за пробијање рокова, (ii) камате из уговора о кредиту са финансијерима пројекта, и (iii) евентуално оперативних трошкова. Највећи обим покрића за који се плаћа значајно већа премија осигурања, с друге стране, даје пројектном друштву право на накнаду штете која обухвата веома широк спектар трошкова повезаних са пробијањем рокова за започињање обављања делатности из које пројектно друштво остварује приход и измирује своје обавезе по различитим основима. У пракси се ова врста осигурања најчешће не уговара самостално, већ у комбинацији са горе поменутиим осигурањем извођача радова на изградњи од свих врста ризика. Иако ово осигурање пружа најширу могућу заштиту пројектном друштву, оно је веома непопуларно код свих учесника у пројекту, осим код финансијера пројекта, и то

због неколико разлога: (i) ова врста осигурања је веома скупа, тим пре што се најчешће не уговара појединачно, већ као најшири систем заштите који захтевају финансијери пројекта, и тада може значајно да оптерети буџет пројектног друштва, односно јавног субјекта, за случај да одређени ризик постане ризик који се не може осигурати, у односу на који, у зависности од садржине уговора јавног и приватног субјекта, јавни субјект може да преузме обавезу плаћања премије, што аутоматски активира питање испуњености критеријума „вредности за новац“, (ii) ову врсту осигурања пружа веома ограничен број осигуравајућих друштава, што је додатни фактор негативног утицаја на цену овакве врсте осигурања, јер је ова врста осигурања, на неки начин, елитистичка и ексклузивна, и (iii) у случају наступања ризика који се не могу осигурати, веома је мала извесност да ће у догледно време одређени ризик поново постати ризик који се може осигурати, што је несагледив трошак за јавног субјекта, који ће због цене овог осигурања, ослањајући се на начело „вредности за новац“ радије одустати од пројекта него на себе прихватити овакав трошак, и др.;

(г) *осигурање за случај више силе* на основу кога пројектно друштво остварује право на исплату накнаде штете у случају да је до задоцњења у извођењу радова на изградњи објекта, постројења, односно система, дошло услед догађаја који нису под контролом пројектног друштва, а који не потпадају под дефиницију више силе.

3. Ризици повезани са другом фазом реализације пројекта

Ризици повезани са другом фазом реализације пројекта,⁷⁸⁹ односно извршења уговора, су, најчешће, ризик понуде и потражње, ризик непосредно повезан са функционисањем инфраструктуре и тржишни ризик.

Друга фаза реализације пројекта, кад посредством изграђеног објекта, постројења, односно система, пројектно друштво почиње да обавља делатност од општег интереса на основу које приходује и спремно је да из сопствених средстава започне и са измиривањем обавеза према финансијерима пројекта, представља са становишта опасности од наступања ризика, једнако деликатну фазу. Без обзира на околност што су објекат, постројење, односно систем изграђени, финансијери пројекта инсистирају на широкој лепези осигурања и у овој фази реализације пројекта, која, најчешће укључује следеће врсте осигурања:⁷⁹⁰

(а) *осигурање од свих ризика* (енг. *all risks insurance*) – које представља најшире постављено неживотно осигурање, односно осигурање имовине од свих ризика, осим од оних који су посебно искључени уговором о осигурању, што ову врсту осигурања чини специфичном већ и по самом начину уговарања. Наиме, сам назив ове врсте осигурања дао

⁷⁸⁹ E. R. Yescombe (2007), 186.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, 214.

је повода бројним расправама о томе какав је заиста домет ове врсте осигурања. Наиме, за уговарање ове врсте осигурања је карактеристичан такав начин уговарања да се осигураним сматрају само они ризици који су експлицитно наведени у полиси осигурања. Ово је у пракси закључења ових уговора често водило до спорова о томе да ли је ово осигурање такво да осигуранике, кориснике осигурања, односно најширу јавност доводи у заблуду поводом обухвата ове врсте осигурања, па се у новијој пракси закључења уговора о осигурању ове врсте све чешће среће назив „осигурање од посебних ризика“ (енг. *special perils insurance* или *open perils insurance*). У пракси, ова врста осигурања се своди на неживотно осигурање, односно осигурање имовине, које обухвата накнаду штете за случај оштећења (енг. *property damage insurance*) или пропасти ствари и осигурање од лома машина (енг. *machinery breakdown insurance*);

(б) *осигурање од захтева трећих лица* – које је по свом предмету, значају и домаћају једнако овој истој врсти осигурања у фази изградње објекта, постројења, односно система. Без обзира на то што је ова врста осигурања значајна и препоручљива пре свега у фази изградње, када може да буде активирана у вези са имовинско-правним захтевима који су типични за фазу изградње, важно је да се протеже и кроз наредну фазу, а посебно у вези са роком застарелости за подношење имовинско-правних захтева који су настали у фази изградње и околности да се вођење судских поступака у вези са истакнутим имовинско-правним захтевима често протеже кроз године,⁷⁹¹

(в) *осигурање од ризика прекида пословања* (енг. *business interruption insurance*) – ова врста осигурања представља најтипичнији и најчешћи захтев финансијера пројекта у фази комерцијалног обављања делатности. Наиме, ова врста осигурања представља пандан осигурању за случај задоцњења са започињањем обављања делатности у првој фази реализације пројекта и има за циљ да обезбеди пројектном друштву накнаду штете за случај наступања ризика који се непосредно одражава на прекид обављања делатности, а последично и на губитак прихода услед наступања неподвижног догађаја, који ставља ван функције објекат, постројење, односно систем, за све време док овај прекид пословања траје. Ова врста осигурања уобичајено покрива накнаду пенала који се плаћају услед задоцњења у обављању делатности, односно пружању услуга, затим трошак камате из уговора о кредиту са финансијерима пројекта, али и накнаду редовних обавеза пројектног друштва – на пример, плаћања обавезе по основу јавних услуга (комуналне и друге услуге), и друге оперативне трошкове (на пример, трошкове запослених по основу исплате зарада и за период кад објекат, постројење, односно систем не ради, све до његовог поновног стављања

⁷⁹¹ У фази када објекат, постројење, односно систем постоји, односно кад је изграђен, ова врста осигурања додатно умањује ризик како од покретања судских поступака заснованих на захтеву за накнаду штете, тако и смањује, али не искључује у потпуности, ризик од подношења захтева за одређивање привремених мера у погледу изграђеног објекта, постројења, односно система.

у погон). Једнако као што је то случај са осигурањем за случај задоцњења са започињањем обављања делатности у првој фази реализације пројекта, које се најчешће не закључује као посебна врста осигурања, већ у комбинацији са другом врстом осигурања (најчешће са горе поменутих осигурањем извођача радова на изградњи од свих врста ризика), и ова врста осигурања се по правилу прибавља заједно са другом врстом осигурања, и то најчешће са горе поменутих осигурањем од свих ризика. Обезбеђивање и ове врсте осигурања је, најчешће, праћено великим трошковима осигурања, те сходно томе, великом опирању пројектног друштва, а нарочито јавног субјекта да прихвати ову врсту осигурања на захтев финансијера пројекта.

4. Инструменти умањења последица наступања ризика

У средишту анализе уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, како смо то имали прилике да видимо, налазе се ризици. Бројност, комплексност и извесност наступања ризика у реализацији пројекта је један од чинилаца који пројекте на којима се заснивају ови уговори чини тешко спроводивим искључиво од стране једног учесника у пројекту. Најважнији део уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта представља подела одговорности за извођење пројекта, у чијој бити лежи подела ризика између јавног и приватног субјекта, на начин да се ризик пребаци на оног учесника у пројекту који ће се лакше носити са ризиком, али и једноставније, компетентније и лакше успети да предупреди његово наступање, односно брже, ефикасније и јефтиније ће моћи да умањи последице наступања ризика. Приликом оцене „банкабилности“ пројекта, односно његове финансијске исплативости, такође се процењују ризици – на који начин су они обезбеђени и на који начин и колико јаким финансијско-правним инструментима се може умањити извесност наступања ризика, односно како се одређени ризици даље преносе са финансијера пројекта, пројектног друштва, односно са спонзора, на трећа лица (мултилатералне и билатералне институције), која могу да изнесу и понесу ове ризике. Иако сам уговор који закључују јавни и приватни субјект почива на принципу (рас)поделе ризика између учесника у пројекту, пројекат не може да заживи, односно уговор не може да се спроведе без додатног „ојачања“ ризика кроз екстерне инструменте умањења последица наступања ризика.

Инструменти умањења последица наступања ризика имају два основна појавна облика – *гаранције и осигурање извозних кредита*⁷⁹², уз одређене мање разлике које се пре свега односе на обележја, финансијску моћ и значај субјекта који обезбеђују ове инструменте.

⁷⁹² J. Delmon (2011), 148-150.

У односу на оба инструмента, као прво важно питање поставља се питање ко се појављује у улози корисника погодности из инструмента умањења последица наступања ризика.

Као корисници погодности јављају се:

(а) *финансијске институције које обезбеђују финансирање пројекта (финансијери пројекта)*, које потенцијално оптерећује кредитни ризик на страни субјекта коме је обезбеђено финансирање. Пројектно финансирање се, као што смо имали прилике да видимо, по правилу, обезбеђује пројектном друштву, које у највећем броју случајева представља друштво које је тек основано у сврху реализације конкретног пројекта, које има празне финансијске извештаје, нема никакву пословну нити кредитну историју, најчешће нема никакву имовину, и, као такво, само по себи, не представља адекватну гаранцију финансијерима пројекта. Највећу вредност овог друштва представља сам пројекат који оно треба да реализује, а пут до реализације пројекта је дуг и траје низ година, није у искључивој контроли пројектног друштва и праћен је бројним ризицима на које пројектно друштво само једним делом може да утиче. С друге стране, вредност пројекта је најчешће веома велика, а средства обезбеђења, колика год да су, због реалних ограничења у тренутку у коме се дају, су углавном усмерена на будућност, а много мање на оно што постоји у тренутку обезбеђивања средстава. Као средства обезбеђења најчешће се захтевају: (i) залога над будућим потраживањем од делатности од општег интереса која се буде обављала на објекту, постројењу, односно систему, а са тим у вези и отварања рачуна посебне намене на које би се та будућа средства трансферисала када крену да се остварују (енг. *escrow accounts*); (ii) залога над уделима; (iii) хипотека на непокретностима у власништву пројектног друштва; (iv) контрола финансијских токова пројектног друштва, у складу са одобеним пословним планом, буџетом и финансијским моделом пројекта оцењеним приликом процене финансијске исплативости пројекта, и др. Због свих наведених разлога је и повраћај кредита вишеструко неизван, а обезбеђивање истог захтева и додатно обезбеђење на страни финансијера пројекта, који свој ризик инвестирања новца, такође, покушавају да пренесу на треће лице, које управо представљају институције које обезбеђују гаранције ове врсте, односно које пружају услуге осигурања извозних кредита; и

(б) *спонзори пројектног друштва*, који желе да обезбеде повраћај инвестиције коју су извршили кроз капитална улагања. У случају заједничког привредног друштва у чијем оснивању учествује и јавни субјект, управо због сталног притиска доказивања испуњености критеријума „вредности за новац“ који, у сваком тренутку, мора да покаже и докаже оправданост, целисходност и исплативост инвестиције, јавни субјект је под великим притиском будући да средства за обезбеђивање инвестиција у пројектно друштво обезбеђује најчешће из буџета или комерцијалним задуживањем, у односу на које такође има одређене

обавезе и одговорности – како оне из непосредног уговорног односа, тако и оне дугорочне репутационе природе.

Ако се упореде позиције корисника погодности из инструмента умањења последица наступања ризика, могао би се извући општи закључак да ови инструменти служе обезбеђивању *кредитног ризика* (у односу на финансијере пројекта), односно *инвестиционог ризика* (у односу на спонзоре пројектног друштва). Дакле, кредитни, односно инвестициони ризик представљају предмет наведених инструмената обезбеђивања умањења последица наступања ризика

Као друго важно питање у вези са овим инструментима, поставља се и питање *које ризике конкретног пројекта они покривају*. У вези са овим питањем могу се искристалисати две основне категорије ризика: (а) *комерцијални ризици*, који се најчешће повезују са ризицима на страни субјекта који је задужен за реализацију пројекта, односно на субјекта, у односу на које је овај субјект дисперзовао цео или део својих ризика, а као најтипичнији ризици ове врсте се издвајају ризик неликвидности, покретања поступка стечаја,⁷⁹³ ризик раскида уговора због непоступања у складу са преузетим уговорним обавезама и други ризици који се непосредно везују за пословање пројектног друштва, односно реализацију пројекта у складу са комерцијалним, техничким, финансијским и другим одобреним параметрима; и (б) *политички ризици*, који могу да буду веома различити и бројни, примера ради, експропријација, мораторијуми, промена прописа, установљавање ограничења у плаћању, трансферу новца, инфлација, и, с тим у вези, значајне промене девизног курса. Поред наведених ризика, предмет покрића могу да буду и ризици који се подводе под вишу силу – природне катастрофе, ратови, грађански ратови, и др.

И, као треће важно питање у вези са инструментима умањења последица наступања ризика истиче се *питање степена покрића ризика*. У пракси, у највећем броју случајева не обезбеђује се потпуна заштита, већ заштита у значајном проценту, што зависи пре свега од врсте конкретног ризика у односу на који се даје обезбеђење али и дужине трајања уговора. Постоје, али су у пракси значајно ређи случајеви обезбеђивања 100% покрића ризика, који би један пројекат управо због овакве врсте обезбеђења учинио *a priori* банкабилним.

Гаранције (енг. *guarantees*) представљају инструмент обезбеђења плаћања. У зависности од обима обезбеђења које пружају, гаранције се могу поделити на: (а) гаранције које обезбеђују делимично обезбеђење кредита (енг. *partial credit guarantee/PCG*), и (б) гаранције које обезбеђују пуно обезбеђење кредита (енг. *full credit guarantee/FCG* или *wrap guarantee*).⁷⁹⁴ Гаранције које обезбеђују делимично обезбеђење кредита се најчешће срећу у

⁷⁹³ Dick Briggs, Burt Edwards, „*Credit Insurance, How to Reduce the Risk of Trade Credit*“, Woodhead-Faulkner 1988, 31.

⁷⁹⁴ Tomoko Matsukawa, Odo Hebeck, „*Review of Risk Mitigation Instruments for Infrastructure Financing and Recent Trends and Developments*“, Trends and Policy Options No. 4, The World Bank, PPIAF Public-Private Infrastructure Advisory Faculty, 2007, 3.

случајевима кад јавни субјект (владе држава, јединице локалне самоуправе, односно јавна предузећа), прибавља слободна финансијска средства на међународном финансијском тржишту или кад је овакво обезбеђење потребно у поступку издавања обвезница. Ова врста обезбеђења најчешће представља обезбеђење од ризика доцње у плаћању доспелих финансијских обавеза, а по својој природи су овакве гаранције веома флексибилни инструменти (могу се обезбедити за појединачан уговор о кредиту или за неколико повезаних уговора о кредиту), могу се релативно лако прилагодити тржишним условима и захтевима конкретног пројекта, односно могу да се прилагоде захтеву изналажења баланса у сношењу ризика. С друге стране, гаранције које обезбеђују пуно обезбеђење кредита, као што им и сам назив каже, обезбеђују покриће целокупног износа у случају наступања ризика неплаћања обавезе. Ова врста обезбеђења најчешће се среће код издавања обвезница.⁷⁹⁵

Осигурање извозних кредита (енг. *export credit insurance*)⁷⁹⁶ представља финансијско-правни инструмент којим се даваоцу кредита или извознику пружа обезбеђење, односно пружа обештећење у случају да дужник није у могућности да изврши плаћање или одбије, односно буде онемогућен да прихвати робу, испоручене услуге и слично. Другим речима, на основу уговора о осигурању извозних кредита, поверилац из основног посла у вези са којим се закључује уговор о осигурању, стиче право на накнаду штете у случају да услед остварења ризика (комерцијалних или политичких) не успе да наплати своје извозно⁷⁹⁷ потраживање према дужнику,⁷⁹⁸ односно ово осигурање пружа обезбеђење потраживања које осигураник има у вези са робом испорученом на кредит⁷⁹⁹ (робом која је испоручена у односу на коју још увек није извршено плаћање), обављеним услугама, извршеним инвестиционим радовима, и др.

Осигурање извозних кредита представља подршку и подстицај извозу, и типично је за пројекте инвестиционих улагања велике вредности са елементом иностраности, а осигурање служи обезбеђењу комерцијалних и некомерцијалних/политичких ризика. Као комерцијални ризици се истичу: (а) закашњење у измирењу обавеза, (б) одбијање пријема испоруке робе или услуга, које представља битну повреду уговора од стране дужника у основном уговору, (в) наступање неликвидности или инсолвентности на страни дужника. Као некомерцијални/политички ризици могу се навести следећи ризици: (а) ратови, грађански ратови, репресивни режими, војне хунте, религијски фундаментализам, (б) политичка нестабилност, (в) корупција, (г) нестабилност валуте, односно инфлација, (д) немогућност

⁷⁹⁵ *Ibid.*, 3.

⁷⁹⁶ Sam Wamuzuri, M. Jiang, „Role of export credit agencies in PFI/PPP projects“, *Proceedings of the ICE-Management, Procurement and Law* 4/2008, 163-169.

⁷⁹⁷ R Villartea *et al.*, „Credit Insurance Industry Outlook“, Moody’s Investors Service, *Global Credit Research*, New York 2000, 5.

⁷⁹⁸ J. Schinas, „The Insurance of Export Credits“, A.I.D.A. Colloquium Athens 1987, 24.

⁷⁹⁹ Malcolm A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, London: LLP, 1997, 251.

конверзије валуте дужника у конвертибилне валуте, (ђ) забране трансфера новца, (е) општи мораторијум плаћања од стране државе као купца или корисника услуга, (ж) неплаћање дуга у уговореном року или једностранни раскид уговора од стране државе или другог јавног субјекта као купца, односно корисника услуга.⁸⁰⁰ Као један од посебно деликатних политичких ризика у литератури се истиче ризик „јавног интереса“ који проистиче из веома флексибилног тумачења јавног интереса, а који се одражава кроз увећање пореза и увођење додатних намета, поштравање стандарда и увођење нових процедура, одобрења и слично, увођење строжих квота или виших тарифа, захтевање додатних дозвола за увоз или извоз, увођење додатних здравствених, техничких, санитарних и других захтева.⁸⁰¹

Осигурање извозних кредита ретко када обезбеђује 100% покрића ризика. Франшиза, односно осигураников самопридржај се разликује од осигураваача до осигураваача и зависи од тога да ли се осигурава краткорочан, средњерочан или дугорочан извозни посао, а креће се у распону од 2% до 20%, с тим да је најчешћа стопа франшизе између 10% и 20%.

Инструменте умањења последица наступања ризика обезбеђују мултилатералне или билатералне агенције. Приказ најважнијих аспеката обезбеђења последица наступања ризика на нивоу мултилатералних организација, односно билатералних организација, као и приказ самопридржаја код осигурања извозних кредита садржан је у Прилогу бр. 6 под називом „Инструменти умањења последица наступања ризика“.

5. Ризици који се не могу осигурати

Посебно деликатно питање које уређују уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта у вези са осигурањем, односи се на ризике који током трајања пројекта, односно током извршења уговора о осигурању постану такви да се више не могу осигурати (енг. *uninsurable risks*).⁸⁰² Ризици који се не могу осигурати обухватају две врсте ризика:

(а) ризике у односу на које пројектно друштво не може да обезбеди осигурање на домаћем, односно на светском тржишту услуга осигурања. Практично, овај ризик покрива случајеве у којима ниједно осигуравајуће друштво одређене репутације, снаге и самопридржаја, од одређеног тренутка у току реализације пројекта, односно извршења уговора, више не пружа одређену врсту осигурања, односно више не осигурава конкретан ризик, или

⁸⁰⁰ Tomoko Matsukawa, Robert Sheppard, Joseph Wright, „*Foreign Exchange Risk Mitigation for Power and Water Projects in Developing Countries*“, Discussion Paper 9, Energy and Mining Board Discussion Paper Series, The World Bank, 2003.

⁸⁰¹ D. Briggs, B. Edwards, 57.

⁸⁰² Jan H. Holsboer, „*Insurability and Uninsurability: An Introduction*“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 77/1995, 407-413.

(б) ризике у односу на које се на домаћем или на међународном тржишту осигурања може обезбедити покриће, али под таквим условима и са таквим премијама осигурања које такво осигурање чине економски и комерцијално неисплативим. Деликатност одређених ризика може директно да утиче на висину премије осигурања коју би пројектно друштво морало да плати, а која је толика да вишеструко премашује планиране, односно пројектоване трошкове осигурања садржане у пословном плану, буџету, односно финансијском моделу пројекта, што пројекат према усвојеном финансијском моделу чини неисплативим.⁸⁰³

Проблем ризика који се не могу осигуравати се, у пракси реализације уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, појављује како везано за одређене секторе у којима се ови пројекти реализују, тако и у односу на одређене врсте ризика.⁸⁰⁴

У вези са наступањем ризика који се не могу осигурати, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће предвиђају одредбу по којој неће постојати обавеза пројектног друштва да обезбеди осигурање ризика који се не може осигурати, уз услов да наступање таквог ризика није настало као последица радње или пропуштања пројектног друштва. Даље, уговором се додатно уређује да ће, у случају да ризик који се најчешће покрива свеобухватном полисом осигурања за потребе изградње, осигурањем материјалне штете, осигурањем од одговорности, осигурањем за случај прекида у пословању (уз изузетак ризика губитка профита) или одлагања са започињањем обављања делатности (уз изузетак ризика губитка профита), постане ризик које се не може осигурати, пројектно друштво о околности наступања оваквог ризика обавестити јавног субјекта, и то у року који је уговором предвиђен.⁸⁰⁵ Тада се пројектно друштво и јавни субјект састају како би споразумно утврдили да наступање ризика који се не може осигурати није последица предузимања радње или пропуштања на страни пројектног друштва, односно њихових подизвођача, да је пројектно друштво предузело све потребне мере и активности које су биле у његовој моћи, како би спречиле наступање оваквог ризика, односно како би ублажиле последице његовог наступања, као и да би се споразумеле о тогме на који начин ће се овај ризик даље третирати, односно да ли ће ризик који је до тада био искључиво ризик

⁸⁰³ Scott E. Harrington, „The Financial Crisis, Systematic Risk and the Future of Insurance Regulation“, *The Journal of Risk and Insurance* 4/2009, 785-819.

⁸⁰⁴ У Великој Британији се проблем ризика који се не осигуравају појавио у вези са пројектима изградње, односно техничких унапређења затвора, односно притворских јединица, док се на глобалном нивоу, због његовог пораста, ризик тероризма често налази на листи ризика који се не осигуравају.

⁸⁰⁵ Најчешће се уговором предвиђа разуман кратак рок у трајању од пет до седам радних дана, а овако кратак рок оправдава се деликатношћу ризика и обавезом предузимања хитних радњи на предупређивању наступања штетних последица по пројекат.

пројектног друштва, у новонасталим околностима постати ризик који ће се „делити“, односно који ће преузети јавни субјект.⁸⁰⁶

Ако пројектно друштво и јавни субјект не могу споразумно да постигну договор о мерама и активностима које је неопходно предузети како би оба учесника у пројекту преузела на себе део ризика, односно како би се ризик поделио, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта тада, најчешће, садржи одредбу којом уређује даљи корак у превазилажењу овог проблема, према којој ће јавни субјект:

(а) исплатити пројектном друштву износ новчаних средстава који је потребан да би се обезбедила доступност конкретне врсте осигурања, у ком случају ће уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта наставити да се извршава, као да није ни дошло до наступања ризика који се не могу осигурати, или

(б) донети одлуку да уговор одржи на снази, у ком случају ће, у вези са наступањем ризика у вези са осигурањем од свих ризика, осигурањем имовине од наступања материјалне штете, осигурањем од одговорности трећих лица, осигурањем за случај прекида у пословању, односно осигурањем за случај одлагања у започињању обављања делатности, одлучити да пројектном друштву исплати износ који би се морао исплатити да је осигурање од конкретног ризика тада доступно, односно да се ризик тада могао осигурати, или

(в) донети одлуку да раскине уговор и да пројектном друштву исплати износ једнак износу накнаде за случај раскида уговора услед наступања више силе увећан, само у вези са осигурањем од одговорности трећих лица, за износ средстава који би био дужан да плати да је осигурање од конкретног ризика тада било доступно.

Типичне одредбе које садрже уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта у случају постизања сагласности јавног субјекта и пројектног друштва да се, упркос наступању ризика који се не може осигурати, настави за извршењем уговора, су одредбе према којима се пројектно друштво обавезује према јавном субјекту да ће му, за сваку годину за коју одговарајуће осигурање није обезбеђено, платити износ једнак премији коју је платио јавни субјект. У случају наступања околности које су утицале на то да се одређени ризик не може осигурати, а које нису трајале дужи временски период, већ само неколико месеци, плаћање премије осигурања ће обухватити само оне месеце током којих се конкретан ризик није могао осигурати.

⁸⁰⁶ У домаћој пракси закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта виђени су случајеви у којима су финансијери пројекта инсистирали на изменама уговора, управо због недостатка одредаба које уређују случај немогућности осигурања, којима су настојале да у случају наступања оваквих околности, баласт овог ризика пренесу на јавног субјекта. Наиме, захтев за изменом уговора који би садржао овакву одредбу био је један од основних захтева банке у покушају да се обезбеди пројектно финансирање за концесиони пројекат приказан као домаћа Студија случаја 3, садржан у Прилогу бр. 1.

Додатно, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, по правилу, предвиђа обавезу пројектног друштва да, у складу са уговором, у пракси најчешће периодично, односно квартално, прати прилике на тржишту осигурања, како би испитао да ли је ризик који се није могао осигурати, и даље такве природе. Чим ризик који се није могао осигурати поново постане ризик који се осигурава, пројектно друштво је дужно, у складу са уговором, да настави са извршењем уговора о осигурању као да никада није ни наступио ризик који се не може осигурати, чиме се терет обезбеђивања осигурања, односно терет плаћања премије осигурања, поново „пребацује“ са јавног субјекта на пројектно друштво.

Посебан случај „поделе“ ризика осигурања представља случај кад осигурање одређене врсте није доступно на националном тржишту, али јесте доступно на међународном тржишту осигурања. У таквим случајевима, кад је осигурање могуће прибавити на међународном тржишту код реномираних осигуравача (чиме би се решио проблем немогућности осигурања ризика на домаћем тржишту или немогућности обезбеђивања осигурања на домаћем тржишту по цени коју је пројектно друштво спремно на плати у том тренутку у датим тржишним условима, ако интерес одржања уговора на снази захтева обезбеђивање осигурања), јавни субјект и пројектно друштво могу да се договоре о томе да се осигурање ризика који се не може осигурати у локалним приликама и на локалном тржишту, обезбеди на међународном тржишту, а да ће трошкове овог осигурања делити између себе јавни субјект и пројектно друштво.

6. Додатни захтеви финансијера пројекта у вези са осигурањем

Осим захтевања да им се, у случају наступања осигураног случаја и исплате накнаде штете, исплати део исте, о чему је горе било речи, финансијери пројекта могу да имају и друге додатне захтеве у погледу осигурања,⁸⁰⁷ који се често називају „банкарске клаузуле“, као, на пример.⁸⁰⁸

(а) *захтев да се у својству осигураника појаве додатни субјекти* – најчешће је захтев банке у овом смислу усредсређен на захтев да се у својству додатног лица које се појављује у својству осигураника именује банка аранжер, и то тако да се „додатно лице“ у односу на кога се обезбеђује осигурање, приказује и у полиси води на начин да има одвојено покриће у односу на редовног осигураника – пројектно друштво, с тим што, за разлику од њега, нема никакве обавезе осигураника, укључујући и то да није дужник обавезе на плаћање премије осигурања. Листа захтева финансијера пројекта у погледу „додатних осигураника“ може да иде и у правцу захтевања да се полисом осигурања, у својству осигураника, обухвате и

⁸⁰⁷ E. R. Yescombe (2007), 187-189.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, 217.

подизвођачи пројектног друштва или и сам јавни субјект. У случају да прописи конкретне државе не омогућавају овакво проширење листе осигураника, на чему инсистирају финансијери пројекта, тада захтев финансијера пројекта бива усмерен на измене уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, у смислу уговорног уређења права финансијера пројекта на накнаду штете у случају наступања осигураног случаја, из које се измирује обавеза пројектног друштва из пројектног финансирања, односно обавеза из уговора о кредиту. У случају, међутим, када је у правном систему конкретне државе допуштено и могуће уговарање „додатних осигураника“ на захтев финансијера пројекта, тада се њима издају одвојене полисе осигурања;

(б) *претходна сагласност финансијера пројекта на промене у осигурању* – будући да осигурање представља једну од додатних мера заштите финансијера пројекта, због чега се неретко говори и о томе да осигурање представља део пакета обезбеђења финансијских институција, тим пре што уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, по правилу, садрже одређене моделе одредби које имају за циљ управо заштиту интереса финансијера пројекта, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, односно на основу њега закључени уговори о осигурању, обавезно садрже одредбу по којој се за сваку промену уговора о осигурању – промену услова и тарифа осигурања, промену услова за промену осигурања, односно услова за истек и раскид уговора о осигурању, обавезно захтева претходна сагласност финансијера пројекта. Овакав захтев се објашњава тиме што би свака евентуална промена осигурања могла да утиче на извесност, могућност и обим намирења у случају наступања осигураног ризика те тако и на могућност пројектног друштва, као изворног осигураника, да изврши своју обавезу према финансијерима пројекта. Ово је још један пример одредбе у којој субјект који је непосредно ван уговорног односа (уговорни однос постоји искључиво између уговорних страна које стичу права и преузимају обавезе – пројектно друштво у својству осигураника, односно осигуравајућег друштва, као осигуравача), има контролу над постојањем осигурања, његовом садржином и условима трајања, за шта се све тражи његова претходна сагласност, што представља још један преседан који прати ову врсту уговора и чини је изузетно комплексном правно-финансијском структуром, заснованом на мноштву динамичних, унутрашњих и спољашњих, односа и веза различитих учесника у поступку реализације пројекта, односно извршења уговора;

(в) *означење банке аранжера као субјекта коме се плаћа накнада штете* – овај захтев финансијера пројекта најчешће представља корак у спровођењу првог захтева приказаног горе под тачком (а), према коме се у уговору са осигуравачем, као субјект којем се исплаћује накнада штете, у случају наступања осигураног случаја, наводи финансијска институција која је обезбедила финансирање, односно банка аранжер у случају кредитног финансирања

које обухвата ангажовање више банака. У случају уговарања оваквих одредби, пројектном друштву се, у случају наступања осигураног случаја, исплаћује процентуално мањи део накнаде у односу на онај на који би имао право да овакво право није установљено у корист банке аранжера;

(г) *искључење примене одредбе о повреди обавезе из уговора о осигурању у односу на финансијере пројекта*, према којој финансијске институције које обезбеђују финансирање захтевају да буду изузете од санкције из уговора о осигурању за случај да осигураник повреди неку од обавеза из уговора о осигурању – на пример, обавезу да осигуравајућем друштву достави све неопходне информације у вези са предметом осигурања, наступањем осигураног ризика и слично, које су од утицаја на одређење, односно на активирање обавезе осигуравача из уговора о осигурању. Захтев финансијера пројекта заснован је на приступу да, чак и у случајевима кад је осигураник поступио супротно уговору о осигурању, што може да има утицаја на умањење његових права, односно престанак његових права из уговора о осигурању, овакво умањење права осигураника не утиче на права финансијера пројекта. Ово је још један од претераних захтева финансијера пројекта, који се не заснива на еквивалентности давања, јер у овом случају давања не постоје између истих субјеката будући да финансијери пројекта нису носиоци обавезе плаћања премије осигурања, нити извршења других обавеза из уговора о осигурању, али без обзира на ову околност финансијери пројекта желе да обезбеде максимум права за себе, чак и у случају када је изворни осигураник, односно носилац права и обавеза из уговора о осигурању, поступио супротно својим уговореним обавезама.

7. Најважнији елементи стандардних клаузула осигурања које захтевају финансијери пројекта

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, на захтев финансијера пројекта, обавезно садрже следеће елементе,⁸⁰⁹ који се разликују у зависности од тога да ли се осигурање обезбеђује у фази извођења радова на изградњи новог, односно реконструкцији, односно техничко-опертивном унапређењу већ постојећих објеката, постројења, односно система или се осигурање обезбеђује у фази оперативног управљања изграђеним, односно унапређеним објектом, постројењем, односно системом.

⁸⁰⁹ Вид. *Annex Guidance Note Standard Required Insurance Schedule*, HM Treasury, March 2010, 307-325.

(a) *Осигурање обезбеђено у првој фази извођења радова*

У својству осигураника у овој фази се појављује пројектно друштво, док се у својству „додатних осигураника“ могу појавити: јавни субјект, подизвођач који се ангажује у фази изградње, други подизвођачи на различитим нивоима, финансијери пројекта који имају приоритет у наплати (енг. *senior lenders*), финансијери пројекта који су нижег приоритета у наплати, односно који су субординисани у односу на финансијске институције које имају приоритет у наплати (енг. *subordinated lenders*), и консултанти.

Предмет осигурања су радови на изградњи, грађевински материјал, опрема и машине, непокретност и сва мобилна инфраструктура која треба да буде коришћена, односно инсталирана у објекат, постројење, односно систем који се гради, као и сва друга покретна и непокретна имовина, која је у функцији предмета основног уговора, односно која сама чини предмет на коме се изводе радови на изградњи или реконструкцији објекта, постројења, односно система.

У овој фази реализације пројекта, у пракси се, најчешће, захтева осигурање од свих ризика повезаних са извођењем радова на изградњи. Као осигурана сума уговара се износ који одговара пуној вредности замене, односно надомешћења вредности предмета који се осигурава. Осигурани износ је, по правилу, износ који је једнак, или већи од вредности укупних трошкова извођења радова, увећан за све пратеће трошкове извођења радова. Период осигурања обавезно обухвата укупно време токог кога се изводе радови на изградњи новог, односно реконструкцији већ постојећег објекта, постројења, односно система, увећано за додатни рок који је примерен и уобичајен за изградњу објекта, постројења, односно система одређене намене, у коме се најчешће могу открити недостаци у изградњи, у зависности од намене и функције објекта, постројења, односно система. У вези са овом врстом осигурања уобичајено се искључују следећи ризици: (а) рат и проглашење ратног стања, (б) ризик нуклеарне катастрофе, (в) губици у инвентару, (г) корупција, (д) несавесно понашање запослених, (ђ) последични финансијски губици.

Осим осигурања од свих ризика, у овој фази може се захтевати и осигурање за случај задоцњења са започињањем обављања делатности. У својству осигураника се најчешће појављује пројектно друштво, а могу се појавити и јавни субјект, финансијери пројекта који имају приоритет у наплати, и финансијери пројекта који су нижег приоритета у наплати, односно које су субординисани у односу на финансијере пројекта који имају приоритет у наплати. У погледу трајања, ово осигурање се, по правилу, поклапа са трајањем осигурања од свих ризика, уз изузетак периода у коме се могу показати недостаци у изградњи. Предмет ове врсте осигурања је губитак прихода који настаје као последица задоцњења у започињању оперативног управљања објектом, постројењем, односно системом, до кога је

дошло услед наступања ризика покривеног осигурањем од свих врста ризика, као и укупна вредност додатних трошкова који су настали у вези са настојањем да се избегне или минимизује губитак прихода у периоду задоцњења.

Коначно, у овој фази се може захтевати и осигурање од захтева трећих лица које се може тражити у случају смрти, телесне повреде, болести, оштећења, односно губитка имовине, односно ограничења права коришћења имовине од стране трећих лица, као и штете која настаје у случају имисија. Период покрића се код ове врсте осигурања у целости поклапа са периодом покрића који важи за осигурање од свих врста ризика. Осигурање искључује ризик смрти, телесне повреде или болести лица запослених код осигураника, одговорност у вези са осигурањем моторних возила у односу на која је законом прописано обавезно осигурање, одговорност у вези са оштећењем, односно губитком имовине која је у власништву, придржају, односно у поседу осигураника, и др.

(б) Осигурање обезбеђено у другој фази оперативног управљања објектом, постројењем, односно системом

У својству осигураника у овој фази, обавезно се појављује пројектно друштво, а могу се појавити и јавни субјект, подизвођач који се ангажује у фази оперативног управљања објектом, постројењем, односно системом, други подизвођачи на различитим нивоима, финансијери пројекта који имају приоритет у наплати, и финансијери пројекта који су нижег приоритета у наплати, односно који су субординисани у односу на финансијере пројекта који имају приоритет у наплати.

Предмет осигурања је имовина која је у власништву пројектног друштва, односно имовина о којој се стара, односно за коју одговара пројектно друштво.

Осигурање у овој фази најчешће представља осигурање од свих ризика физичког оштећења, односно уништења имовине која је предмет осигурања, уз изузетак осигурања од лома машина. Као осигурана сума уговара се износ који одговара пуној замени, односно надомешћењу вредности осигуране имовине. Период осигурања обавезно обухвата све време током кога се обавља управљање објектом, постројењем, односно системом, по основу закључених уговора, укључујући и случајеве годишњег продужења уговора. У вези са овом врстом осигурања, обавезно се искључују следећи ризици: (а) рат и проглашење ратног стања, (б) ризик нуклеарне катастрофе, (в) губици у инвентару, (г) корупција, (д) несавесно понашање запослених, и (ђ) последични финансијски губици.

Осим осигурања од свих ризика, у овој фази може се захтевати и осигурање од ризика прекида пословања. У својству осигураника се појављује пројектно друштво, а могу се појавити и други горе наведени субјекти. У погледу трајања, ово осигурање обавезно

обухвата све време док се управља објектом, постројењем, односно системом по основу закључених уговора, укључујући и случајеве годишњег продужења уговора. Предмет ове врсте осигурања је губитак прихода који настаје као последица прекида пословања, а до кога је дошло услед наступања ризика покривеног осигурањем од свих врста ризика, као и укупна вредност додатних трошкова који су настали у вези са настојањем да се избегне или минимизује губитак прихода током прекида пословања.

Коначно, у овој фази се може захтевати и осигурање од захтева трећих лица и осигурање од одговорности за штету проузроковану недостатком ствари, које се може тражити у случају смрти, телесне повреде, болести, оштећења, односно губитка имовине, односно ограничења права коришћења имовине од стране трећих лица, као и штете која настаје у случају имисија. У погледу трајања, ово осигурање обавезно обухвата све време док се управља објектом, постројењем, односно системом по основу закључених уговора, укључујући и случајеве годишњег продужења уговора.

Једнако као и код осигурања које се обезбеђује у првој фази реализације пројекта, и код осигурања које се обезбеђује у фази оперативног управљања објектом, постројењем, односно системом, искључују се следећи ризици: ризик смрти, телесне повреде или болести лица запослених код осигураника, одговорност у вези са осигурањем моторних возила у односу на која је законом прописано обавезно осигурање, одговорност у вези са оштећењем, односно губитком имовине која је у власништву, придржају, односно у поседу осигураника.

ГЛАВА XX

ПРОМЕНА КОНТРОЛЕ (ВЛАСНИЧКЕ ИЛИ УГОВОРНЕ) НА СТРАНИ УГОВОРНИХ СТРАНА

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта у вези са пројектима који су у служби обављања делатности од општег интереса, засновани су на односу међусобног поверења, дуготрајности, као и на пуној посвећености благовременој и потпуној реализацији пројекта, односно извршењу уговора. Имајући у виду међусобно преузете обавезе које треба да се извршавају кроз дужи временски период, интерес уговорних страна је да се ништа у њиховом односу не мења, јер је тренутку закључења уговора претходио дуготрајан поступак међусобног „испитивања“ уговорних страна у смислу њихове стручне, техничке, финансијске и сваке друге способности да преузму извршење уговорних обавеза у једном сложеном, и споља и изнутра динамичном економско-техничко-правном, односу који траје читав низ година. Међутим, природа овог динамичног односа који се протеже кроз време, с друге стране, захтева одређене промене у односу на које учесници у пројекту могу да имају различита гледишта и одређене разлоге за забринутост.⁸¹⁰

1. Разлози за забринутост на страни јавног субјекта

У реализацији пројекта, зависно од његових појединости и специфичности, може да буде, а најчешће и јесте ангажовано привредно друштво посебне намене, које је основано искључиво за потребе спровођења конкретног пројекта. Пројектно друштво од дана његовог оснивања преузима све активности на извршењу пројекта – закључује потребне уговоре, припрема потребне студије, прибавља све неопходне дозволе, лиценце, односно одобрења, инвеститор је у извођењу радова на изградњи и слично. Иако је пројектно друштво основано у циљу реализације конкретног пројекта, иако оно нема своју претходну пословну историју, најчешће нема никакву имовину (осим оне која је евентуално унета у друштво приликом оснивања, односно има имовину коју је друштво стекло од оснивања), оно пружа одређену сигурност како уговорним странама, тако и финансијерима пројекта, будући да његову највећу вредност представља сам пројекат на чијем је извођењу ангажовано, а додатно, иза њега стоје и његови оснивачи, који својом снагом, искуством и репутацијом представљају одговарајући гарант јавном и приватном субјекту за успех пројекта, односно заједнички гарант исплативости пројекта финансијерима пројекта.

⁸¹⁰ E. R. Yescombe (2007), 160.

У тренутку закључења уговора јавни субјект рачуна на оног приватног субјекта кога је одабрао за свог партнера у пројекту. Он на њега рачуна као на уговорну страну у основном/генералном уговору о сарадњи који је са њим закључио, који на највишем нивоу уређује њихов однос, али и као на оснивача пројектног друштва, односно као на другог члана тј. акционара, у случају када они заједнички оснивају друштво. Стога, јавни субјект настоји да на све начине уговорно спречи промену уговорне стране на страни приватног субјекта, забраном уступања уговора од стране приватног субјекта, али једнако настоји и да спречи промену контроле у пројектном друштву, односно у заједничком привредном друштву будући да би слободно располагање уделом, односно акцијама у пројектном друштву, значило управо промену носиоца обавезе из основног уговора који уређује однос јавног и приватног субјекта.

Контрола коју јавни субјект жели да осигура у односу на приватног субјекта може да се оствари на следеће начине:

(а) у основном уговору који закључују јавни и приватни субјект, приватни субјект даје одређене изјаве и гаранције у вези са испуњењем услова који се односе на пројекат на чијој реализацији треба да буде ангажован. Изјаве и гаранције приватног субјекта најчешће се односе на гарантовање да поседује потребна стручна знања, референце, искуство, технологију, кадар и финансијска средства за реализацију пројекта на уговорен начин, на које се јавни субјект ослонио приликом одабира партнера за реализацију конкретног пројекта. Додатно, приватни субјект даје и изјаву и гаранцију да закључењем посебног уговора или било каквог другог правно-обавезујућег инструмента није преговарао, договорио, преузео обавезу или се на било који други начин обавезао да ће извршити уступање уговора који закључује са јавним субјектом, односно да није преговарао нити уговорио располагање уделом/акцијама у пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву. Под располагањем се подразумева не само преузимање обавезе на закључење уговора о теретном или бестеретном располагању удела/акција, односно обећање закључења оваквог уговора или његово постојање у било каквој форми, већ и оптерећење, односно залагање удела/акција, или какво друго располагање које може да утиче на обим и квалитет његових права у погледу власништва над уделима/акцијама у пројектном друштву;

(б) у основном уговору, приватни субјект преузима одређене позитивне и негативне обавезе, као што су: (i) обавеза да самостално или заједно са јавним субјектом оснује привредно друштво које ће бити задужено за реализацију пројекта –пројектно друштво, односно заједничко привредно друштво, у свему на начин, у роковима и у поступку како је то предвиђено уговором, али и (ii) обавеза да за све време трајања пројекта или до одређеног тренутка који уговорне стране споразумно одреде, неће располагати својим уделима/акцијама у пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву;

(в) ограничењем располагања уделима/акцијама у пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву, најчешће у ограниченом временском трајању. Могући су уговори код којих забрана располагања уделима/акцијама постоји за све време реализације пројекта, односно спровођења уговора, што је у пракси ређи случај. С друге стране, значајно се чешће срећу уговори код којих располагање уделима/акцијама може да буде ограничено до одређеног тренутка у реализацији пројекта, до када су јавни и приватни субјекти везани за пројекат, односно „закључани“ у пројекту (енг. *lock-in period*),⁸¹¹ а након протекла овог периода може да буде допуштено располагање уделима/акцијама. У највећем броју уговора који предвиђају тзв. *lock-in period* овај период везаности за пројекат истиче завршетком радова у фази изградње, када су објекат, постројење, односно систем предати, прошли су потребни атести и контроле и све је спремно за започињање друге фазе у реализацији пројекта – односно за почетак комерцијалног управљања пројектом. У пројектима у којима је умеће приватног субјекта у управљању објектом, постројењем, односно системом био кључни критеријум приликом одабира приватног субјекта, јавни субјект ће настојати да приватног субјекта задржи у пројекту за време док, сарађујући са приватним субјектом и стичући знања и искуства од њега, не постане способан да самостално преузме управљање;

(г) одлука о оснивању пројектног друштва, односно уговор о оснивању заједничког привредног друштва, која представља прилог основног уговора, односно његов саставни део, садржи одредбу о забрани располагања уделом, а ако ово право допушта, онда су најчешће предвиђена одређена ограничења и то: (i) право прече куповине у корист јавног субјекта, и (ii) право да се удели/акције пренесу на повезано лице из исте пословне групе, уз обавезну примену института повраћаја у пређашње стање, односно поновног враћања удела/акција у случају да субјект на који је пренос извршен престане да буде део пословне групе (енг. *claw-back clause*);

(д) уговор чланова друштва, односно уговор акционара у случају оснивања заједничког привредног друштва предвиђа такође забрану располагања уделима/акцијама, на исти начин на који је ова забрана постављена у основном уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта.

Јавни субјект, дакле, настоји да, у свим уговорима који, било на облигационом, односно корпоративном нивоу, дотичу питање контроле, ово питање уреди, међусобно комбинујући предметну заштиту, а инсистирање на помињању ове забране у различитим уговорима додатно ојачава позицију јавног субјекта утолико што му даје више основа за предузимање мера и активности предвиђених уговором, или активирања различитих механизма, односно поступака у случају повреде ове уговорне обавезе – почев од накнаде

⁸¹¹ *Standardization of PFI Contracts*, 125.

штете за повреду изјава и гаранција датих у уговору, накнаде штете у случају повреде уговорне обавезе из основног уговора, преко „истискивања“ из заједничког привредног друштва те могућности покретања статусног спора.

Осим настојања јавног субјекта да своју позицију осигура у односу на приватног субјекта кад је реч о његовим уделима/акцијама у пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву, овакво право јавног субјекта може да буде ограничено паралелним захтевом финансијера у пројекту, који у циљу обезбеђења својих интереса, односно обезбеђења свог потраживања према пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву, могу да захтевају да оне ступе у пројекат на место пројектног друштва, односно да стекну уделе/акције у пројектном друштву, како би, каснијим располагањем у корист субјекта који је у стању да пројекат изнесе, могле да обезбеде даљу реализацију пројекта. Будући да финансирање пројекта зависи од финансијера пројекта, без обзира на то што они нису уговорна страна у односу са јавним субјектом, финансијери пројекта снагом своје финансијске моћи, али и зависношћу успеха пројекта од њиховог одобравања финансирања, врше ограничење права јавног субјекта, на начин да његова начелна забрана располагања установљена у односу на приватног субјекта бива дерогирана захтевом финансијера пројекта за обезбеђењем које стичу уговарањем права да „ступе у пројекат“ (енг. *step-in right*) и да преузму уделе/акције у пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву, што се, додатно, уговара супротно општим начелима на којима почива одабир приватног субјекта – начелу слободног приступа, једнаког права, и пре свега, начелу конкурентности.

Будући да овакав захтев финансијера пројекта представља агресивно ограничење права јавног субјекта, већина уговора настоји да, у мери у којој је то могуће, избалансира позиције јавног субјекта и финансијера пројекта, предвиђањем одредбе по којој уговор на основу кога финансијери пројекта обезбеђују себи право на стицање удела/акција у пројектном друштву, буде унапред одобрен од стране јавног субјекта. При томе се јавни субјект обавезује према финансијерима пројекта да неће без основа ускратити претходну сагласност на такав уговор,⁸¹² чиме се, практично, једној агресивној политици поступања финансијера пројекта, даје, наизглед, ублажена форма, која је, у ствари, поново мимикрија условљавања, услед ограничења права на ускраћивање сагласности без основа, што је поново ствар тумачења, пре свега самих финансијера пројекта.

⁸¹² *Ibid.*, 127.

2. Разлози за забринutost на страни приватног субјекта

Осим горе поменутог ограничења права на слободно располагање уделима/акцијама у пројектном друштву, које онемогућава приватног субјекта да „изађе“ из друштва, односно да продајом својих удела/акција прибави слободна новчана средства, приватни субјект нема других озбиљних разлога за забринutost. Наиме, јавни субјект који, у случајевима кад је то превиђено уговором, заједно са њим оснива заједничко привредно друштво, по правилу је према приватном субјекту ограничен на исти начин, како је то горе описано. Другим речима, у заједничком привредном друштву установљава се реципрочна забрана располагања уделима/акцијама која одражава паритет уговорних страна.

3. Начини уговорног предупредивања негативних последица промене контроле по пројекат

Промена контроле, и онда кад је уговорена, може да се, на ограничен начин, уговорно контролише у смислу предупредивања негативних последица по пројекат, и то, као што смо имали прилике да видимо, пре свега уговарањем права да се удели/акције пренесу на повезано лице из исте пословне групе, уз обавезну примену института повраћаја у пређашње стање, односно поновног враћања удела/акција, у случају да субјекат на који је пренос извршен престане да буде део пословне групе (енг. *claw-back clause*), или уговарањем обавезног преузимања удела/акција од стране јавног субјекта по унапред уговореној цени.

Уз уговорене механизме којима се настоји осигурати контрола, као отворено остаје питање на који начин се ова контрола процесно осигурава. Иако се ово питање на први поглед може учинити сувишним будући да је, наизглед, питање техничке природе, у пракси уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта се оно додатно проблематизовало, посебно имајући у виду да надлежни државни органи који региструју промену власништва над уделима/акцијама, по правилу, нису упознати са уговореним ограничењем преноса, будући да уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта нису јавни, на начин да су доступни широј јавности, па, тако, ни свим државним органима који могу да буду, на различитим нивоима и у различитом тренутку, укључени у поступања, а упис промене власништва над уделима /акцијама има конститутивно дејство.

У случају заједничког привредног друштва, овај поступак се осигурава колективним потписом законских заступника, од чега се један законски заступник именује на предлог јавног, а други на предлог приватног субјекта. Међутим, у случају пројектног друштва у коме јавни субјект нема контролу над поступањем корпоративних органа, ова контрола се тешко постиже. У пракси је било покушаја да се контрола обезбеди издавањем специјалног

пуномоћја овлашћеном представнику јавног субјекта, али је овакав приступ од стране приватног субјекта окарактерисан као додатна манифестација неповерења у односима јавног и приватног учесника у пројекту. Овај модус, са процесне стране, има крупан недостатак, утолико што не даје јавном субјекту никакву гаранцију поступања пројектног друштва, чији законски заступник може да опозове издато специјално пуномоћје у сваком тренутку, и да самостално, и без знања јавног субјекта, поднесе регистрациону пријаву промене власништва над пројектним друштвом. Иако би исход потенцијалног судског спора у случају овакве повреде уговора био релативно изванредан, проблем постоји у томе што у највећем броју законодавстава упис у релевантан регистар има конститутивно дејство па би поништај уписа могао да буде само последица претходног утврђења повреде уговора. То би било предмет судског спора који би трајао неко време, а последице по пројекат би, у међувремену, могле да буду тешке и непоправљиве, а уколико уговор предвиђа право јавног субјекта на откуп удела/акција у пројектном друштву, и овакав исход би могао да буде потенцијално негативан по јавног субјекта уколико је у међувремену нанета озбиљна штета пословању пројектног друштва, која угрожава даље спровођење пројекта. У таквим случајевима се може поставити и питање да ли би преузимање удела/акција од стране јавног субјекта заиста могло да оправда основно руководеће начело „вредности за новац“. Имајући у виду ограничења о којима је горе било речи, као најоптималније решење у овом смислу истиче се нужност за тешњом сарадњом надлежних државних органа, који ће у циљу заштите општег интереса који се овим пројектима задовољава, доступношћу релевантних докумената и контролом уговорених ограничења и њиховог поштовања осигурати реализацију пројекта, односно извршење уговора, у свему у складу са уговореним условима.

Уз наведене промене контроле у пројектном друштву, посебан облик промене контроле, и то како над пројектним друштвом, тако и над самим пројектом, представља уговорено право преузимања извршења уговорних обавеза пројектног друштва (енг. *step-in right*) у корист финансијера пројекта, о чему ће више речи бити у Глави XXIII, које може да има привремени (ако се пројекат преузима док се не реше проблеми у његовој реализацији, а потом враћа пројектном друштву на даље извршење уговора) или трајни карактер (у случају да привремено вођење пројекта од стране финансијера пројекта не да резултате, у смислу да пројектно друштво не покаже поново успостављени капацитет за извршење уговором преузетих обавеза, финансијери пројекта имају право да пројекат пренесу на другог субјекта, који ће моћи да обезбеди реализацију пројекта), а за разлику од горе описане промене контроле, нема конститутивно дејство, већ је само засновано на уговору.

Велика разлика у односу на горе описане моделе промене контроле и управљања овим процесом је у томе, што се промена контроле на основу директног уговора остварује на основу уговора, којим јавни субјект даје сагласност на „ступање“ финансијера пројекта у

пројекат, на место пројектног друштва, али, што је још деликатније, даје *a priori* сагласност и на крајњи ефекат таквог поступања – пренос пројекта од стране финансијера пројекта на другог субјекта, који ће моћи да настави реализацију пројекта под уговореним условима.

Деликатност и контроверзност овакве промене контроле је најмање тројака: (а) закључењем уговора којим се унапред саглашава са будућом могућом променом контроле, јавни субјект, практично губи право на судску заштиту, јер се промена контроле врши, не супротно уговору, већ управо на основу сагласности јавног субјекта, која се даје унапред, (б) овај поступак се спроводи супротно начелу аутономије воље, које представља основни принцип на коме се заснивају сви уговорни односи – будући да јавни субјект треба да бира своју уговорну страну, а не да прихвата одлуку трећег лица (финансијера пројекта), са којима није у непосредном уговорном односу, и (в) промена уговорне стране се врши супротно начелу јавности поступка, конкурентности и транспарентног одабира приватног субјекта, чиме одабир новог приватног субјекта, који ступа на место приватног субјекта кога је одабрао јавни субјект, пати од читавог низа процедуралних мањкавости у односу на законима уређене поступке на којима почива однос сарадње јавног и приватног субјекта, што овакву промену контроле суштински чини незаконитом.

ГЛАВА XXI

УСТУПАЊЕ УГОВОРА И ИЗВРШЕЊЕ ПОСЛА

Будући да су уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта комплексни, вишеслојни, динамични и споља и изнутра, а пре свега дугорочни, једно од питања које се поставља је и да ли на страни уговарача може да дође до одређених промена током извршења уговора, односно током века трајања пројекта.

Иако иза поступка одабира учесника у пројекту (пре свега приватног субјекта) стоји организован и јаван поступак, те како је, по правилу, јавни субјект страна која иницира пројекте у циљу чије реализације се потом и закључују уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, принцип чијем се остварењу тежи је да током века реализације пројекта не дође до промене уговорних страна. Живот је, међутим, значајно реалнији од очекивања уговорних страна и у пракси се, неретко, може указати и потреба и нужност за оваквим променама – на страни уговорница или финансијера пројекта, који нису уговорна страна, али их по значају стављамо готово у исту раван са јавним и приватним субјектом, због њиховог значаја на судбину реализације пројекта и њихову релевантну тежину у погледу одређивања тренутка и обима измена уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.

Препоручљиво је, у мери у којој је то у датом тренутку могуће, да могућност промене буде препозната још у тренутку закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, односно у тренутку обезбеђивања пројектног финансирања од стране финансијера пројекта, као и да могућност промене уговорних страна буде процесно уређена уговором. Такође, важно је да могућност промене буде ограничена на мањи број уговором уређених случајева, да буде контролисана, добро искомуницирана између уговорних страна, односно других релевантних учесника у пројекту, и што је најважније, да буде обезбеђен механизам промене који ће дати довољно спокоја уговорним странама, односно другим релевантним учесницима у пројекту, да ће пројекат заживети онакав како је иницијално договорен, и да промене, до којих евентуално дође током века трајања пројекта, неће ни на који начин отежати извршење обавеза друге уговорне стране, нити да ће донети додатне обавезе другој уговорној страни, која остаје у уговору.

1. Ограничења уступања уговора на страни јавног субјекта

Иако је када се говори о уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта у дугорочним пројектима који су намењени пружању делатности од општег интереса готово

незамисливо да дође до промене на страни јавног субјекта, ни оваква могућност се не може потпуно занемарити.

Фиксирање јавног субјекта као уговорне стране је оно што се најчешће претпоставља у овим уговорним односима, из разлога што се конкретан пројекат реализује на иницијативу управо конкретног јавног субјекта, који припрема пројекат, спроводи потребне студије и анализе, обезбеђује остваривање општег интереса и дугорочно се стара о њему па алтернација јавног субјекта може да доведе под знак питања и пројекат као такав.

Да ли ће до промене уговорне стране на страни јавног субјекта уопште моћи да дође, веома је конкретно питање и, пре свега, зависи од тога који се јавни субјект јавља у улози уговорне стране, а што је још важније, који се јавни субјект јавља у улози јавног ентитета који ће бити задужен за реализацију пројекта. Ово питање нас још једном посредно враћа и на правни основ из кога, односно на коме се заснива и из кога се изводи конкретан уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, али и на шире обавезе конкретне државе преузете међународним уговорима.

У случају кад се у својству носиоца пројекта и као непосредан јавни субјект који је носилац обавеза из уговора појављује држава (коју репрезентује влада конкретне државе), што је најчешће случај у пројектима од националног, односно стратешког интереса, до промена никада не долази, јер је држава носилац пројекта, а влада конкретне државе је потписник уговора. Оно што може да буде предмет измена код оваквих уговора је промена ресорног министарства у чију надлежност спада извршење обавеза током трајања уговора, односно контрола над извођењем пројекта. Овакве промене нису суштинске, већ само организационо-техничке природе, и не утичу битно на реализацију пројекта и извршење обавеза јавног субјекта.

Сличан случај је и у ситуацијама кад се на страни јавног субјекта појави јединица локалне самоуправе (коју репрезентује влада јединице локалне самоуправе, односно скупштина одговарајуће организационе јединице нижег хијерархијског нивоа). То је најчешће случај у пројектима регионалног, односно локалног карактера, кад је место, односно регија у којој се пројекат реализује битан елемент уговора, те због територијалног принципа на коме је пројекат заснован, до промена јавног субјекта, по правилу, не долази, осим у кадровском смислу, што није околност која материјално утиче на реализацију пројекта.

Међутим, када се у пројектима на страни јавног субјекта јавља јавно предузеће, односно привредно друштво у власништву државе, односно јединице локалне самоуправе, не постоји једнак степен заштите за приватног субјекта, односно за финансијере пројекта, као што је то случај у горе описаним сценаријима, и ово су управо најчешћи случајеви кад долази до промене на страни јавног субјекта.

Промене у овом смислу могу да буду узроковане:⁸¹³ (а) променом закона којим се обављање одређене делатности ставља у искључиву надлежност одређеног јавног предузећа. На пример, доношењем новог закона или изменом сета закона који су важили у време закључења уговора, уређује се да ће се обављање одређене делатности, под коју може да потпада и реализација конкретног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, поверити одређеном јавном предузећу, које може да буде друго јавно предузеће у односу на оно са којим је закључен конкретан уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта; или (б) захтевом на државном нивоу за реорганизацијама, односно власничком, функционалном или имовинском трансформацијом јавних предузећа у циљу оптимализације њиховог пословања, растерећења буџета, одвајања више повезаних делатности на више нових привредних друштава, захтевом за корпоратизацијом јавних предузећа и слично. У оваквим случајевима, посебно када су овакви захтеви узроковани обавезом промене закона која произлази из обавеза преузетих мултилатералним уговором (на пример, обавезе хармонизације прописа у вези са припремом за приступање Европској унији, што је у датом тренутку случај Републике Србије), приватни субјекти, али и финансијери пројекта немају механизме да онемогуће или ограниче овакве промене. Отуда се, као основно питање, поставља питање правне заштите субјеката који немају утицаја на промене јавног субјекта.

Промена јавног субјекта доноси једнаку узнемиреност како на страни приватног субјекта, тако и на страни финансијера пројекта будући да и једни и други желе да имају сигурност да ће обавезе јавног субјекта, у њиховом изворном облику, бити извршене и од стране новог, односно измењеног јавног носиоца пројекта. Захтеви финансијера пројекта, који се у пракси најчешће комбинују, могу да буду различити, као на пример:

(а) захтев да, без обзира на планирану трансформацију, односно реорганизацију јавног предузећа, остане ранији назив јавног предузећа. Овакав захтев се у пракси најчешће појављује у случајевима у којима је међународним уговором закљученим између влада различитих држава одређен јавни субјект који ће учествовати у реализацији пројекта. Оваквим захтевом се практично настоји да се и сам међудржавни споразум посредно потврди, односно да се кроз задржавање назива конкретног јавног субјекта потврди и осигура извршење других међусобних обавеза преузетих одређеним међународним уговором које су важне за реализацију пројекта под договореним условима. У појединим случајевима овакви захтеви производе искључиво психолошки ефекат, а некада иза овог захтева стоје озбиљни интереси који су усредсређени на остваривање каузе самог међународног уговора, и који веома често превазилазе значај конкретног пројекта, односно

⁸¹³ *Ibid.*, 121.

улазе дубоко у област међународне политике и имају битно далекосежније последице од реализације конкретног пројекта,⁸¹⁴

(б) захтев за обезбеђивањем преузимања идентичних обавеза од стране новог субјекта који преузима даље спровођење пројекта, ступајући, у погледу права и обавеза, на место ранијег јавног субјекта, задуженог за спровођење конкретног уговора. Наведени захтев је уобичајен код сваког уговора у коме долази до промене конкретног носиоца посла у име уговорних страна;

(в) захтев да јавни субјект буде, све до пуне реализације пројекта, у искључивом власништву државе, односно конкретне јединице локалне самоуправе, које ни под којим условима, осим оним са којима се унапред сагласи, односно које унапред одобре финансијери пројекта, не могу да пренесу целокупно власништво или део удела/акција на друго правно или физичко лице. Оваквим захтевом финансијера пројекта се, без обзира на промену конкретног носиоца пројекта, одговорност на посредан начин фиксира на оснивача новог учесника у пројекту, чиме се додатно настоји да се „преслика“ власничка структура каква је постојала пре промене на страни носиоца пројекта испред јавног субјекта. Овај захтев је за финансијере пројекта вишеструко важан, пре свега због одговорности јавног субјекта за извршење одређених обавеза чињења – на пример, прибављање дозвола, лиценци, административних одобрења и слично, али је једнако важан и због одређених финансијских обавеза које уговор предвиђа – на пример, улагање у заједничко привредно друштво, преузимање обавезе одређених плаћања у складу са предметом конкретног уговора, преузимање на себе ризика који се не могу осигурати и слично. Фиксирањем власништва над јавним субјектом искључиво на државу, односно јединицу локалне самоуправе, који су и раније били оснивачи, осигурава се извршење обавезе, пруступ буџетским фондовима, и, што је посебно важно, избегава се сценарио у коме други члан/акционар друштва, који може имати различите интересе, може на органима друштва да блокира доношење одређених одлука, те самим тим да онемогући, отежа или проузрокује закашњење у вези са реализацијом пројекта. Овакав захтев је, како смо видели, условно ограничен, будући да, ако оцене да то неће имати утицаја на реализацију пројекта, финансијери пројекта могу да одобре пренос дела удела/акција државе, односно јединице

⁸¹⁴ У појединим пројектима који имају стратешки значај за државе потписнице међународног уговора, и круг финансијера пројекта је ограничен и своди се искључиво на оне који су у служби и под контролом реализације конкретног пројекта. Овакви пројекти су често праћени посебним ограничењима у погледу реализације чак и самих средстава обезбеђења па су и она права финансијера која су типична за комерцијалне аранжмане битно ограничена у смислу субјекта на који се могу пренети удели/акције у пројектном друштву, субјекта на који се може пренети пројекат и слично. Овакви захтеви нису типични само за међународне пројекте од стратешког значаја, већ и за пројекте у којима реализација пројекта, односно изградња одређеног објекта, постројења, односно система подразумева примену посебних технологија, специјализованих знања и, с тим у вези, веома рестриктиван приступ изворима ових сазнања, те тако и веома ограничене могућности уступања пројекта, односно уступања уговора, најчешће унутар исте пословне групе, што је био сценарио у домаћој Студији случаја 2, приказаној у Прилогу бр. 1.

локалне самоуправе на другог субјекта, с тим што тада финансијери пројекта захтевају да изврше увид и да имају контролу над оснивачким актом конкретног јавног субјекта, односно над уговором чланова друштва/акционара конкретног јавног субјекта;

(г) захтев за обезбеђивањем неограничене солидарне одговорности свих субјеката који настану реорганизацијом, односно статусном поделом изворног јавног субјекта. Будући да трансформација, реорганизација, односно статусне промене јавног субјекта најчешће подразумевају настанак више правних субјеката од једног који је иницијално био носилац пројекта, што се најчешће, али не нужно, везује за она привредна друштва у власништву државе која су обављала читав низ делатности који се према регулаторним захтевима морају раздвојити на више одвојених правних лица, финансијери пројекта желе да се обезбеде у погледу извршења обавеза изворног учесника у пројекту, како у погледу извршења обавеза у погледу чињења, тако и у вези са извршењем обавеза у погледу давања. Иако, према општим правилима облигационог права, обавеза треба да је сразмерна имовинској целини која се преноси на одређеног субјекта,⁸¹⁵ финансијери пројекта, у настојању да обезбеде своје потраживање по основу кредита који се даје за скупе и комплексне пројекте, овај захтев постављају најшире могуће, захтевајући неограничену солидарну одговорност свих субјеката који су настали од изворног јавног субјекта који је носилац обавезе, што се у пракси редовно прихвата као захтев, будући да овај захтев најчешће јесте постављен као услов за обезбеђивање финансирања, у случајевима када се тек преговара о обезбеђивању финансирања у фази реализације пројекта у којој се ово питање постави, односно као услов који уговор мора да садржи ако се жели избећи сценарио превремене доспелости обавезе из кредита. Оваквом захтеву финансијера пројекта, по правилу, увек се придружује и приватни субјект, који је спонзор пројектног друштва, које је корисник средстава из пројектног финансирања, који и сам жели да има сигурност у односу на инвестицију коју је уложио, али и у односу на чињења, односно давања која тек треба да изврши;

(д) захтев за издавањем државне гаранције у вези са реализацијом пројекта, а посебно извршењем финансијских обавеза које терете јавног субјекта. Овај захтев финансијера пројекта даје највећи степен заштите њихових интереса, али је у пракси реализације ових уговора веома непопуларан, посматрано из призме јавног субјекта. Издавање државне гаранције представља директно буџетско задужење конкретне државе које је, са становишта јавног субјекта, често неприхватљиво управо зато што се закључењу ове врсте уговора прибегава ради умањења обавеза на давање јавног субјекта, са намером да се ова обавеза

⁸¹⁵ Чл. 452 ЗОО прописује да лице на које пређе, на основу уговора, нека имовинска целина физичког или правног лица или један део те целине, одговара за дугове који се односе на ту целину, односно на њен део, уз дотадашњег имаоца и солидарно са њим, али само до вредности њене активе. Исти члан, такође, прописује да нема правног дејства према повериоцима одредба уговора којом би се искључивала или ограничавала одговорност утврђена према горе наведеном правилу.

пренесе на приватног субјекта те тако обезбеди растерећење буџетских средстава. Са становишта јавног субјекта, овакав захтев финансијских институција које обезбеђују финансирање не би се могао оправдати из перспективе „вредности за уложени новац“ (*VfM*), која би овакву инвестицију једноставним тестом квалификовала као нецелисходну и неоправдану.

2. Ограничења уступања уговора на страни приватног субјекта

Промене на страни приватног субјекта такође су проблематичне, пре свега, због поступка и начина одабира приватног субјекта, који је, уз горе поменути изузетак међународних уговора, по правилу биран у јавном и транспарентном поступку у коме су се цениле његове компетенције за учешће у конкретном пројекту, референце, искуство, поседовање посебних експертских знања, захтеване технологије и едукованог кадра који је способан да реализује конкретан пројекат, испуњености одређених услова у погледу ликвидности, финансијске моћи и потенцијала како приватног субјекта, тако и његових оснивача.

Појам приватног субјекта се, у контексту ове анализе, проширује и на његово повезано лице, односно на његово зависно лице, у зависности од случаја – пројектно друштво, односно заједничко привредно друштво. Јавни субјект, али и финансијери пројекта настоје да, у ситуацијама кад се пројекат реализује у складу са договореним условима, фиксирају присуство приватног субјекта за све време трајања пројекта.

Ступање другог субјекта на место приватног субјекта, односно на место пројектног друштва, може да буде захтев финансијера пројекта, који обезбеђује сигурност финансијера да ће пројекат заживети и да ће они моћи да обезбеде повраћај новчаних средстава која су обезбедили за реализацију пројекта. Овакав захтев финансијери пројекта постављају у контексту сета докумената који служи као њихово обезбеђење, које захтевају за новчана средства која обезбеђују и то најчешће као део „директног уговора“ (енг. *direct agreement* или *lenders direct credit agreement*), о коме ће бити речи у наставку, а којим се финансијерима пројекта дају овлашћења да ступе у уговор (енг. *step-in rights*) и да осигурају замену субјекта који непосредно извршава уговор (пројектно друштво) другим субјектом који ће бити у стању да реализује пројекат и осигура да се све изворно преузете обавезе изврше на уговорен начин и у уговореним роковима. Услов је, како за финансијере пројекта, али и за јавног субјекта, да субјект који ступа на место субјекта који је до тада био главни носилац пројекта, преузме на себе идентична права и обавезе и прихвати сва већ установљена средства обезбеђења, али и сва уговором прописана ограничења, која су најчешће установљена на захтев управо финансијера пројекта. Дакле, могућност промене

приватног субјекта је, по правилу, ограничена и искључиво је у функцији обезбеђења извршења пројекта.

3. Ограничења уступања уговора која се захтевају у односу на финансијере пројекта

Иако се, на први поглед, може чинити да је јавном и приватном субјекту готово свеједно која финансијска институција ће обезбедити финансирање, и ово иницијално запажање најчешће није тачно.

Закључење уговора са финансијерима пројекта наступа после дугих, најчешће вишемесечних преговора, што подразумева приступ свим битним документима који се односе на пројекат, разумевање свих комерцијалних, финансијских и техничких параметара пројекта, разумевање финансијског модела по коме се пројекат реализује, анализу пословног плана пројектног друштва, приступ финансијским извештајима спонзора пројектног друштва, а неретко достављање и других битних података о пословању спонзора, ангажовање стручњака посебне експертизе да испитају целисходност и финансијску исплативост пројекта, што све говори о дубокој инволвираности финансијера пројекта у сам пројекат и подробно познавање документације на којој пројекат почива. Познавање пројекта неретко значи и упознавање са специфичностима конкретног пројекта, који може да укључи до тада непримењене технологије, које су ствар престижа на глобалном нивоу и битке за водеће место у одређеној врсти индустрије, а поједини пројекти нису само пројекти велике вредности у значајној индустрији која је профитабилна и утолико престижна (на пример, енергетика), већ могу да имају и обележја пројеката од националног интереса, од посебне стратешке важности (на пример, пројекти у војној индустрији), који су рестриктивни у различитим аспектима (по правилу, заснивају се на међународним уговорима, стране које извршавају пројекат су унапред познате, а познато је унапред и ко ће обезбедити пројектно финансирање). У оваквим случајевима, јавни субјект жели и настоји свим средствима која су му на располагању да спречи да финансијери пројекта изврше уступање уговора другим финансијским институцијама. Разлози су, пре свега, у вези са природом пројекта – апсолутна тајност података садржаних у пројектној документацији, важност пројекта, национални и стратешки интерес. С друге стране, пројектно финансирање у условима у којима се обезбеђује на комерцијалној основи, карактерише управо флексибилност оваквог уговора који даје право и могућност финансијским институцијама које обезбеђују финансирање да уговор лако и једноставно уступе другим финансијским институцијама, које ће ступити у њихова права и обавезе према пројектном друштву. Дакле, у пројектима јавног и приватног субјекта у обављању делатности од општег интереса, интереси јавног субјекта и финансијера пројекта могу да буду веома удаљени и међусобно ограничавајући.

Како је једна од најважнијих особености ових уговора флексибилност која једина и представља гарант обезбеђења наступања животног века пројекта, поставља се питање на који начин се могу помирити и приближити удаљени ставови и позиције јавног субјекта и финансијера пројекта. Пројекту који има национални или стратешки значај се овакви квалификативи не могу одузети, али се мора обезбедити додатна сигурност за јавног субјекта да ће пројекат и у будућности уживати једнак степен заштите поверљивости какав је то био случај и у директном контакту, преговорима и уговору, односно финансијери пројекта, који обезбеђују финансирање, дужни су да у преговорима у вези са уступањем уговора које воде са другим финансијским институцијама, обезбеде онај степен заштите пројекта које су јавни и приватни субјекти применили у односу са њима.

Јавни субјект ће неретко у пракси инсистирати и на одговорности финансијера пројекта у односу на чување поверљивих података о пројекту, што је обавеза која ће теретити финансијску институцију која је иницијално обезбедила финансирање пројекта, за све време трајања пројекта, односно током извршења уговора, али и у неограниченом трајању касније, посебно у случајевима посебних технологија, осетљивих индустрија и веома специјализованих знања, односно техника, које се примењују у реализацији пројекта, односно спровођењу уговора.

Иако се, кад се говори о финансијерима пројекта и о уступању уговора које они врше на друге финансијске институције, најчешће замишља сценарио добровољног уступања уговора на комерцијалној основи, што он увек формално-правно и јесте, јер се спроводи на основу посебног уговора заснованог на слободно израженој вољи уговорних страна да уђу у конкретан уговорни однос, некада је уступање уговора, које између себе врше финансијске институције, последица околности које финансирање чине недозвољеним. Наиме, у уговорима који уређују пројектно финансирање се често срећу одредбе које уређују сценарио кад финансијској институцији која је обезбедила финансијска средства, према законима њене јурисдикције или услед међународних забрана које погађају њену пословну групу, постаје забрањено, незаконито или недопуштено да пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву из одређене државе обезбеђују пројектно финансирање. Тада је јасно да остајање у уговору није ствар слободне воље, већ законске или какве друге обавезе те би и захтев јавног субјекта да у уговору задржи финансијску институцију којој би остајање у уговорном односу било забрањено, незаконито или недопуштено, био неоснован и претеран. Међутим, јавном субјекту стоје на располагању други механизми заштите, којима се у оваквим случајевима може обезбедити уступање уговора, али се уговором може ограничити круг финансијских институција на које се уступање може извршити.⁸¹⁶ У

⁸¹⁶ *Ibid.*, 122.

уговорима којима се обезбеђује пројектно финансирање могуће је: (а) унапред одредити листу финансијских институција (банака, осигуравајућих друштава, инвестиционих фондова и слично) у односу на које је могуће извршити уступање уговора, ако се за тим укаже потреба, било зато што остајање у уговору постане забрањено, незаконито, односно недопуштено финансијској институцији која је иницијално обезбедила финансирање, или зато што добровољно жели да иступи из уговора – позитивно одређење ограничења, или (б) унапред одредити листу држава које нису прихватљиве у погледу припадности финансијских институција које обезбеђују финансирање и којима се не може извршити уступање уговора – негативно одређење ограничења.

ГЛАВА XXII

ПРЕСТАНАК УГОВОРА

Једну од најважнијих одредаба уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта представља одредба, односно скуп повезаних одредаба које уређују престанак уговора. Одредбе о престанку уговора су једнако важне свим учесницима у пројекту – јавном субјекту, приватном субјекту, односно пројектном друштву, подизвођачима приватног субјекта, односно пројектног друштва, финансијерима пројекта, осигуравачима и слично.

Престанак уговора може бити условљен: (а) протеком времена, након доживљења пуног века трајања пројекта и извршењем свих обавеза уговорних страна (истек уговора), када се сматра да је уговор конзумиран, односно испуњен у целости, или (б) раскидом уговора услед различитих разлога који наступе пре пуног доживљења века пројекта, када уговорне стране, из различитих разлога, немају више разлога да остану у уговорном односу, будући да је извршење уговорних обавеза постало немогуће, онемогућено или тешко спроводиво за неку од уговорних страна или за обе уговорне стране или се кауза уговора више не може испунити.

1. Истек уговора и његове последице

Истек уговора представља жељени начин престанка уговора, на који уговорне стране рачунају, односно који очекују и прижељкују у тренутку закључења уговора. Истек уговора практично значи да је пројекат реализован у потпуности, да су уговорне стране извршиле у целости своје уговорне обавезе, као и да је испуњен циљ (кауза) закључења уговора на страни обе стране уговорнице. Међутим, истек уговора никако не препоставља да уговор није био предмет одговарајућих измена током његове реализације, које су омогућиле да пројекат преживи и достигне свој пуни животни век, што је за уговоре који су предмет ове анализе веома уобичајено и, како је пракса показала, неопходно будући да је у тренутку закључења уговора немогуће фиксирати вишегодишњи, а понекад и вишедеценијски, вишеслојан, динамичан и изнутра и споља жив однос у коме учествује више актера са различитим интересима, различите економске снаге и различите пословне и стратешке оријентације.

Кад пројекат доживи свој пун животни век, основна питања које се постављају су: (а) шта се догађа са имовином која је настала као производ извршења уговора – објектима, постројењима, односно системима који су изграђени, односно реструктурисани тј. оперативно-технички унапређени током трајања уговора, и (б) каква је даља судбина

пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, које је било главни стожер и носилац спровођења пројекта.

(а) Третман објеката, постројења, односно система који су у служби обављања делатности од општег интереса

Питање имовине која је настала као производ извршења уговора се поставља претежно код оних модела уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта који уређују изградњу новог, односно реконструкцију већ постојећег објекта, постројења, односно система, којима је, након окончања изградње, односно реконструкције, одређено уговорено време, управљао, руководио и из оваквих активности остваривао приход приватни учесник у пројекту, односно пројектно друштво/заједничко привредно друштво, кад, након истека уговореног периода, имовина треба да пређе на јавног субјекта (што је најчешћи случај код уговора о концесији, *BOT* уговора и под-модела *BOT* уговора).

Код других модела уговора, који укључују пружање услуга, управљање, закуп, поверавање обављања делатности, односно приватизацију, не долази до настанка, односно до измена/реконструкције објекта, постројења, односно система којима се обавља делатност тј. пружају услуге од општег интереса, већ се у тим моделима знање, умеће и вештина приватног субјекта огледају у унапређењу начина обављања делатности, односно пружања услуга кроз посебне методе, технике, процесе и слично које приватни субјект ставља у функцију обављања делатности/пружања услуга, на имовини која је све време у власништву јавног субјекта, и која је током века трајања пројекта дата на коришћење приватном субјекту, који, користећи имовину јавног субјекта и комбинујући је са својим оперативним и техничким знањима, унапређује обављање делатности, тј. пружање услуга од општег интереса.

Имовина која је настала као производ реализације пројекта, односно извршења уговора, најчешће, прелази на јавног субјекта, што уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезно уређује, с тим што модуси преласка имовине са приватног на јавног субјекта, као и поступак који се спроводи може бити различит, у зависности од конкретног пројекта.⁸¹⁷

⁸¹⁷ *Standardization of PFI Contracts*, 135; ЗППК у чл. 56 прописује да у случају престанка пројектног друштва/друштва посебне намене, објекти, уређаји, постројења и друга средства из оквира предмета јавно-приватног партнерства предају се јавном партнеру. Даље, ЗППК у чл. 57 уређује да по престанку концесионог односа, објекти, уређаји, постројења и друга средства из оквира предмета концесије постају својина Републике Србије, аутономне покрајине, односно јединица локалне самоуправе, осим ако другачије није предвиђено директним уговором, закљученим у складу са ЗППК. Концесионар предаје објекат, уређаје и постројења, као и све друге објекте који су предмет концесије, а који су у својини Републике Србије, аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе, без терета и у стању које обезбеђује њихово несметано коришћење и функционисање.

У зависности од природе конкретног пројекта и његових особености, имовина која је настала као производ реализације пројекта, односно извршења уговора може по својој природи бити таква да се њена сврха искључиво везује за конкретан пројекат, односно да су објекти, постројења, односно системи по својој природи такви да је:

(а) њихов циљ, сврха и оперативна, односно техничко-технолошка вредност тесно повезана са конкретним пројектом (*ексклузивна намена објекта, постројења, односно система*), што је случај код пројеката који подразумевају изградњу и/или реконструкцију путева, железница, мостова, лука, аеродрома, система за транспорт нафте или гаса или каквих других објеката, код којих су природа објекта, његова намена, односно посебна својства која конкретан објекат има ограничавајући фактор у вези са евентуалном алтернативном употребом конкретног објекта, постројења, односно система;⁸¹⁸

(б) да је пројекат такве природе да онемогућава другачију употребу објекта, постројења, односно система (*ексклузивност пројекта*), што је случај код пројеката који имају национални или стратешки значај, када сама природа пројекта и правни основ из кога се пројекат изводи ограничава, односно забрањује, чак и онда када би то технички било могуће, другачију употребу објекта, постројења, односно система, а посебно забрањује ограничавање приступа објекту, постројењу, односно систему трећим лицима и подразумева примену посебно захтевних одредби о заштити поверљивих података у вези са самим пројектом, пројектном документацијом и слично. Ово је најчешће случај у пројектима који се реализују на основу међународних уговора или стратешких партнерстава између држава, као и у пројектима везаним за војну индустрију, научноистраживачки рад или енергетику, где уговори веома често уређују обавезу уговорних страна да, након истека века трајања пројекта, расклопе, односно демонирају објекат, постројење, односно систем који је био предмет пројекта. У пракси, овај захтев обично истиче она уговорна страна која је у пројекат уградила посебну технологију, односно знања, када, у циљу заштите такве технологије и са њом повезаних права интелектуалне својине, пре свега патената или каквих других оперативно-техничких унапређења, та уговорна страна на себе преузима обавезу и комплетан трошак демонирања објекта, постројења, односно система. Чак и у пројектима који нису засновани на међународним уговорима, код којих је наведено готово правило, овај захтев често прати пројекте који задиру у националне интересе, а посебно је повезан са пројектима који укључују националну унутрашњу и спољну безбедност;

⁸¹⁸ Тешко је замислити да ауто-пут буде претворен у железнички транспортни систем, чак и онда када се њихове руте поклапају, јер је природа објекта другачија будући да је условљена природом транспорта и одговарајућом технологијом изградње истог. Као сличан пример може да послужи и пример транспортног система за нафту, који се не може претворити у транспортни систем за гас или у транспортни систем за пренос другог енергента, јер је технологија која прати нафтну индустрију веома специфична и реконструкција, односно евентуална промена намене би практично захтевала извођења новог пројекта са додатним трошковима за еколошку заштиту, санацију и слично.

(в) кад су пројекти локалног карактера и/или су у вези са одређеном посебном погодношћу конкретног локалитета или регије (*територијални ексклузивитет*), кад се објекат, постројење, односно систем везује за одређено природно богатство, извор сировина, напајања или какву другу погодност иманентну одређеном локалитету, односно регији, тада се објекат, постројење, односно систем, по правилу, гради за потребе конкретног локалитета, уз уважавање свих његових локацијских, климатских, геолошких, водних и других техничких специфичности, при чему ова врста ексклузивитета најчешће не фигурира изоловано, већ је тесно повезана са врстом и наменом пројекта.

Као друга категорија пројеката, која стоји насупрот горе описаним, могу се навести пројекти који за предмет имају одређени објекат, постројење, односно систем, који је по својим особеностима такав да се може окарактерисати као пројекат, односно као објекат, односно постројење генералне природе, и у себи не садржи никакву специфичност која ограничава или искључује другачију употребу објекта, постројења, односно система, која таквом пројекту и његовом производу даје одговарајућу „додатну вредност“ (енг. *residual value*), засновану на могућој алтернативној употреби конкретног објекта, постројења, односно система. На пример, изграђени објекат који нема посебна својства, а који је иницијално би замишљен као пословни простор за обављање одређене делатности, може се претворити у објекат намењен становању, или, на пример, објекат који је иницијално био замишљен као школа, може се претворити у објекат намењен деци предшколског узраста, објекту културе, и слично.

Разлика која се прави у односу на две горе описане врсте пројекта заснована је на питању да ли алтернативна вредност пројекта даје пројекту и додатну вредност која се може новчано исказати и, ако му даје такву вредност, на који начин ће та вредност бити исказана у тренутку истека уговора и преласка имовине са пројектног друштва на јавног субјекта, односно да ли оваква „алтернативна“ вредност пројекта даје основ за установљавање и додатне обавезе плаћања приликом преноса имовине.

Алтернативна вредност пројекта, дакле, даје пројекту, односно објекту, постројењу, односно систему који је настао као производ спровођења пројекта, додатну вредност која је мерљива, односно која се може проценити и новчано исказати, у складу са тржишним приликама, у тренутку спровођења пројекта, односно извршења уговора. Ово питање, иако из перспективе истека уговора и реализације пројекта може деловати као мање битно, је питање од суштинског значаја како за пројекат, тако и за уговорне стране, пре свега за јавног субјекта, јер и ово питање задире у питање испуњености критеријума „вредности за новац“ (*VfM*), које јавни субјект континуирано испитује и процењује током читавог века трајања пројекта.

У случају пројеката који немају никакву додатну вредност, услед горе описаних ограничења, јавни субјект, по истеку пројекта, по правилу, без било какве накнаде преузима објекат, постројење, односно систем. Иако се овакав пренос уговором прописује као „аутоматски“, он то у реалном животу најчешће није.

Да би се јавни субјект заштитио у вези са преузимањем објекта, постројења, односно система у тренутку након истека уговора, уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће се прописује поступак и начин преузимања објекта, постројења, односно система. Тако, уговор најчешће садржи одредбу према којој у одређеном року који се уговором посебно прописује,⁸¹⁹ а чија дужина зависи од природе конкретног пројекта, јавни и приватни субјект, односно пројектно друштво, ради утврђења стања објекта, образују заједничку комисију састављену од стручних лица из индустрије под коју потпада конкретан пројекат. Овакве одредбе по правилу садрже концесиони уговори или уговори по *ВОТ* моделу, односно друге под-опције *ВОТ* уговора, који подразумевају изградњу новог, односно реконструкцију постојећег објекта, постројења, односно система, када заједничка комисија има задатак да утврди стање изграђеног, односно реконструисаног објекта, постројења, односно система и пратећих објеката, односно радова који су у функцији конкретног објекта, постројења, односно система, али и да утврди и пропише мере које приватни учесник у пројекту, односно пројектно друштво, треба да предузме, како би објекат, постројење, односно систем довео у стање које ће омогућити несметано, редовно и потпуно обављање делатности од општег интереса након истека уговора, кад ће обављање ове делатности преузети на себе јавни субјект.

Уговор, по правилу, прописује састав такве заједничке комисије и квалификације које треба да испуне чланови комисије, при чему се, у духу обезбеђивања паритета уговорних страна, уобичајено уговара да ће свака страна именовати једнак број чланова ове комисије, а непарног члана, чији је глас одлучујући, споразумно одређују чланови комисије. У случају да чланови комисије не могу да постигну споразум о непарном члану комисије, тада се прибегава другом начину одређивања овог члана који уговор по правилу уређује – најчешће

⁸¹⁹ У пракси, дужина трајања овог периода зависи од природе пројекта. Наиме, у пројектима изградње објекта попут болнице, школе и слично овај период се најчешће ограничава на максимално 12 месеци пре истека уговора. С друге стране, у сложенијим пројектима изградње, на пример, ауто-пута, железничког пута, гасовода или нафтовода, где се објекат, постројење, односно систем територијално протеже већом дужином, ова врста испитивања захтева дуже време, па се код оваквих пројеката често овај рок продужава и на период од 36 месеци пре истека уговора, с тим да се може уговорити да се овај поступак спроводи сукцесивно, по деоницама, односно етапама, с тим да је неопходно уговором обезбедити верификацију већ датог налаза, управо с обзиром на дуг временски период у коме се процес обавља, а током кога, након што је верификација одређење етапе или деонице већ извршена, може настати проблем који онемогућава јавног субјекта да, након преузимања објекта, постројења, односно система, без било каквог прекида, настави да обавља делатност или да пружа услуге од општег интереса, било самостално или посредством другог приватног субјекта кога, по свом нахођењу, може да ангажује за будуће управљање и одржавање објекта, постројења, односно система у циљу одржавања континуитета и квалитета у обављању делатности и начину пружања услуга.

се тада за непарног члана комисије именује представник експертског удружења из конкретне области, које се уговором експлицитно наводи.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта уобичајено садржи и одредбу по којој ће се приватни субјект, односно пројектно друштво, обавезати да ће о свом трошку предузети све мере и активности које заједничка комисија наложи да се предузму. Како уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта не би остао „мртво слово на папиру“, односно како би се осигурала обавеза предузимања мера и активности које је наложила заједничка комисија, уговор уобичајено садржи одредбу према којој јавни субјект има право да, у случају одбијања приватног субјекта, односно пројектног друштва, спроведе захтеване мере, односно активности, односно, у случају пропуштања да то учини у прописаном року, има право да преузме извођење тих радова, односно спровођење захтеваних активности ангажовањем средстава из гаранције за одржавање које је приватни субјект, односно пројектно друштво, било дужно да обезбеди. Овим се осигурава да ће након истека века трајања пројекта, односно даном извршења уговора, моћи да се спроведе примопредаја објекта, постројења, односно система, на начин који ће осигурати да јавни субјект, већ практично наредног дана, може да настави самостално да обавља делатност, односно да пружа конкретну услугу од општег интереса.

Примопредаја објекта, постројења, односно система (енг. *hand-back*), такође се врши на уређен начин,⁸²⁰ уз присуство комисије, коју чине најчешће по један представник јавног субјекта, приватног субјекта, односно пројектног друштва, као и независан члан комисије. У пројектима који укључују изградњу новог, односно реконструкцију постојећег објекта, постројења, односно система, независни члан комисије је управо независни инжењер, који је до тада вршио надзор над спровођењем конкретног пројекта у техничком смислу.

Даном примопредаје престају сва права и обавезе приватног субјекта, односно пројектног друштва, и од тада је јавни субјект искључиво задужен за даље управљање и одржавање објекта, постројења, односно система, и за обављање делатности, односно за пружање услуга од општег интереса.

Објекат, постројење, односно систем који је предмет пројекта, предаје се јавном субјекту у стању оперативне и техничке исправности, и функционалне способности, које обезбеђују несметано, континуирано и безбедно коришћење објекта, постројења, односно система, у пуном капацитету.

Иако се сам објекат, постројење, односно систем, по правилу, предају јавном субјекту без накнаде, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће садржи одредбу према којој јавни субјект има право да откупи од приватног субјекта, односно пројектног друштва,

⁸²⁰ М. Васиљевић, 225-226.

део или целокупну опрему, машине, резервне делове, материјале и друга средства која су била у функцији изградње објекта, постројења, односно система, односно који нису инсталирани у објекат, постројење, односно систем, али су у функцији обављања делатности и обезбеђују несметан, континуиран и целокупан прелазак обављања делатности на јавног субјекта.

Уговор, у оваквим случајевима, унапред одређује и цену по којој ће се право на откуп остварити и то: (а) као цену унапред опредељену у фиксном износу, што је у пракси ређи случај будући да је, у тренутку закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, колико год да је добар финансијски модел на коме је уговор заснован, веома тешко утврдити прецизну пројекцију цене за будући период од неколико деценија, или (б) као књиговодствену цену опреме, машина, резервних делова, материјала и других средстава у функцији објекта, постројења, односно система.

Откуп се, најчешће, уговара као право, али не и као обавеза јавног субјекта, будући да у датом тренутку јавни субјект може адекватну опрему, резервне материјале или сировине да обезбеди по повољнијој цени, у ком случају, ако јавни субјект не искористи ово своје право, може захтевати од приватног субјекта да, о свом трошку, уклони са локације објекта, постројења, односно система ове материјале, резервне делове, опрему, машине и слично, у примерном року који се уговором уреди.

Једно од основних питања које се поставља код пројеката код којих објекат, постројење, односно систем, нема алтернативну употребу, те тако нема ни додатну вредност за коју је јавни субјекат дужан да плати посебну накнаду, је механизам којим ће јавни субјект, пред истек уговора, очувати континуитет и ниво пружања услуга од општег интереса. Ово је веома интересантно питање будући да током реализације пројекта и приватни субјект, односно пројектно друштво, ради оптимизације сопствених трошкова, може неко време пред истек уговора да улаже мање пажње у управљање и одржавање, да ангажује мањи број запослених или да на други начин утиче на квалитет услуга, све ово у циљу умањења оперативних трошкова те тако, посредно, увећања прихода пројектног друштва.

Како су објекат, постројење, односно систем, који су у функцији пружања услуга од општег интереса већ изграђени, прошли су кроз све потребне контроле и потврђено је да су компатибилни пројектној документацији, те како је извесно да ће након истека пројекта исти прећи у руке јавног субјекта, пројектно друштво у циљу смањења сопствених трошкова, а следствено томе и повећања сопствене добити, може да започне са слабо приметним и још теже доказивим врстама уштеда, које могу да се одразе на квалитет услуга од општег интереса. Ова погодност коју себи чини приватни субјект, односно пројектно друштво, супротна је очекивањима јавног субјекта, који све време трајања пројекта настоји да докаже

да је пројекат целисходан и да обезбеђује оптималан начин пружања услуга од општег интереса, у свему заснованом на доказивом критеријуму „вредности за новац“. У пројектима који допуштају могућност продужења трајања уговора, јавни субјект има додатну линију заштите од оваквог поступања пројектног друштва, како следи у даљем излагању.

Поједини уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта допуштају могућност продужења уговора,⁸²¹ кад се уобичајено уговара да на дан истека пројекта, односно на дан извршења уговора, или у периоду од најчешће 12 до 24 месеца пре истека уговора, јавни субјект може послати писано обавештење приватном субјекту, односно пројектном друштву, у коме ће га обавестити да жели да се настави са пружањем услуге од општег интереса од стране приватног субјекта, односно да јавни субјект још увек не жели да на себе преузме пружање услуге од општег интереса. У овом случају, јавни субјект је дужан да благовремено преузме све неопходне активности, како би се обезбедио континуитет пружања услуга од општег интереса под истим условима, као и да субјект који буде задужен за даље пружање услуга од општег интереса поседује све неопходне дозволе, сагласности, одобрења, укључујући и право на коришћење објекта, постројења, односно система. Додатно, јавни субјект је дужан да обезбеди да се наставак пружања услуга од општег интереса врши у свему у складу са начелом конкурентности и једнаког права свих приватних субјеката да јавном субјекту пружају одређене врсте услуга, те ће, с тим у вези, предузети све неопходне активности како би обезбедио овакву конкурентност, ако је потребно и у одвојеном тендерском поступку, а уговор, ради обезбеђивања континуитета у пружању услуга од општег интереса може да предвиди обавезу приватног субјекта, односно пројектног друштва, да обавезно учествује у конкурентном поступку одабира након истека уговора.

Управо могућност продужења уговорног односа јавног и приватног субјекта може представљати подстицај приватном субјекту да обавља делатност, односно да обезбеди управљање објектом, постројењем, односно системом на начин који ће бити одговарајући стандардима обављања делатности, односно пружања услуга, те одржавања и управљања, уз пуно уважавање интереса јавног субјекта, као и одређену гаранцију јавном субјекту да ће приватни субјект, односно пројектно друштво, у циљу наставка сарадње, учинити све што је у његовој моћи да настави сарадњу, а што ће, пре свега, доказивати испуњеним стандардом обављања делатности, односно оствареним квалитетом пружених услуга од општег интереса.⁸²²

⁸²¹ Ако за то не постоје ограничења условљена самом природом пројекта или ако није истекао максимални век трајања конкретног уговора у складу са регулаторним захтевима.

⁸²² *Standardization of PFI Contracts*, 135.

У пројектима у којима постоји могућност да се изграђени, односно реконструисани објекат, постројење, односно систем користи, након истека века пројекта, односно након извршења уговора, и у друге сврхе, ова „алтернативна“ вредност објекта, постројења, односно система таквом објекту/постројењу/систему даје додатну вредност, те је код ових пројеката уобичајено, за разлику од пројеката код којих објекат/постројење/систем нема алтернативну вредност, и код којих јавни субјект преузима објекат/постројење/систем, без плаћања било какве накнаде, да приликом преузимања објекта/постројења/система, јавни субјект, уколико жели да преузме објекат/постројење/систем, плати одређену накнаду приватном субјекту, односно пројектном друштву.⁸²³

У оваквим уговорима је уобичајено да у одређеном временском периоду који претходи дану истека пројекта, односно дану пуног извршења уговора,⁸²⁴ јавни субјект упутно писано обавештење приватном субјекту, односно пројектном друштву, у коме га обавештава о томе да ли жели да: (а) преузме објекат, постројење, односно систем, од приватног субјекта, односно пројектног друштва, и да му за то плати одређену накнаду; или (б) пружање услуге од општег интереса, које се обезбеђује посредством објекта, постројења, односно система који је предмет пројекта, настави да обавља приватни субјект, односно пројектно друштво, под условом да под конкурентним условима учини најповољнију понуду у поступку јавне набавке ове врсте услуга, након истека рока трајања уговора, у свему у складу са начелом конкурентности.

У овом случају је веома важно имати у виду следећу околност – у случају кад на новом јавном тендеру за најповољнијег понуђача буде одабран приватни субјект, односно пројектно друштво које је већ у уговорном односу са јавним субјектом, јавни субјект овим обезбеђује приватном субјекту, односно пројектном друштву, да и након истека уговора настави да приходује од обављања делатности од општег интереса, за шта му накнаду исплаћује или јавни субјект или крајњи корисници услуга, како је применљиво у конкретном случају. Цена продужења трајања уговора, на неки начин, представља цену коју би јавни субјект био дужан да плати приватном субјекту, односно пројектном друштву, да преузима објекат, постројење, односно систем ради даљег обављања делатности од општег интереса. Међутим, у случају када на тендеру за пружање услуга од општег интереса, у условима конкурентности, најповољнију цену понуди неки други приватни субјект, јавни субјект је дужан да приватном субјекту, односно пројектном друштву са којим је у уговорном односу, плати ову додатну вредност објекта, постројења, односно система, како би омогућио преузимање објекта/постројења/система и давање прилике другом приватном

⁸²³ *Ibid.*, 137.

⁸²⁴ Овај рок је у пракси закључења ових уговора значајно краћи од рока који се уговара код уговора код којих објекат, постројење, односно систем нема алтернативну употребу.

учеснику да, под повољнијим условима, обавља делатност пружања услуга од општег интереса. У оваквој ситуацији, јавни субјект плаћа цену преузимања објекта/постројења/система, али потом, руковођен принципом „вредности за новац“, обезбеђује обављање делатности од општег интереса под повољнијим условима.

Ради оптимизације својих трошкова, јавни субјект може да покуша да на новог приватног субјекта пребаци трошак цене коју је дужан да плати приватном субјекту, односно пројектном друштву са којима је у уговорном односу, и то, или кроз уговарање да ће приватном субјекту, односно пројектном друштву, додатну вредност објекта/постројења/система платити други приватни субјект, или, тако што ће, што је чешћи случај у пројектима у којима јавни субјект плаћа накнаду приватном субјекту, умањити износ накнаде до момента пребијања овог трошка са својом обавезом.

Уговори јавног и приватног учесника у пројекту такође прописују да, у случају да јавни учесник у пројекту у року прописаном уговором не учини писано обавештење приватном учеснику у пројекту, односно пројектном друштву, ће се сматрати да је донео одлуку да спроведе јавни поступак у коме ће могућност пружања услуга од општег интереса понудити приватном учеснику у пројекту под конкурентним условима, као и према свим другим приватним субјектима који имају квалификације и капацитет да пружају услуге од општег интереса.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта уобичајено садрже и одредбу да је приватни субјект, односно пројектно друштво, дужан да јавном субјекту преда сву документацију неопходну за одржавање, односно управљање објектом, постројењем, односно системом, како би се осигурало да јавни субјект, односно друго лице коме он повери обављање делатности пружања услуга од општег интереса, може, користећи се објектом, постројењем, односно системом, да настави континуирано обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса једнаког квалитета, и, ако је могуће, под још повољнијим условима.

Додатно, на овом месту аутор указује и на одређене специфичне одредбе којим јавни и приватни субјект могу установити одговарајуће међусобне обавезе у одређеним врстама пројеката, након истека трајања пројекта, односно потпуног извршења уговора. Наиме, у пројектима који имају национални или стратешки значај, јавни и приватни субјект, на сличан начин како је то горе наведено, могу уредити могућност продужења уговора и за додатно време, али максимално до најдужега рока на који се одређене врсте уговора могу закључити према меродавном праву државе у којој се пројекат реализује. Ако је ова могућност исцрпљена или ако се она не жели искористити, у пројектима од стратешког значаја, а посебно у оним пројектима који укључују посебне технологије за које уговорне стране не желе да доспеју у јавни домен, нити да се са њима упозна било које треће лице,

уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта може предвидети да након истека пројекта, односно пуног извршења уговора, уговорне стране имају обавезу да раставе, односно размонтирају објекат, постројење, односно систем који је служио обављању делатности од општег интереса. У овим случајевима, уговор посебно уређује на чији терет и на чији трошак пада ова обавеза. Најчешће се уговара равноправно сношење трошка у вези са овим активностима, а активности у вези са предузимањем конкретних радњи на растављању, односно размонтиравању објекта, постројења, односно система, по правилу, представљају обавезу оног субјекта који је спроводио активности на њиховом постављању, повезивању и обезбеђивању функционалног управљања, јер је тој страни блиска и техника и технологија извођења потребних активности. Уговор тада најчешће прописује и одређени примерен рок у коме се ове активности сукцесивно предузимају.

(б) третман пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва након реализације пројекта

Пројектно друштво, односно заједничко привредно друштво, како је применљиво, оснива се у складу са основним уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта за потребе учествовања у реализацији конкретног пројекта. Другим речима, привредно друштво оснива се, послује и у искључивој је функцији конкретног пројекта. Отуда и само трајање овог привредног друштва зависи, односно у директној је повезаности са трајањем пројекта у циљу чије реализације се и оснива.

У случају кад су јавни и приватни субјект основали заједничко привредно друштво, односно кад је на основу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, друштву које је основао јавни субјект приступио приватни субјект у поступку докапитализације, односно кад је докапитализацију привредног друштва које је основао приватни субјект извршио јавни субјект, што је у пракси могућ, али знатно ређи случај, јавни и приватни субјект уређују уговором да се, након преноса објекта, постројења, односно система на јавног субјекта, чиме у потпуности престаје потреба за постојањем пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, има приступити ликвидацији конкретног друштва.⁸²⁵

С тим у вези, јавни и приватни субјект преузимају обавезу да ће, након преноса објекта, постројења, односно система на јавног субјекта сазвати и одржати седницу скупштине, на којој ће, унапред међусобно се обавезујући на такво гласање, једногласно донети одлуку о престанку друштва и о покретању поступка ликвидације над конкретним пројектним друштвом. Одлука о покретању поступка ликвидације ће, најчешће, истовремено

⁸²⁵ ЗЛПК у чл. 56 прописује да друштво посебне намене престаје истеком рока на који је основано, ако јавним уговором није другачије предвиђено, као и у другим случајевима прописаним законом или јавним уговором.

садржати и одлуку о именовану одређеног лица за ликвидационог управника.⁸²⁶ И у поступку престанка друштва, јавни и приватни субјект могу желети да задрже паритет кад се уговара именовање два ликвидациона управника, најчешће уз заједнички потпис. Покретање поступка ликвидације, свакако, подлеже општим правилима покретања и вођења поступка у складу са прописима државе седишта конкретног привредног друштва, уз претпоставку испуњења претходних услова за покретање поступка ликвидације – да је имовина пројектног друштва таква да се из ње могу намирити потраживања свих његових поверилаца.

Покретање поступка ликвидације не спречава, али његово окончање битно ограничава постојање спорова, тако да је у пракси препоручљиво да се поступак ликвидације започне онда кад су већ окончани евентуални арбитражни, судски поступци и/или управни поступци у којима је пројектно друштво уговорна страна.

Имајући у виду веома велики значај и улогу финансијера пројекта на реализацију пројекта сарадње јавног и приватног субјекта, у највећем броју оваквих уговора који укључују елементе пројектног финансирања, доношење одлуке о покретању поступка ликвидације пројектног друштва условљено је претходном сагласношћу финансијера пројекта, који се обавезују да овакву сагласност неће неосновано ускратити, управо из разлога што су управо финансијери пројекта и највећи повериоци пројектног друштва. Међутим, околност да је пројекат доживео свој пун животни век, односно да је уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта извршен у целости, претпоставља да је успешно окончана и друга фаза реализације пројекта – фаза оперативног пословања, током које је пројектно друштво обављало делатност од општег интереса и приходовало из обављања делатности те да је своје обавезе према финансијерима пројекта извршило у целости.

Како окончање поступка ликвидације подразумева исплату, односно пренос ликвидационог вишка оснивачима друштва – спонзорима, јавни субјект најчешће инсистира на томе да, ако је предмет његовог улога у заједничко привредно друштво био неновчани улог – непокретности, права и слично, у случају ликвидације друштва, у мери у којој је то могуће, јавном субјекту буде враћено управо оно што је као оснивачки улог унео у друштво. У случају, који се у пракси може догодити, да би и приватном субјекту, због односа учешћа у капиталу, могао да припадне део неновчаног улога јавног субјекта, најчешће се, ради заштите општег интереса, а посебно имовине у власништву јавног субјекта и очувања њене целовитости и недељивости, уговара да ће јавни субјект имати право да исплати приватног субјекта по цени која се дефинише у уговору.

⁸²⁶ ЗПД, чл. 529.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта могу предвидети и могућност да, након истека века пројекта, јавни субјект, по цени која се уговором унапред одреди, може да откупи целокупан удео, односно све акције приватног субјекта у пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву. Ова могућност предвиђа се у оним случајевима кад јавни субјект жели да задржи корпоративну структуру каква је постојала током реализације пројекта, односно ако жели да делатност од општег интереса даље наставља да обавља субјект који је фигурирао као пројектно друштво, а које сада остаје привредно друштво у искључивом власништву јавног субјекта. Јавни субјект може да има различите интересе што жели да задржи корпоративну структуру каква је постојала раније, а његов интерес може да буде сличан интересу приватног субјекта, који оснива посебно друштво, које жели да организационо, технолошки и, што је нарочито значајно, финансијски држи одвојено од својих других пројеката, привредних друштава које такође има у свом власништву (енг. *project ring-fencing*). Овакав приступ је неопходан у случају кад је регулаторни услов да се одређеном делатношћу бави у ту сврху посебно регистрован привредни субјект, а некада због значаја саме делатности, препознатљивости брэнда или каквих других комерцијалних и/или финансијских разлога, јавни субјект има интерес да одржи овакву структуру.

Оно што је посебно важно у овим случајевима је да се цена акција, односно удела које јавни субјект откупљује од приватног субјекта, такође уреди на начин да у свему одговара принципу „вредности за новац“ те је стога препоручљиво да се вредност удела, односно акција, унапред уговори. И за овакву врсту располагања уделом/акцијама, најчешће се захтева сагласност финансијера пројекта, али имајући у виду фазу реализације пројекта, која претпоставља да је целокупан дуг према финансијерима пројекта већ исплаћен, финансијске институције, најчешће, немају основа да блокирају, односно спрече овакав пренос удела, односно акција.

На овом месту посебно напомињемо да се пренос, односно располагање уделима, односно акцијама, који наступа након реализације пројекта, не може упоређивати са забрањеним преносом, односно располагањем уделима/акцијама током века трајања пројекта, јер је циљ и сврха ових одредаба суштински другачија и сваки од ових сетова уговорних норми иманентан је фази реализације пројекта. Забрана располагања уделима, односно акцијама током трајања пројекта је у служби обезбеђивања реализације пројекта, а пренос удела, односно акција након реализације пројекта, последица је истека, односно пуне реализације пројекта кад уговорне стране, на унапред уговорен начин, слободно регулишу своје имовинско-правне односе.

2. Раскид уговора и његове последице

Уговорни однос јавног и приватног субјекта може, међутим, да престане и пре истека века трајања пројекта, односно пре потпуног извршења обавеза уговорних страна, раскидом уговора, услед бројних и различитих разлога на страни јавног субјекта, на страни приватног субјекта, односно пројектног друштва, на страни оба учесника у пројекту (споразумни раскид уговора), или услед наступања догађаја на који уговорне стране нису имале утицаја, а који су по својој природи такви да су довели до престанка уговорног односа пре наступања века трајања пројекта. Имајући у виду различитости модела уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешће није могуће на општи начин уредити основе за раскид уговора, већ се они таксативно уређују од случаја до случаја, у зависности од појединости конкретног пројекта и обавеза уговорних страна у сваком појединачном уговору.

Питање раскида уговора је уско повезано са питањем одређења накнаде за раскид уговора, која се одређује у различитим износима у зависности од основа за раскид уговора, тренутка у коме долази до раскида уговора те околности постоји ли кривица уговорних страна за раскид уговора.

(а) Повреда уговорних обавеза од стране јавног субјекта

Повреда уговорних обавеза јавног субјекта, гледајући фазе реализације уговора, може се генерално посматрати као: (а) повреда уговорне обавезе јавног субјекта током фазе изградње новог, односно реконструкције већ постојећег објекта, постројења, односно система, и (б) повреда уговорне обавезе јавног субјекта током оперативне фазе реализације пројекта, која подразумева да већ постоји изграђен објекат, постројење, односно систем, који је стављен у функцију, односно да су испуњени сви услови за несметано обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса.

Повреда уговорне обавезе јавног субјекта током фазе изградње може настати услед нечињења или услед чињења јавног субјекта.

Обавезе јавног субјекта у фази изградње објекта, постројења, односно система, могу се груписати у три категорије: (а) обавезе јавног субјекта у вези са оснивањем пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, које се појављује у улози носиоца пројекта, односно инвеститора, (б) обавезе јавног субјекта у вези са прибављањем дозвола, сагласности, одобрења, лиценци и других потребних докумената, којима се потврђује испуњеност претходних услова за започињање радова на изградњи, односно реконструкцији објекта, постројења, односно система, и (в) друге обавезе јавног субјекта.

У случају кад пројектно друштво оснива приватни субјект, обавеза јавног субјекта може бити слична обавези прибављања сагласности, одобрења и дозвола. Тада се, наиме, обавеза јавног субјекта састоји у омогућавању испуњења свих претходних услова којима се обезбеђује оснивање и регистрација пројектног друштва. У зависности од природе делатности пројектног друштва, у складу са регулаторним захтевима државе седишта друштва, оснивање привредног друштва може да буде условљено добијањем претходних сагласности надлежних државних органа, кад обавеза јавног субјекта најчешће подразумева подршку у поступку оснивања пројектног друштва. У вези са овим питањем, из праксе спровођења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, који су садржали овакву обавезу јавног субјекта, веома је важно прецизно уредити обавезу јавног субјекта, на начин да омогући, подржи тј. обезбеди добијање потребних дозвола, сагласности и слично, односно омогући регистрацију пројектног друштва, под условом да је приватни субјект благовремено обезбедио потпуну документацију, у свему у складу са регулаторним захтевима државе у складу са чијим прописима се оснива привредно друштво.

Врста обавезе јавног субјекта зависиће од тога ко се јавља у својству уговорне стране испред јавног субјекта. У случају кад је уговорна страна држава, што се релативно ретко дешава, обавеза такве уговорне стране може да буде довољно широка да обухвати различите државне органе који треба да подрже одређени поступак. У пракси, у својству јавног субјекта се много чешће појављује или јавно предузеће или јединица локалне самоуправе, чије су могућности у исходовању добијања потребних дозвола, сагласности или лиценци битно ограничене у односу на државу, те, стога, треба веома пажљиво формулисати обавезе јавног субјекта у циљу избегавања нереалних очекивања приватног субјекта. Бројни проблеми који су у пракси спровођења ове врсте уговора настајали, углавном су почивали на нереалним очекивањима приватног субјекта да ће, без обзира на квалитет достављење документације, привредно друштво бити основано у роковима који су предвиђени уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта, што јавни субјект није могао, нити желео да допусти без испуњења свих услова који се захтевају за било које друго привредно друштво које обавља исту врсту делатности.

У случају оснивања заједничког привредног друштва, које за потребе спровођења пројекта заједнички оснивају јавни и приватни субјект, осим горе наведених обавеза, обавеза јавног субјекта је повезана и са обезбеђивањем оснивачког улога (новчаног и/или неновчаног). У случају кад обавеза јавног субјекта у вези са оснивањем заједничког привредног друштва обухвата и обавезу уношења неновчаног улога, приватни субјект најчешће инсистира да се у уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта пропише одредба да приватни субјект уноси, односно уплаћује капитал у заједничко привредно друштво из неколико наврата, тако што ће приватни субјект уплатити новац или унети неновчани улог

(најчешће опрему) онда када јавни субјект изврши уношење неновчаног улога, најчешће непокретности, односно када заједничко привредно друштво буде уписано у јавним регистрима као титулар одређеног права,⁸²⁷ као што је то би случај у домаћим Студијама случаја 1 и 2. Обавеза прибављања локације, односно земљишта од стране јавног субјекта може да буде веома деликатна, не само из процедуралних разлога, већ некада узрокована специфичностима конкретног пројекта.⁸²⁸

Како се дужности јавног субјекта у фази изградње, пре свега, односе на обавезу прибављања потребних дозвола, одобрења, сагласности и лиценци које представљају нужан предуслов да се започне са извођењем радова на изградњи, јавни субјект ову своју обавезу може прекршити неиздавањем поменутих дозвола, одобрења, сагласности и/или лиценци, или доцњом у њиховом издавању.

И на крају, са становишта обезбеђивања услова за извршење пројекта посебно могу да буду деликатне тзв. друге обавезе јавног субјекта. Ове обавезе јавног субјекта не морају да буду нужно повезане са реализацијом пројекта, али их јавни субјект преузима у циљу подстицаја за инвестирање у одређеној регији, кад, уз обезбеђивање остваривања општег интереса у вези са одређеном врстом делатности од општег интереса, одређени пројекат има шири друштвени значај – оживљавање производње у одређеној регији, подстицај даљим инвестирањима у одређеној регији, повећање стандарда грађана одређене регије и слично. Ове обавезе се веома често односе на додатна давања од стране јавног субјекта, као на пример – изградња приступних путева, железничког приступа, приступа реци, луци, и слично. Дакле, реч је о обавезама које нису нужно повезане са реализацијом пројекта, али објекту, постројењу, односно систему дају додатну вредност, олакшавају поступак изградње, односно реконструкције објекта, постројења, односно система, или на други

⁸²⁷ Заједничко привредно друштво може да буде уписано као власник или као корисник одређене непокретности.

⁸²⁸ У пракси уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта у Републици Србији виђени су бројни покушаји злоупотребе обавеза приватног субјекта, који су настали било као последица неискуства или незнања јавног субјекта, или као последица недовољног или недовољно прецизног уређења уговорних обавеза јавног субјекта. Један од таквих пројеката представља пројекат изградње соларних паркова у Републици Србији намењених производњи електричне енергије из обновљивих извора енергије, дакле једној од делатности од општег интереса, који је доспео у јавност када је приватни субјект у новинским чланцима, односно другим јавним иступима, ставио у изглед покретање арбитражног поступка против Републике Србије због кршења уговорних обавеза предвиђених предметним уговором. Обавеза Републике Србије у предметном пројекту подразумевала је, између осталог, обезбеђивање земљишта одређене површине, на одређеној локацији, које је морало да испуни одређене услове у погледу топографије, да буде на одређеној надморској висини и испуни друге стандарде веома специфичне индустрије производње електричне енергије из енергије сунца, при чему се Република Србија обавезала да приватном субјекту достави списак локација, са спецификацијом површине, у односу на који је приватни субјект требало да се изјасни да ли им је понуђено земљиште прихватљиво. Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта није детаљно уредио спецификацију земљишта, начин одабира земљишта, поступак у коме се одабирају локације, поступак и рок у коме приватни субјект цени испуњеност услова и обавештава јавног субјекта у форми аргументованог и елаборираног извештаја у чему се огледају евентуална одступања у особеностима земљишта, и поступак и рок за отклањање неусаглашености, односно замену иницијално одабраног земљишта другим, што је резултирало различитим тумачењима јавног и приватног субјекта да ли је јавни субјект своју обавезу извршио или није. Епилог оваквог уговарања обавезе јавног субјекта очекује се у, најављеној, арбитражи.

начин посредно доприносе реализацији пројекта. Приватни субјект, али и финансијери пројекта ће настојати да и ове обавезе јавног субјекта, повежу са оним које су у непосредној функцији реализације пројекта, односно покушаће да поступање супротно овим обавезама уговором уреде као основ за раскид уговора. Јавни субјект ће, с друге стране, настојати да ове обавезе искључи из домена основа за раскид уговора, што је оправдана и препоручљива позиција, будући да је природа ових обавеза другачија у односу на изворне уговорне обавезе које су у непосредној функцији спровођења пројекта. Будући да ове обавезе нису акцесорне у односу на пројекат, већ подстицајне природе, уговор треба да начини јасну разлику између обавеза које се односе на пројекат и оних које нису у функцији пројекта.

Осим горе наведених обавеза чињења, јавни субјект се уговором може обавезати и да током трајања пројекта, односно током извршења уговора, неће предузимати одређене радње, односно јавни субјект може преузети на себе одређене обавезе нечињења. Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, тако, најчешће садржи одредбу којом се јавни субјект обавезује да неће залагати своје уделе, односно акције у пројектном друштву; да неће иницирати покретање поступка престанка пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва; да неће неосновано покретати поступак одузимања дозвола, лиценци, сагласности и других регулаторних одобрења неопходних за започињање обављања или обављање било радова на изградњи објекта, постројења односно система, или обављање делатности од општег интереса; да неће у односу на имовину пројектног друштва, односно имовине заједничког привредног друштва покретати поступак експропријације или какав други поступак усмерен на одузимање ма ког дела имовине тог друштва; и сличне обавезе.

Током оперативне фазе реализације пројекта, односно извршења уговора, основна обавеза јавног субјекта односи се на плаћање накнаде за пружање услуга од општег интереса те се, с тим у вези, јавни субјект обавезује да ће ову накнаду плаћати у уговореном, или одредивом износу, и уговореним роковима, односно обавезује се да неће неосновано и неоправдано обуставити извршење ове своје обавезе.

Приватни субјект, по правилу, има право да захтева раскид уговора у случају неизвршења обавезе јавног субјекта, с тим што се у пракси закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта ово право уговара, најчешће, за случај озбиљнијих повреда уговора, односно повреда уговора од стране јавног субјекта, које су такве природе да се без њиховог предузимања пројекат не може даље реализовати, односно уговор се даље не може спроводити.

Раскид уговора од стране приватног субјекта најчешће није аутоматски, односно јавном субјекту се, по правилу, мора оставити, и тако се и уговара, одређени временски период у коме је дужан да изврши своју обавезу пре него што приватни субјект може да оствари своје право на раскид уговора. Ова пракса утемељена је на уважавању околности да

јавни субјект, због својих процедуралних ограничења, веома често у извршењу своје обавезе мора да покрене читав низ различитих поступака, који подразумевају различите рокове и различите инстанце у доношењу одлука, а неретко и више инстанци у низу. Тако, у случају наступања околности која, по мишљењу приватног субјекта, представља основ за раскид уговора, приватни субјект је дужан да јавном субјекту достави обавештење о намери раскида уговора у коме јавном субјекту даје, осим обавештења, и кратку информацију о разлозима на којима базира своју одлуку, а уговор се има сматрати раскинутим истеком уговором предвиђеног рока, у пракси најчешће од 60 до 90 дана, колико је неопходно да се у управном поступку донесе одређени акт, односно исходује доношење одређене одлуке државног органа, ако јавни субјект у овом року не изврши своју уговором предвиђену обавезу.⁸²⁹

Раскид уговора од стране приватног субјекта у случају повреде обавеза јавног субјекта повлачи за собом питање накнаде штете. За разлику од општих правила у погледу одређивања накнаде штете, ови уговори подлежу одређеним специфичностима које су повезане са природом уговора, предметом обавезе и поделом ризика између јавног и приватног субјекта, а одражавају се на критеријуме који се обавезно узимају у обзир приликом одређивања висине накнаде штете.

Основни принцип који опредељује начин одређивања висине накнаде штете је *принцип потпуног обештећења*, према коме приватни субјект, али и финансијери пројекта, треба да буду стављени у позицију као да раскида није ни било, односно као да ће уговор бити извршен у целости.

У вези са принципом потпуног обештећења, на страни приватног субјекта узимају се у обзир, процењују и обрачунавају следеће вредности:

(а) вредност удела у пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву, узимајући у обзир вредност новчаних и неновчаних улога приватног субјекта, а све ово према тржишној вредности удела, односно акција на релевантном тржишту;

(б) вредност друге врсте улагања које је приватни субјект извршио, у шта се урачунава вредност уговора, односно опреме, материјала, машина, делова и слично, које је приватни субјект закључио, односно наручио у циљу споровођења пројекта. У вези са овим питањем неопходно је водити рачуна о два веома деликатна момента: (i) код инвестиционих пројеката, без обзира на њихову величину и вредност, опрема, материјал, машине и делови се наручују месецима, а некада и годинама унапред, а приватни субјект, односно пројектно друштво, преузима обавезу плаћања у складу са планираним финансијским моделом, својим пословним планом и буџетом, и (ii) за велики број пројеката који се реализују у домену

⁸²⁹ *Standardization of PFI Contracts*, 140.

обављања делатности од општег интереса, значајан део наруџбина представљају посебне наруџбине учињене за конкретан пројекат, односно наручене машине, опрема, односно материјал се тешко могу прилагодити некој другој сврси или намени, јер су, по правилу, наменски и наручиване;

(в) приватни субјект, односно пројектно друштво, веома ретко пројекат изводи сам. Значајно чешћи случај је ангажовање мреже подизвођача, у односу на које приватни субјект, односно пројектно друштво, има обавезу плаћања по основу закључених уговора, с тим што у овај обрачун мора да уђе и калкулација накнаде коју ће подизвођачи морати да плате у случају раскида уговора које су они закључили на набавку опреме, материјала, делова и слично, ако оваква обавеза лежи и на њима;

(г) приватни учесник, односно пројектно друштво, има трошак запослених које је ангажовао на конкретним пословима за све време трајања пројекта, којима према закљученим уговорима плаћа уговорене зараде, односно припадајуће порезе и доприносе, и друго.

С друге стране, пројектно друштво у прилично раној фази пројекта закључује уговоре о обезбеђивању финансијских средстава будући да се код ове врсте пројеката, како смо то већ имали прилике да видимо, претежан део пројекта финансира из пројектног финансирања. Пројектно финансирање може да буде организовано на више нивоа, које може да предвиђа субординисано пројектно финансирање и пројектно финансирање, које има приоритет у измирењу обавеза, при чему накнада, која се исплаћује приватном субјекту, мора да уважи и укључи све ове изворе финансирања приватног субјекта, односно пројектног друштва. Отуда се, у датом тренутку кад се одређује висина накнаде коју јавни субјект треба да исплати приватном субјекту, цени тржишна вредност како капитала пројектног друштва, али и финансирања које су обезбедили финансијери пројекта, подела ризика између јавног и приватног субјекта, понуда и потражња за уговором исте или сличне врсте на релевантном тржишту, као и вредност имовине пројектног друштва на дан раскида уговора.

Вредност имовине представља веома битну ставку будући да имовина пројектног друштва, након раскида уговора и исплате накнаде која се плаћа приватном субјекту, односно финансијерима пројекта, по правилу, прелази на јавног субјекта. Имовина пројектног друштва, код велике већине пројеката који се реализују на основу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешће нема алтернативну употребу, те се она, по правилу, преноси јавном субјекту, а питање додатне вредности ове имовине у пракси се веома ретко појављује. Међутим, постоје пројекти, у којима имовина пројектног друштва има и одређену алтернативну употребу, те, с тим у вези, и одређену додатну вредност коју је јавни субјект тада дужан посебно да плати приватном субјекту.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће садрже одредбу према којој се у случају раскида уговора услед повреде обавезе јавног субјекта, јавни субјект обавезује да приватном субјекту исплати одговарајућу накнаду која представља збир следећих вредности.⁸³⁰

(а) вредности накнаде која се плаћа у случају раскида уговора о пројектном финансирању који има приоритет у наплати, који укључује све износе који су доспели на плаћање до дана раскида уговора, укључујући у ову калкулацију како износ главног дуга, тако и износ доспеле камате по основу уговора о кредиту, али и збир укупних трошкова и камата по основу раскида уговора о кредиту, односно трошкова посредника, агената и других лица који су настали у вези са раскидом уговора о кредиту. Уговор о кредиту, обавезно, као један од раскидних услова, прописује и претходни раскид уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, будући да основни извор из кога се исплаћује обавеза пројектног друштва према финансијерима пројекта представља уговорена накнада, коју исплаћује јавни субјект, и

(б) укупне вредности трошкова које је приватни субјект, односно пројектно друштво, имао у вези са: (i) накнадом за раскид уговора коју треба да плати добављачима опреме и материјала, (ii) трошковима отпремнина које треба да исплати својим запосленима за чијим радом у пројектном друштву престаје потреба услед раскида уговора, уз обрачун припадајућих пореза и доприноса који се исплаћују у складу са законом, (iii) накнадом коју је приватни субјект, односно пројектно друштво, дужно да исплати подизвођачима по основу раскида уговора са подизвођачима, а која обавезно обухвата и обрачун накнаде за уговоре који су они дужни да раскину (уговори о набавци материјала, опреме, машина, резервних делова, и слично).

Овом износу, који се увек сматра основним, односно неваријабилним износом, се, у зависности од околности конкретног случаја и фазе реализације пројекта, додаје:

(а) збир следећих ставки: – (i) збир износа дивиденде и других пројектованих дозвољених плаћања приватном субјекту по основу његовог учешћа у капиталу пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, на која има право на дан раскида уговора, или у односу на која је остварио право пре раскида уговора, у односу на која има потраживање према пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву, увећан за (ii) износ основног дуга и камате по основу субординисаног уговора о кредиту, на основу кога је обезбеђен сразмеран део финансирања пројекта, односно извршења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, при чему се на основу збира поменутих ставки (i) и (ii)

⁸³⁰ *Ibid.*, 142.

утврђује у сваком конкретном случају интерна стопа повраћаја инвестиције у пројектно друштво, односно заједничко привредно друштво; или

(б) износ који означава збир вредности удела приватног субјекта у пројектном друштву, односно заједничком привредном друштву, и вредности субординисаног кредита, по којој би удео приватног субјекта, односно уговор о кредиту могли да се продају на релевантном тржишту, у тренутку раскида уговора, или

(в) укупан пројектовани износ који би приватни субјект требало да приходује према финансијском моделу, на коме се заснива пројекат и на основу кога је одобрено пројектно финансирање, почев од дана раскида уговора, односно укупан пројектовани приход који би приватни субјект требало да оствари да је уговор извршен у потпуности на начин на који се то очекивало када је преговаран.

Приликом раскида уговора, као што је то горе већ поменуто, јавни субјект има право да од приватног субјекта захтева да му се након исплате накнаде за раскид уговора, пренесе целокупна имовина пројектног друштва.

Значајну улогу приликом одређивања висине накнаде која се има платити приватном субјекту имају и финансијери пројекта, будући да је пројектно друштво дужно да њима исплати припадајући део накнаде за раскид уговора о финансирању. С тим у вези, може да се догоди да је износ накнаде о коме се иницијално договарају јавни и приватни субјект такав да у себи није укључио све битне елементе накнаде који би приватни субјект, односно пројектно друштво, требало да прими по основу раскида уговора о финансирању, о чему, старајући се о сопственим интересима, воде рачуна финансијери пројекта, те, у случају да накнада не укључује све трошкове предвиђене уговором о финансирању, јавни субјект може бити у обавези да приватном субјекту, односно пројектном друштву, исплати додатни новац по овом основу, при чему на приватном субјекту, односно пројектном друштву, лежи обавеза да докаже јавном субјекту да се увећани износ обавезе јавног субјекта, по основу неукалкулисаних потраживања финансијера пројекта, неће моћи исплатити из износа дивиденде коју би приватни субјект требало да прими кроз накнаду за раскид уговора.

(б) Повреда уговорних обавеза од стране приватног субјекта/пројектног друштва

Повреда уговорних обавеза приватног субјекта, гледајући фазе реализације уговора, може се генерално посматрати као: (а) повреда уговорне обавезе приватног субјекта током фазе изградње новог, односно реконструкције већ постојећег објекта, постројења, односно система, и (б) повреда уговорне обавезе приватног субјекта током оперативне фазе реализације пројекта, која подразумева да већ постоји изграђен објекат, постројење, односно

систем, који је стављен у функцију, односно да су испуњени сви услови за несметано обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса.

Повреда обавеза пројектног друштва се приказује у овом одељку заједно са анализом повреде уговора од стране приватног субјекта, будући да су ове повреде уговора међусобно повезане, тим пре што се у највећем броју пројеката који се реализују на основу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, пројектно друштво, у великом броју уговора оснива искључиво од стране приватног субјекта, што везу у њиховом пословању, деловању те тако и извршењу обавеза, чини директном, будући да приватни субјект има пуну контролу над пословањем тог друштва, јер сам чини скупштину пројектног друштва, именује органе управљања у овом друштву и има пуну уговорну, али и корпоративну контролу и одговорност у вези са реализацијом пројекта, односно извршењем уговора. Како би се овај однос додатно формализовао, како смо то имали прилике да видимо у горњим поглављима, пројектно друштво, након оснивања, приступа уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта, преузимајући на себе и формално све обавезе у вези са спровођењем пројекта. Иако се, строго формално-правно гледано, обавеза оснивања пројектног друштва изводи као непосредна обавеза приватног субјекта, а обавеза реализације пројекта, тј. извођења радова и пружања услуга, као обавеза пројектног друштва, околност да је пројектно друштво најчешће под искључивом контролом приватног субјекта, чини оправданим и овакав приказ повреде обавеза на страни приватног субјекта и његовог зависног друштва, које је основано искључиво у сврху имплементације конкретног пројекта.

Повреда уговорне обавезе приватног субјекта током фазе изградње може, једнако како је то био случај код описаних повреда уговорних обавеза јавног субјекта, настати услед нечињења или услед чињења приватног субјекта.

Обавезе приватног субјекта у фази изградње објекта, постројења, односно система, могу се груписати у две категорије обавеза: (а) обавезе приватног субјекта у вези са оснивањем пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, које се појављује у улози носиоца пројекта, односно инвеститора, и (б) обавезе приватног субјекта, односно пројектног друштва/заједничког привредног друштва на реализацији пројекта – започињање радова на изградњи пројекта све до окончања ове фазе.

Обавеза приватног субјекта у вези са оснивањем друштва праћена је и његовом обавезом на каснија повећања капитала, ако је ова обавеза прописана уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта. Негативну обавезу приватног субјекта у вези са оснивањем пројектног друштва, представља забрана отуђења, односно оптерећења удела, односно акција у пројектном друштву/заједничком привредном друштву, осим у случају пружања захтеваног обезбеђења финансијерима пројекта.

С друге стране, обавезе приватног субјекта у вези са изградњом односе се на благовремено извођење радова, у свему у складу са пројектном документацијом, уговореном динамиком извођења радова, финансијским моделом, пословним планом и буџетом. У пракси, радове на изградњи новог, односно реконструкцији тј. техничко-оперативном унапређењу већ постојећег објекта, постројења, односно система, најчешће изводи мрежа подизвођача, с тим да је у односу на јавног субјекта, али и у односу на финансијере пројекта, за све ове обавезе непосредно одговорно пројектно друштво. Наравно, будући да претежан део ризика извођења пројекта отпада на приватног субјекта, односно на пројектно друштво, и јавни субјект и финансијери пројекта подржавају пребацивање дела ризика са пројектног друштва на подизвођаче, али пре свега кроз адекватне механизме заштите пројектног друштва, у смислу да уговори који се закључују са подизвођачима треба да имају рокове, стандарде и услове који пресликавају све ове елементе уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, о чему је већ било речи у претходним излагањима.

Повреда уговорне обавезе приватног субјекта током оперативне фазе спровођења пројекта може се огледати у прекиду или обустави пружања услуга од општег интереса, али и у умањеном обиму и/или лошијем квалитету пружања ових услуга. Ова фаза реализације пројекта је за јавног субјекта једнако битна као и претходна будући да она верификује испуњеност критеријума „вредности за новац“, јер потврђује да је дотадашња фаза реализације пројекта дала очекиване резултате те да крајњи корисници услуге добијају обим услуге, квалитет и стандард какав је уговорен, односно за који јавни субјект треба да плаћа одговарајућу накнаду. Накнаду за пружене услуге приватном субјекту, односно пројектном друштву могу да плаћају и крајњи корисници услуга, што је најчешћи случај код концесија, као једног од модела уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.

У овој фази реализације пројекта, на шта је раније већ било указано, се дешава да пројектно друштво, ради оптимизације својих трошкова, а неретко и намерно, у циљу остваривања већег прихода, врши одређене уштеде, пре свега у оперативним трошковима, што може да се одрази на обим, стандард, односно квалитет у пружању услуга од општег интереса. Како ће објекат, постројење, односно систем, након истека века трајања пројекта, прећи у руке јавног субјекта, оптимизација трошкова може да резултира и слабијим одржавањем објекта, постројења, односно система, што све утиче на умањење његове вредности, а самим тим директно погађа и интерес јавног субјекта, јер се непосредно коси са испуњењем основног критеријума јавног субјекта – критеријума „вредности за новац“ будући да јавни субјект очекује да након истека века трајања пројекта преузме објекат, постројење, односно систем у добром стању, и са уобичајеном амортизацијом, која свакако утиче на њихову вредност те да ће моћи да, посредством објекта, постројења, односно система, настави несметано и са једнаким нивоом квалитета да пружа услуге од општег

интереса крајњим корисницима услуга, без било какве потребе за додатним улагањима у објекат, постројење, односно систем, а ако се улагања покажу нужним, да она, у том случају, буду минимална.

Листа разлога који представљају основ за раскид уговора скривљен поступањем или непоступањем приватног субјекта је значајно дужа у односу на листу разлога, односно основа за раскид уговора на страни јавног субјекта, што је у директној сразмери са бројем и деликатношћу ризика који су уговором пренети на приватног субјекта.

У теорији, али и у појединачним уговорима који најчешће „пресликавају“ одређене модел клаузуле, као најчешћи општи разлози за раскид уговора на страни приватног субјекта јављају се:⁸³¹

(а) повреда ма које обавезе пројектног друштва, која материјално негативно утиче на пружање услуга од општег интереса. Ова повреда се уобичајено одређује на веома општи начин, који може да се примени на било коју обавезу пројектног друштва која је по својој природи таква да кумулативно *битно* и *негативно* утиче на пружање услуге која је предмет уговора. Критеријум материјалности је ствар тумачења, које, не само да зависи од природе конкретног уговора и његових особености, већ може на различите начине да се тумачи и у зависности од тога коју обавезу из уговора је прекршило пројектно друштво. Иако се на први поглед може чинити да се повреда уговора може односити на непружање услуге од општег интереса или њено пружање на незадовољавајући начин, у зависности од природе услуге од општег интереса и околности и услова под којима се услуга пружа, критеријум материјалности повреде може да има различите појавне облике;⁸³²

(б) континуирана повреда уговорне обавезе. Овај основ за раскид уговора је по много чему деликатан и контрадикторан. Оно што га чини деликатним је околност да пројектно друштво може стално да чини ситне повреде уговора, мање или више сличне, које не утичу, ни битно ни негативно, на извршење уговорне обавезе, али извршење уговорне обавезе, ипак, чине, на одређени начин, мањкавим будући да се исти недостатак провлачи кроз време и кумулирано може утицати више на субјективни негативан доживљај квалитета пружене услуге, него на објективно мерљив квалитет услуге који, можда, и не долази у питање. Будући да јавни субјект плаћа пројектном друштву накнаду за пружене услуге, јасно је да за

⁸³¹ *Ibid.*, 145.

⁸³² На пример, редукције испорука гаса у летњим и зимским месецима немају исту тежину иако се суштински ради о услузи исте врсте, намењене истој врсти и броју крајњих корисника, али временски тренутак у коме се услуга пружа и цена те услуге, која такође може да варира у зависности од понуде и потражње за конкретном врстом услуге, може одређеном чињењу које се у летњим месецима не би тумачило као материјално битно негативно, дати у у зимским месецима управо овакав квалификатив.

цену коју плаћа треба да се обезбеди пуна „вредност за новац“, чак и она која није нужно објективне природе, и која се не може срачунати и економско-финансијски исказати.⁸³³

У прошлости се, у уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта, овај проблем превазилазио на различите начине – покушајем да се умањи висина накнаде коју јавни субјект плаћа пројектном друштву, што се на први поглед чини правичним приступом. Овакву праксу нису подржали финансијери пројекта, будући да овакав приступ умањује приход пројектног друштва, из кога се приоритетно, након исплате оперативних трошкова пројектног друштва, финансира враћање обавезе по основу кредита. Тада су финансијери пројекта као свој основни аргумент истицали да нема битног и материјалног кршења уговора те тако нема ни основа за умањење накнаде коју јавни субјект треба да исплати пројектном друштву, што представља исправан те тако и довољно убедљив аргумент. Као подваријанта овог приступа у пракси је функционисао и систем установљавања посебног система бодовања у вези са пруженим услугама, који се спроводио напоредо са редовним поступком контроле извршења уговора. Овај принцип је покушао да изнађе допунски механизам којим би се узео у разматрање и, на одређени начин, ценио и вредновао укупан начин пружања услуге, не ограничавајући се искључиво на проверу само уговорене количине, квалитета, технологије и других параметара, већ и других елемената који утичу на укупан квалитет пружања услуге, који је јавном субјекту веома важан, са становишта обезбеђивања континуиране оправданости пројекта. Отуда се, уместо умањења накнаде, овакво континуирано кршење уговора предвидело као потенцијални основ за раскид уговора, који нужно мора да буде спроведен у одређеном поступку, када систем бодовања није могао да буде спроведен, у којим случајевима се у пракси уговора јавног и приватног субјекта почео примењивати систем достављања формалног обавештења о томе да уговором предвиђен број дана траје континуирано кршење уговора, уз опис догађаја који представља континуирано кршење уговора, и уз остављање одређеног рока за престанак оваквог понашања, чијим истеком ће јавни субјект доставити још једном формално обавештење са роком, након чијег истека ће уговор бити раскинут.

Из наведеног је јасно да и јавни субјект и финансијери пројекта овај основ за раскид уговора перципирају као основ коме би требало веома ретко да се прибегава, управо зато

⁸³³ Као пример овакве континуиране повреде уговорне обавезе може да послужи пример пружања услуге снабдевања водом након њеног пречишћавања, при чему уговор прецизира дневне количине воде којима пројектно друштво снабдева крајње кориснике, квалитет воде и друга хемијска својства. Дакле, све оно што представља објективно мерљив и уговором прецизиран обим услуге је испуњено, али притисак под којим се вода доставља је незадовољавајући у одређеном периоду дана када је потреба за водом највећа – дакле, испоручује се уговорена количина воде, уговореног квалитета, техничких својстава, која је прошла кроз све стандардне технике пречишћавања, и/или посебно напредне ако је ово уговорено, али притисак није задовољавајући, што не утиче ни на количину, нити на извесност у снабдевању. У конкретном случају, дакле, нема ни битне ни негативне повреде уговорне обавезе, али постоји континуирано понављање догађаја који утиче на квалитет пружања услуге, гледано на свеобухватан начин.

што је он, сам по себи, субјективно квалификован, те тако и контрадикторан, али да се мора уважити и перцепција јавног субјекта и његова очекивања у вези са пружањем услуге од општег интереса;

(в) промена контроле над пројектним друштвом или над приватним субјектом, осим у случају кад овакав сценарио наступи у вези са остваривањем средстава обезбеђења која захтевају финансијери пројекта;

(г) покретање поступка стечаја или ликвидације над пројектним друштвом, односно над приватним субјектом, током трајања века пројекта, а пре пуне реализације пројекта, односно пре конзумације уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта;

(д) уступање уговора од стране приватног субјекта, супротно уговореној забрани;

(ђ) напуштање пројекта од стране пројектног друштва и/или приватног субјекта, у ма којој фази реализације пројекта;

(е) непостизање наступања планираног почетка оперативне фазе пројекта, ако је одређени датум битан елемент уговора;

(ж) неприбављање, односно непоседовање уговором захтеваних осигурања пројектног друштва, посебно у делатностима повезаним са већим ризицима, када наступање штетног догађаја може да потпуно спречи или трајно онемогући даљу реализацију пројекта;

(з) повреде уговора са подизвођачима које могу да утичу на динамику извођења радова и њихов квалитет, и

(и) други разлози који могу да буду иманентни конкретном пројекту.

Једнако као код повреде уговорних обавеза јавног субјекта, кад се раскиду уговора приступа као крајњем исходу, кад су исцрпљена сва друга средства да се уговор одржи на снази, исти принцип се примењује и у случају повреде уговорних обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва. Без обзира на околност што настојања да се избегне раскид уговора такође изискују одређено време, напор и трошкове, и готово сигурно воде у задоцњење у спровођењу уговора, раскид уговора, ипак, представља најскупљу опцију престанка уговора, будући да захтева накнаду штете повезаним субјектима у овом сложеном и изнутра и споља динамичном ланцу учесника у овом комплексом односу.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, по правилу, предвиђају веома сличну процедуру раскида уговора, која је строго формална, и у више наврата допушта могућност да се недостатак отклони и уговор одржи на снази. Тако, у случају наступања било ког од горе наведених основа за раскид уговора, односно другог основа прописаног сваким појединачним уговором, јавни субјект је дужан да приватном субјекту, односно пројектном друштву, достави писано обавештење о својој намери да раскине уговор. Предметно обавештење треба да садржи спецификацију основа за раскид уговора, као и кратко образложење разлога због којих се покреће поступак раскида уговора, с тим да се, у погледу

одређених основа за раскид уговора, приватном субјекту, односно пројектном друштву, оставља примерен рок, најчешће од 30 до 60 дана, у зависности од природе повреде, у коме приватни субјект, односно пројектно друштво, може да отклони повреду или да преузме одређени сет мера за отклањање настале повреде и предупредивање њеног поновног настајања у будућности, у ком случају се писано обавештење о намери раскида уговора повлачи, а уговор тада остаје на снази и наставља да се извршава.

На овом месту важно је напоменути да нису сви основи за раскид уговора по својој природи такви да се могу отклонити. На пример, ако фаза изградње није окончана до крајњег датума, који је према финансијском моделу, пословном плану и буџету одређен као крајњи рок за окончање фазе изградње и започињање оперативне фазе, оваква повреда уговора се најчешће не може исправити, осим ако уговорне стране у доброј вери преговарају о одобравању додатног рока, и са овим се сагласе финансијери пројекта, који ће уједно и финансирати такво евентуалано продужење рока.

Друге повреде уговора, као што су повреда контроле, уступање уговора, измене уговора са подизвођачима или обезбеђивање потребног осигурања могу да буду предмет додатног напора и настојања да се отклоне било појединачним мерама или сетом мера, како би се уговор одржао на снази.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта морају да буду и у овом смислу довољно флексибилни да обезбеде очување пројекта, односно преживљавање уговора, те се, у том смислу, мора оставити могућност и приватном субјекту, односно пројектном друштву, да након достављања обавештења јавног субјекта о његовој намери да раскине уговор, и они сами размотре и предложе систем мера којим ће одржати уговор на снази и допринети преживљавању пројекта.

Јавни субјект, најчешће, и сам има интерес да пројекат одржи на снази, али у вези са оваквим конструктивним приступом приватног субјекта, односно пројектног друштва, неопходна је додатна доза разумевања, флексибилности и подршке финансијера пројекта, који у својим рукама имају и додатна средства одржавања пројекта живим, и то пре свега кроз директни уговор који им гарантује право да могу да преузму пројекат и да, са своје стране, покушају да нађу другог субјекта који ће пројекат одржати у животу, односно који ће обезбедити пуно извршење уговора.

Да ли ће финансијске институције које обезбеђују финансирање допустити приватном субјекту, односно пројектном друштву, да дау свој предлог мера, којим ће настојати да отколоне повреду уговора, или ће финансијери пројекта одлучити да им овакво право ускрате, и непосредно искористе средства обезбеђења која су за себе предвидели уговором, зависи од околности конкретног случаја, од процене да ли приватни субјект, односно пројектно друштво, заиста имају капацитета да отклоне повреду, с тим да је и фактор

времена посебно важан фактор јер већ и сама повреда уговора свакако води у одређено задоцњење у реализацији пројекта. Ипак, одлука финансијера пројекта пресудно зависи од тога које су њихове могућности у датом тренутку да преузимањем пројекта обезбеде преживљавање истог, односно које су објективне могућности финансијера пројекта да пронађу другог адекватног приватног субјекта који би могао да, уз пуно испуњавање свих критеријума које је испуњавао и иницијални приватни субјект, односно пројектно друштво, преузме даљу реализацију пројекта.

Раскид уговора услед повреде уговорних обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва контрадикторан је не само из перспективе разлога, односно основа за раскид уговора, већ и из перспективе интервенције финансијера пројекта у настојању да пројекат одрже, о чему ће више речи бити у наредном поглављу у вези са анализом директних уговора, као и плаћања накнаде за раскид уговора. Овде, само уводних напомена ради, указујемо на то да финансијери пројекта, онда кад наступи неки од основа за раскид уговора узрокован чињењем или нечињењем пројектног друштва, имају право да користе заштитне механизме уговорене директним уговором, кад ступају у пројекат, преузимају старање о њему и тиме премошћују период кад је пројекат дошао у критичну фазу, која прети да га угрози у потпуности, током ког периода се отклања опасност по пројекат, тако да исти наставља да се извршава у свему како је иницијало договорен, или се пројекат преузима од стране финансијера пројекта, ради проналажења новог приватног субјекта који ће моћи да преузме пројекат, под истим условима под којима је пројекат иницијално договорен.

Разлог зашто овакву интервенцију не можемо очекивати у случају повреде уговора од стране јавног субјекта је сам по себи довољно јасан. Финансијери пројекта обезбеђују новчана средства пројектном друштву, које треба да им из свог будућег прихода исплати износ кредита увећан за уговорену камату, те је интерес финансијера пројекта да однос који обезбеђује приход пројектном друштву одрже увек када се овај однос може одржати, па макар и по цену преузимања пројекта и старања о превазилажењу текућих проблема у имплементацији пројекта. Јавни субјект се не задужује код финансијера пројекта, а на њему, такође, лежи значајно мањи део одговорности и ризика за спровођење пројекта, односно пуно извршење уговора.

Такође, супротно општим правилима уговорног права по којима је уговорна страна која је скривила раскид уговора одговорна другој уговорној страни за накнаду штете коју је друга страна, која није скривила раскид уговора, претрпела услед престанка уговора, пре његовог пуног извршења,⁸³⁴ код ове врсте уговора који у себи обједињују бројне елементе

⁸³⁴ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 373-378; такође и: Ј. Радишић, 205-219.

пројектног финансирања, типична и уобичајена је ситуација у којој, у случају повреде уговорне обавезе пројектног друштва, штету трпи јавни субјект, али је он уједно и тај који пројектном друштву плаћа накнаду штете за случај раскида уговора.

Са строго формално-правног становишта, овакво одступање од основног принципа накнаде штете тешко се може објаснити и оправдати, изузев искакањем из непосредне визууре општег концепта накнаде штете и узимањем у разматрање ширег економско-финансијско-правног концепта на коме почивају уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта. Наиме, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта представља дугорочан и сложен однос у коме, у највећем броју уговора, приватни субјект, односно пројектно друштво или заједничко привредно друштво, како је применљиво, гради нови, односно реконструише тј. техничко-оперативно унапређује већ постојећи објект, постројење, односно систем и управља тим системом, пружајући услуге од општег интереса крајњим корисницима услуга, за шта му јавни субјект плаћа накнаду, да би након истека одређеног временског периода, који је предвиђен уговором, изграђени објект, постројење, односно систем прешао у руке, власништво и на даље управљање и обављање делатности од општег интереса јавном субјекту. Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта покушава да током читавог трајања уговора обезбеди једнако фер и изједначену позицију јавног и приватног субјекта. Иако позиција јавног и приватног субјекта најчешће није изједначена, барем када је реч о ризицима, јер претежан део ризика сноси приватни субјект, односно пројектно друштво, у погледу економског ефекта посла, уговор настоји да у потпуности изједначи јавног и приватног субјекта, што суштински и јесте на линији аргументације испуњености начела једнаких давања, што, такође, представља један од постулата на којима почивају сви, па и ови уговори.

Изједначавање јавног и приватног субјекта у погледу економског ефекта огледа се у томе што би, у случају да до раскида уговора дође након што је објект, постројење, односно систем, изграђен, односно реконструисан, јавни субјект био у предности, јер би му изграђени, односно унапређени објект, постројење, односно систем, прешао у власништво раскидом уговора, а приватни субјект не би добио накнаду за пружање услуге од општег интереса, јер би уговорни однос престао пре успостављања равнотеже међусобних давања, која се практично постиже тек у тренутку реализације пројекта, односно потпуног извршења уговора – када након исплате дуга по основу кредита које су одобрили финансијери пројекта, а који се исплаћује из средстава накнаде коју приватном субјекту, односно пројектном друштву, исплаћује јавни субјект, приватни субјект, односно пројектно друштво, тек након измирења свих обавеза (осим оних по основу оперативних трошкова), приходује тј. обезбеђује за себе економску исплативост пројекта, са којом је рачунао у тренутку закључења уговора.

Овај аргумент, иако је и даље формално-правно проблематичан, има дубоко комерцијално и економско утемељење, а будући да уговор треба да „преслика“ комерцијални, економски и финансијски договор уговорних стана, горе наведени аргумент се, признаје се, може сматрати довољно убедљивим да опонира и превагне над строго формално-правним приступом.

Отуда се, као наредно питање, поставља питање висине накнаде коју је јавни субјект дужан да исплати приватном субјекту, односно пројектном друштву у случају раскида уговора, те начин њеног одређења.

У пракси закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта појавило се неколико различитих модела одређења висине накнаде, који су били засновани на различитим полазним критеријумима и тачкама:

(а) *модел заснован на обрачуна преосталог дуга.*⁸³⁵ Ово је један од првих модела који се примењивао код модела концесије и *ВОТ* уговора, односно његових под-модалитета, и који је показао неке веома добре стране, утолико што је уважио основне комерцијалне, финансијске и економске постулате односа јавног и приватног субјекта, у том смислу што је признао, уважио и квантификовао ризике које је приватни субјект, односно пројектно друштво преузело на себе, уважио укупан износ задужења приватног субјекта, односно пројектног друштва, улагања у капитал које је извршио приватни субјект и огромну изложеност приватног субјекта, односно пројектног друштва, које једино преузима ризике према финансијерима пројекта. Додатно, овај модел је уважио и позицију финансијера пројекта, не допуштајући да они остану необезбеђени у случају раскида уговора од стране јавног субјекта због повреде уговора од стране приватног субјекта, односно пројектног друштва. Оно што се у пракси показало као највећи проблем код овог модела је веома неодређено питање ко је субјект који одређује који је то износ преосталог дуга – да ли су то финансијери пројекта, или пројектно друштво, или је то јавни субјект, што се у пракси даље проблематизовало, будући да је овако неодређену обавезу требало онда да плаћа јавни субјект.

У вези са овим моделом, отворило се и додатно питање: (i) да ли се износ преосталог дуга одређује у односу на пројекцију финансијера пројекта у погледу очекиваних прихода пројектног друштва, која се сачињава непосредно пре, или на сам дан испуњења свих услова везаних за обезбеђивање финансирања, а која означава дан кад су кумулативно испуњени услови у погледу закључења свих уговора важних за реализацију пројекта, укључујући и уговоре о обезбеђивању финансирања уз давање свих неопходних средстава обезбеђења, као и кад су испуњени сви услови у погледу првог повлачења средстава обезбеђених од стране

⁸³⁵ E. R. Yescombe (2007), 280.

финансијских институција, или се (ii) приликом обрачунавања износа који треба да плати јавни субјект, гледа стваран износ укупног преосталог дуга, који у тренутку кад се овај обрачун врши, може да укључи и друге елементе, које иницијална пројекција није укључила, будући да у тренутку кад се припремала нису били познати сви параметри, као што су, на пример, пенали или камате које се имају платити услед одлагања у извршењу обавеза плаћања, или додатни трошкови на име рефинансирања које је обезбеђено у међувремену.

Ова разлика услед различите основе калкулације, али и временске дистанце у односу на тренутак пресека, према различитим под-моделима калкулације, које одређују тренутак кад се обрачун врши, може да да огромне разлике у износу накнаде коју је јавни субјект дужан да плати. Позиција финансијера пројекта је увек таква да желе да им се исплати укупан износ који би им припао да је пројекат реализован у потпуности, односно да до раскида уговора није дошло, док је позиција јавног субјекта ригиднија у смислу ограничења овог износа.

Проблем код овог модела је управо у томе што се по овом критеријуму не може унапред одредити ни принцип, ни износ, чиме се овај модел показао као модел који је неповољан и теретан по јавног субјекта, јер му супротно логици његовог интереса да уђе у овакав правни посао (ограниченост сопствених средстава за финансирање пројекта) намеће обавезу коју не може да контролише, а чији крајњи финансијски ефекат може да буде још неповољнији него ли да је сам јавни субјект финансирао извођење конкретног пројекта, што се у пракси показало проблематичним, па су предлагани и други модели, како даље следи;

(б) *модел заснован на вредности имовине пројектног друштва.*⁸³⁶ Овај модел је приближнији позицији заштите интереса јавног субјекта, јер узима у обзир, вреднује и валоризује искључиво оно што је дато, што је објективно, проверљиво и чија се вредност одређује у односу на неспоран временски моменат и у односу на неспорне основе. Према овом моделу, приликом одређивања висине накнаде коју јавни субјект треба да исплати, узима се у обзир вредност непокретности које је прибавило пројектно друштво и за које је платило одређену цену,⁸³⁷ затим укупна вредност радова на изградњи новог, односно реконструкцији већ постојећег објекта, постројења, односно система, која се обрачунава као вредност стварно изведених, али и пројектованих грађевинских и других пратећих радова на изградњи, односно реконструкцији објекта, постројења, односно система, у свему са иницијалном калкулацијом која је припремана, а која не укључује додатне радове и друге додатне трошкове и издатке;

⁸³⁶ *Ibid.*, 281.

⁸³⁷ Овај случај се, пре свега, односи на плаћање накнаде за експропријацију коју је пројектно друштво дужно да исплати приватним власницима у поступку прибављања земљишта на коме се гради нови објекат, постројење, односно систем.

(в) *модел заснован на обрачуну нето садашње вредности пројектованих новчаних прилива.*⁸³⁸ Овај модел заснива се на пројекцији будућих новчаних прихода, које очекивано треба да оствари пројектно друштво, као и пројекцији очекиваних капиталних улагања која треба да изврши приватни субјект, како би обезбедио средства из којих би могао да благовремено решава сваки евентуални проблем у вези са реализацијом пројекта, односно извршењем уговора. У случају када одређена средства за реализацију пројекта обезбеђује јавни субјект, обрачун нето садашње вредности пројектованих новчаних прилива умањује се за износ који је обезбедио јавни субјект. Додатно, овај модел укључује и одговарајуће дисконтовање пројектованих новчаних прилива према применљивим тржишним критеријумима. Предметни модел, иако на први поглед почива на правичним критеријумима, у пракси може да изазове бројне проблеме везане, пре свега, за различите пројекције које могу имати јавни и приватни субјект, као и финансијери пројекта, те с тим у вези и веома различите износе накнаде која се плаћа у случају раскида уговора, због чега се најчешће прибегава ангажовању независног експерта који, у случају спора, утврђује висину накнаде; и

(г) *модел заснован на продаји уговора јавног и приватног субјекта на слободном тржишту.*⁸³⁹ Овај модел представља један од модела о коме се више теоријски расправља, него што је он заиста нашао своје практично утемељење у реализацији пројекта, односно извршењу уговора који су предмет ове анализе. Овај модел, практично, претпоставља да јавни субјект одустане од раскида уговора, те да прибегне располагању својим правима из уговора са приватним субјектом, на другог субјекта који би, преузео обавезу плаћања према приватном субјекту, односно пројектном друштву, или би плаћање извршио према јавном субјекту, а јавни субјект из ових средстава исплатио приватног субјекта, односно пројектно друштво. Овај модел је проблематичан утолико што у пракси, за пројекте који се уређују уговорима који су предмет ове анализе, практично не постоји тржиште, јер је сваки пројекат на неки начин специфичан и особен, а иступањем јавног субјекта из оваквог уговорног односа и располагањем његовим правима и обавезама у корист другог учесника на тржишту, овај однос губи своја бројна обележја и, практично, постаје комерцијалан уговорни однос.

(г) Раскид уговора услед више силе

Наступање више силе, поред тога што може да узрокује „мораторијум“ у извршењу уговорних обавеза, као што смо то имали прилике да видимо у анализи догађаја који утичу на извршење уговора, што је у пракси најчешћа последица наступања догађаја више силе,

⁸³⁸ E. R. Yescombe (2007), 282.

⁸³⁹ *Ibid.*, 283-284.

може под одређеним условима да, након спровођења одговарајућег поступка обавештавања о намери раскида уговора, услед наступања више силе, представља и основ за раскид уговора.

У случају раскида уговора услед наступања разлога више силе, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта садрже одредбу којом се утврђује обавеза јавног субјекта да накнади штету приватном субјекту, односно пројектном друштву, коју је приватни субјект претрпео услед наступања догађаја више силе, с тим да накнада штете у случају наступања више силе није заснована на принципу „пуног обештећења“, будући да ни јавни, а ни приватни субјект, нису могли да имају утицаја на наступање овог раскидног основа те, на одређени начин, треба и да деле ризик наступања догађаја више силе који условљавају раскид уговора.

Имајући у виду да на оваквим одредбама најчешће инсистирају финансијери пројекта, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, тако, уобичајено садрже одредбу према којој је јавни субјект дужан да приватном субјекту, односно пројектном друштву, исплати износ који одговара збиру износа задужења према финансијерима пројекта по основу пројектног финансирања, износа основног дуга по основу субординисаних задужења, и износе отпремнина које треба да исплати запосленима код пројектног друштва, за чијим радом у пројектном друштву престаје потреба услед раскида уговора,⁸⁴⁰ али не и износ капиталних улагања спонзора, будући да јавни субјект не може да преузме на себе целокупан ризик наступања догађаја више силе.⁸⁴¹

Догађаји више силе су најчешће осигурани случајеви, па се раскиду уговора у пракси веома ретко прибегава, и то само у случају кад осигурање није могуће прибавити, односно ако су трошкови осигурања несразмерно велики у односу на накнаду која се исплаћује у случају наступања ризика, о чему је већ било речи у поглављу које обрађује осигурање.

(д) Раскид уговора услед корупције

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта су посебно осетљиви на питање корупције.

Иако би било за очекивати да ће на овим одредбама инсистирати јавни субјект, који из репутационог разлога треба да очува допуштenu јавност, транспарентност и конкурентност у спровођењу поступка одабира приватног субјекта, као и континуирану контролу поступања приватног субјекта, односно пројектног друштва, којима се обезбеђује доживљавање пуног века пројекта, који доприноси задовољењу општег интереса, на питању

⁸⁴⁰ *Standardization of PFI Contracts*, 166.

⁸⁴¹ E. R. Yescombe (2007), 288.

спречавања корупције посебно инсистирају финансијери пројекта, такође превасходно због репутационих разлога. Финансијери пројекта захтевају да се у уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, као обавезна одредба, укључи и одредба о раскиду уговора у случају корупције коју изврши приватни субјект, пројектно друштво, њихови подизвођачи, као и било који представник јавног субјекта.

Под корупцијом се подразумева давање, обећавање давања или стављање у изглед какве имовинске користи, или каква друга злоупотреба службеног, односно друштвеног положаја или утицаја, у јавном или приватном сектору, у циљу стицања противправне имовинске користи за себе или за другога.

Закључењем уговора са јавним субјектом, приватни субјект потписује изјаву и даје гаранцију да закључењу уговора није претходило предузимање, обећање или стављање у изглед било какве погодности, предузимање ма каквих активности у којима су садржана обележја злоупотребе положаја, а све ово у циљу стицања или прибављања имовинске користи.

Предузимање активности и/или радњи које у себи имају обележја злоупотребе положаја у циљу прибављања имовинске користи/корупција, даје право јавном субјекту на раскид уговора.⁸⁴²

У случају раскида уговора услед корупције, јавни субјект је дужан да исплати приватном субјекту, односно пројектном друштву, износ укупне обавезе пројектног друштва по основу пројектног финансирања, али не и износ субординисаног кредита, нити износ који су спонзори обезбедили по основу капиталних улагања.⁸⁴³

(ђ) Раскид уговора у случају проблема са финансирањем

Имајући у виду околност да се пројекат не може реализовати без обезбеђивања финансирања, ако исто изостане, а није могуће на алтернативне начине обезбедити средства за његову даљу реализацију, као једина могућност остаје раскид уговора.

⁸⁴² *Standardization of PFI Contracts*, 167-170.

⁸⁴³ E. R. Yescombe (2007), 288.

Глава XXIII

ДИРЕКТНИ УГОВОР

Директни уговор (енг. *direct agreement* или *lenders direct credit agreement*) представља део пакета уговора, који уређује однос јавног и приватног субјекта. Иако овај уговор представља, најуже посматрано, део „пакета обезбеђења“ финансијера пројекта,⁸⁴⁴ он је много више од тога будући да излази изван оквира пуког обезбеђења финансијера пројекта и задире дубоко у однос јавног и приватног субјекта, али не само њих, већ и других учесника у реализацији пројекта, од утицаја је на опстанак пројекта, али и на питање самог уговорног односа те уговорних страна у уговору, због чега се посебно издваја у овој анализи.

1. Појам, значај, циљ и обележја директног уговора

Директан уговор се у теорији најчешће одређује као уговор који закључују финансијери пројекта, јавни субјект, пројектно друштво, и уговорне стране из основних комерцијалних уговора на којима почива пројекат.⁸⁴⁵

Који се уговори могу сматрати основним комерцијалним уговорима на којима почива пројекат, разликује се од случаја до случаја, у зависности од особености конкретног пројекта. Ови уговори се најопштије могу одредити као уговори из којих произлази плаћање одређене накнаде пројектном друштву, односно уговори из чијег извршења настају финансијска средства којима се обезбеђује извршење обавеза пројектног друштва према финансијерима пројекта. Тако се као основни комерцијални уговори из којих се изводи право на накнаду приватног субјекта, односно пројектног друштва, најчешће појављују концесиони уговор, уговор о пружању услуга, уговор о управљању, али се као оваква врста уговора појављује и уговор о изградњи.

Без обзира на околност што се приликом обезбеђивања пројектног финансирања финансијерима пројекта достављају финансијски модел пројекта, пословни план, односно планирани буџет пројектног друштва, финансијери пројекта, у пракси, најчешће желе да виде и сам уговор који обезбеђује претежни, а понекад и једини, будући приход пројектног друштва, из кога ће се сервисирати обавеза финансијског задужења. Утолико је и значајније да су и ови уговори унапред договорени (да је садржина и форма ових уговора усаглашена и да представља прилог основног/генералног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта), било у својој пуној садржини, или у форми споразума о свим битним елементима уговора

⁸⁴⁴ J. Delmon (2011), 21.

⁸⁴⁵ G. D.Vinter, 273.

(енг. *term-sheet*), јер тада обезбеђују да закључење директног уговора остварује свој пун смисао.

Финансијере пројекта не интересују само основне одредбе ових уговора, већ, пре свега, одредбе које се односе на износ, валуту, динамику и начин плаћања по тим уговорима, а додатно, и одредбе које се односе на средства обезбеђења таквих плаћања. Будући да приходи које ће у будућности остваривати пројектно друштво, представљају основни, а неретко и једини, извор прихода конкретног друштва, за финансијере пројекта је од суштинског значаја и питање да ли постоји било који други субјект који претендује, или има уговорено или установљено право да, под одређеним условима, захтева плаћање из овог извора, те да ли је пројектно друштво установило било какво средство обезбеђења (садашње или будуће) у корист било ког трећег лица, чије активирање би могло да умањи или ограничи право финансијера пројекта на претендовано приоритетно намирење из средстава која пројектно друштво треба да оствари као приход из комерцијалног уговора.

Осим горе наведених уговора који су најтипичнији и најчешћи јер су применљиви код највећег броја уговора који су предмет ове анализе, у пракси се, код појединих специфичнијих пројеката, могу појавити и други комерцијални уговори. На пример, код (а) енергетских пројеката изградње транспортних система за нафту или гас, као један од најважнијих комерцијалних уговора се појављује уговор о транспорту нафте, односно гаса, на основу кога пројектно друштво остварује приход од транзитне таксе, или (б) код уговора о изградњи енергетских постројења (без обзира на то да ли енергију производе из конвенционалних извора или из обновљивих извора енергије, који су данас све траженији), као најважнији уговор се појављује уговор о откупу енергије (енг. *power purchase agreement/PPA*), на основу кога јавни субјект откупљује целокупан или претежан контингент произведене енергије и за то пројектном друштву плаћа уговорену накнаду.

Уговорна страна у директном уговору, може да буде, уз пројектно друштво и финансијере пројекта, који су уобичајене уговорне стране у директном уговору, и јавни субјект, посебно у случају кад су обавезе јавног субјекта (пре свега, обавеза плаћања накнаде за обављање делатности, односно за пружање услуга од општег интереса) од круцијалног значаја за будуће оперативно пословање пројектног друштва, односно за обезбеђивање исплативости пројекта.

Иако је основни разлог закључења директног уговора уговарање обезбеђења финансијера пројекта за њихово потраживање према пројектном друштву, финансијери пројекта ово средство обезбеђења не активирају на начин који је типичан за друге комерцијалне трансакције – извршењем на предмету обезбеђења, већ на основу овог уговора „ступају“ у уговорни однос на коме почива читав пројекат, на начин да ступају на место пројектног друштва, преузимајући његову улогу, односно преузимајући реализацију

пројекта. Овом приликом ваља имати у виду да су за финансирање ових пројеката финансијери пројекта обезбедили значајна средства, да као једино наплативо средство обезбеђења имају новац на рачуну пројектног друштва у односу на чије трошење желе да задрже контролу, али да се највећи број средстава обезбеђења односи или на будућа потраживања (на пример, залога на будућим потраживањем пројектног друштва из уговора из кога пројектно друштво тек треба да остварује приход у неком будућем тренутку), или на будућу имовину коју пројектно друштво тек треба да стекне реализацијом пројекта, односно изградњом објекта, постројења, односно система.⁸⁴⁶

Отуда, закључењем директног уговора финансијери пројекта стичу право да практично преузму даље вођење пројекта, односно да се „директно“ укључе у пројекат, за разлику од њиховог дотадашњег учешћа у пројекту, у коме су били владари из сенке, имајућу у виду њихову значајну улогу у одређивању и саме садржине уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта и механизма, неретко, условљавања финансирања одређеним захтеваним изменама уговора.

Догађај који даје повод за активирање овог механизма „ступања у уговор“, предвиђеног директним уговором, је неизвршење доспеле обавезе пројектног друштва на плаћање, односно неизвршење какве друге обавезе пројектног друштва, која прети да доведе до раскида основног/генералног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Дакле, у случају кад пројектно друштво не испуни своју обавезу из уговора са финансијерима пројекта, они су, на основу овог уговора, овлашћени да интервенишу директно у уговор, на унапред договорен начин, под унапред договореним условима, односно у унапред договореном поступку, при чему ће оваквом интервенцијом у сам пројекат „купити“ одређено додатно време, у коме ће покушати да нађу начин за превазилажење конкретног проблема који је наступио, настојећи да пројекат одрже живим, а све са циљем да он доживи свој пуни животни век и финансијери пројекта у целости намире своје потраживање према пројектном друштву, на начин како је то било пројектовано, очекивано и планирано у иницијалној фази постизања споразума о читавом сету уговора који обезбеђују успешну реализацију пројекта.⁸⁴⁷

Преговарање директног уговора представља посебно деликатан задатак будући да је овај уговор вишестрани уговор и он обавезно мора да укључи одговарајуће сагласности и одобрења стране из комерцијалног уговора, која се дају унапред, а чији је циљ да се, и поред неизвршења обавеза пројектног друштва, одржи на снази комерцијални уговор, те је у

⁸⁴⁶ У појединим пројектима, као што је то случај са концесионим пројектима, и реконструисани, односно изграђени објекат, постројење, односно систем све време представљају власништво јавног субјекта те финансијери пројекта на оваквој имовини и не могу да установе средство обезбеђења будући да пројектно друштво ни у једном тренутку не представља власника те имовине.

⁸⁴⁷ E. R. Yescombe (2007), 277.

практици уобичајено инсистирање финансијера пројекта на следећим обавезним елементима овог уговора:

(а) финансијери пројекта желе за себе да задрже право да имају увид, односно да имају утицај на висину накнаде која се уговара у непосредном односу пројектног друштва и друге уговорне стране из комерцијалног уговора. Веома често финансијери пројекта захтевају и да имају контролу над начином извршења обавеза из комерцијалног уговора, а посебно над механизмом измена било начина извршења уговора, било цене предвиђене уговором будући да ово може да буде од утицаја на начин извршења обавезе пројектног друштва према њима. Додатно, финансијери пројекта желе да обезбеде да им уговорне стране пројектног друштва унапред, самим закључењем директног уговора, дају сагласност на преузимање права и обавеза пројектног друштва из комерцијалног уговора;

(б) финансијери пројекта за себе увек најпре желе да осигурају извесност да, у случају неизвршења обавезе пројектног друштва према њиховој уговорној страни из комерцијалног уговора, друга уговорна страна неће одмах раскинути уговор, већ ће о наступању ове околности најпре обавестити финансијере пројекта, остављајући им примерен рок, који се најчешће унапред договори, у коме ће финансијери пројекта настојати да нађу решење за проблем у реализацији уговора који је наступио; и на крају,

(в) финансијери пројекта желе да се уговором унапред обезбеде да им друга уговорна страна из комерцијалног уговора неће ни на који други начин оспорити, ускратити могућност или отежати да они преузму управљање пројектом, односно да неће покушати да осујети финансијере пројекта у оваквом настојању.⁸⁴⁸

Овакав сет захтева представља озбиљно ограничење за другу уговорну страну из уговора са пројектним друштвом, која и сама може да има интерес да настоји да преузме пројекат,⁸⁴⁹ те се у пракси закључења ових уговора, неретко срећу и одређени захтеви ових лица према финансијерима пројекта, као, на пример, захтеви за правом прече куповине ових лица, кад конкретни уговори допуштају право прече куповине, чему се најчешће противи јавни субјект, с обзиром на *intuitu personae* природу уговора и начин одабира приватног субјекта, временског ограничења права финансијера пројекта да преузму пројекат ступајући у права и обавезе пројектног друштва,⁸⁵⁰ као и ограничење могућности остваривања овог права на максимално једну могућност ступања у уговор на место пројектног друштва током читавог века трајања уговора.

⁸⁴⁸ На пример, захтевима за привремену меру забране преузимања пројекта и слично.

⁸⁴⁹ На пример, откупом потраживања финансијера према пројектном друштву, посебно у случајевима када износ пројектног финансирања није такав да би преузимање овакве обавезе за комерцијалног учесника у послу било немогуће или у случајевима када је пројектно друштво измирило претежан део обавезе према финансијерима пројекта.

⁸⁵⁰ У пракси је овај захтев најчешће усмерен на две, а максимално пет година.

Јавни субјект има много разлога да подржи закључење директног уговора, јер уговарањем овог механизма заштите у корист финансијера пројекта, финансијери пројекта делом делују и у корист јавног субјекта, одржавајући пројекат живим и настојећи да му обезбеде пун животни век.

Као основна питања у вези са директним уговорима постављају се следећа питања: (а) када се финансијерима пројекта може допустити да ступе у пројекат, односно да преузму контролу над њим, (б) која је права мера преузимања обавеза пројектног друштва, које је оно иницијално преузело закључењем уговора, и (в) до које мере, односно до ког тренутка у времену се финансијерима пројекта може омогућити да изнађу начин за отклањање проблема, који прете да угрозе читав пројекат.

У односу на прво питање, већина директних уговора даје простора финансијерима пројекта да могу да ступе у пројекат у било ком тренутку. Ове одредбе се намерно постављају најшире могуће у овој врсти уговора, остављајући финансијерима пројекта могућност да, у зависности од околности конкретног случаја, одаберу тренутак када ће озбиљност пропуста пројектног друштва бити таква да може да угрози пројекат, а они одлуче да искористе уговорено право. У погледу обима преузимања одговорности и обавеза пројектног друштва, такође нема никаквих ограничења. Напротив, директни уговори управо допуштају могућност преузимања свих обавеза и одговорности из уговора пројектног друштва са јавним субјектом, односно другом уговорном страном из комерцијалног уговора. И коначно, временски период до када се финансијерима пројекта може омогућити да нађу начин за отклањање проблема је, такође, веома флесибилно одређен будући да је њихова „интервенција“ у пројекат руковођена одржавањем пројекта живим.

Директним уговором се, по правилу, обезбеђујују, практично, две могућности за „преживљавање“ пројекта: (i) тзв. „ступање“ у уговорни однос (енг. *step-in*), као и (ii) пренос права и обавеза пројектног друштва на другог субјекта, који испуњава све неопходне услове и критеријуме да може да обезбеди да пројекат настави да се реализује онако како је иницијално било предвиђено у тренутку закључења основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.

2. Најважније одредбе директног уговора

Директни уговор, као што је то горе поменуто, представља најчешће тространи уговорни однос. У пракси су могуће различите опције овог уговора, а као најчешће, са приближно истом или веома сличном садржином срећу се следеће могућности: (а) директни уговор који закључују финансијери пројекта, пројектно друштво и уговорна страна из

комерцијалног уговора, који обезбеђује основни приход пројектног друштва, и (б) директни уговор који закључују финансијери пројекта, пројектно друштво и јавни субјект.⁸⁵¹

Директни уговор као своју основну одредбу има одредбу према којој страна уговорница пројектног друштва (било да је то јавни субјект или уговорна страна из комерцијалног уговора) потврђује да је упозната са постојањем уговора о кредиту, који закључују финансијери пројекта и пројектно друштво, са комплетним пратећим пакетом обезбеђења који конкретан уговор о кредиту поседује те да се саглашава са средствима обезбеђења из конкретног уговора о кредиту,⁸⁵² а јавни субјект, односно уговорна страна из комерцијалног уговора, додатно потврђују да нису упознати да постоји било какво друго установљено средство обезбеђења обавеза пројектног друштва у вези са уговором који су закључили.⁸⁵³

Пројектно друштво закључењем директног уговора овлашћује даље јавног субјекта, односно своју уговорну страну из комерцијалног уговора, а овај то прихвата преузимајући уговорну обавезу, да ће сва плаћања која је дужан да изврши према уговорима које има са пројектним друштвом, исплатити пројектном друштву на рачун у односу на који су финансијери пројекта установили средство обезбеђења (најчешће се уговара постојање рачуна посебне намене – енгл. *special purpose account* или *escrow account*) или на неки други рачун, који одреде финансијери пројекта, а над којим они такође имају контролу, односно у односу на који рачун имају приступ, при чему се ово овлашћење, све време трајања овог уговора, не може опозвати, ограничити нити искључити, без претходне писане сагласности финансијера пројекта. Свако плаћање које буде извршено на уговорени начин сматраће се извршењем обавезе јавног субјекта, односно друге уговорне стране из комерцијалног односа, према пројектном друштву, у свему на начин на који је уговорено њиховим основним уговором – дакле сматраће се уредно и благовремено извршеним плаћањем према пројектном друштву.⁸⁵⁴ Оваквом одредбом финансијери пројекта практично врше преумеравање средстава из којих би пројектно друштво измиривало обавезу према финансијерима пројекта на посебан рачун у односу на који имају установљено средство обезбеђења, чиме осигуравају измирење обавезе пројектног друштва по основу уговора о

⁸⁵¹ Суштински, директни уговор је увек тространи уговор који закључују финансијери пројекта, пројектно друштво и уговорна страна из уговора, из кога потиче целокупан или преовлађујући приход пројектног друштва.

⁸⁵² Уобичајено је да се средства обезбеђења предвиђена уговором о кредиту таксативно наведу и у овој одредби, ради избегавања сваке сумње у исправно разумевање шта пакет обезбеђења све обухвата.

⁸⁵³ у случају односа јавног субјекта и пројектног друштва, реч је о уговору који уређује права и обавезе уговорних страна у вези са реализацијом конкретног пројекта док се у односу пројектног друштва и друге уговорне стране из комерцијалног односа, мисли на уговор који уређује права и обавезе уговорних страна у вези са обављањем комерцијалне делатности пројектног друштва, из којег пројектно друштво остварује једини или највећи део прихода, из којих сервисира извршење обавеза према финансијерима пројекта, по основу уговора о кредиту.

⁸⁵⁴ E. R. Yescombe (2007), 194-196.

кредиту, којим је обезбеђено финансирање пројекта, и извршење уговора са јавним субјектом.

Даље, закључењем директног уговора јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, се обавезују да неће раскинути уговор са пројектним друштвом, а да о томе претходно писмено не обавесте финансијере пројекта, онда кад наступи разлог за раскид, предвиђен уговором закљученим са пројектним друштвом. Претходно обавештење, које су дужни да доставе финансијерима пројекта, обавезно мора да садржи предлог датума са којим би уговор потенцијално могао да буде раскинут, информацију о разлозима за раскид уговора, као и спецификацију износа који је пројектно друштво дужно јавном субјекту, односно другој уговорној страни из комерцијалног уговора, уколико је применљиво, тј. ако је уговорена и обавеза плаћања пројектног друштва према јавном субјекту, односно према уговорној страни из комерцијалног уговора, у ком случају су обавезни и да таксативно прикажу обавезе које је пројектно друштво било дужно да изврши према њима, а није их извршило.

У директним уговорима у којима је уговорна страна јавни субјект, уобичајена је и одредба која уређује тзв. *ликвидно тржиште*,⁸⁵⁵ према којој, током трајања периода који започиње достављањем писаног обавештења о намери раскида уговора и траје уобичајено 90 дана (што је применљиво на оперативну фазу спровођења уговора), односно 120 дана (што је применљиво током фазе изградње објекта, постројења, односно система), финансијери пројекта достављају писано обавештење јавном субјекту о разлозима због којих су уверења да у конкретном случају не постоји ликвидно тржиште за конкретан пројекат, односно због чега сматрају да у датом тренутку на ужем или ширем тржишту (у зависности од тога на који начин је пројекат одређен), не постоји потражња за конкретним пројектом, односно не постоји правно нити физичко лице, које би било заинтересовано да узме учешћа у конкретном пројекту, преузимајући права и обавезе пројектног друштва, а који поседују сва потребна знања, искуства, референце, технику и технологију и обучен кадар, да би могли да обезбеде да пројекат „преживи“, тј. да настави да се спроводи и извршава на договорен начин.

У случају да је јавни субјект супротног мишљења од онога које су изнели финансијери пројекта, дужан је да у року који је прописан уговором, а који према стандардним моделима овог уговора најчешће износи 14 дана, рачунајући од дана добијања обавештења од стране финансијера пројекта да ликвидно тржиште, по њиховом мишљењу, не постоји, обавести финансијере пројекта о својим разлозима зашто сматра да ово тржиште постоји.

⁸⁵⁵ *Standardization of PFI Contracts*, 252.

У случају кад су јавни субјект и финансијери пројекта различитог мишљења у погледу постојања ликвидног тржишта за пројекат, тада одлуку о томе постоји ли ликвидно тржиште доноси форум који је уговором уређен за решавање спорова између страна. У случају да су и јавни субјект и финансијери пројекта мишљења да за конкретан пројекат не постоји ликвидно тржиште, односно ако овакву одлуку донесе уговорени форум за решавање спорних питања у вези са уговором, уговор јавног и приватног субјекта се аутоматски раскида.

Директни уговор увек садржи одредбу о томе да ће, у било које време кад је наступило неизвршење уговорне обавезе пројектног друштва, које даје основа за раскид уговора (без обзира на околност да ли је у вези са овим непоступањем упућено писано обавештење о намери да се уговор раскине) или током периода у коме, након достављања писаног обавештења о намераваном раскиду уговора, финансијери пројекта настоје да нађу начине да се проблем који је настао у извршењу уговора превазиђе, финансијери пројекта имају право да именују свог представника, чије увођење у однос јавног и приватног субјекта предвиђа директни уговор, који ће преузети бригу о пројекту, управљати њиме, и који ће се старати о извршавању обавеза и остваривању права пројектног друштва.

Уговорено право „ступања“ у пројекат, је по својој суштини најближе именовану принудне управе, с том разликом што се именоване представника финансијера пројекта врши добровољно, на основу уговора, а не на основу закона, као што је то најчешће случај са принудном управом, која подразумева и ангажовање надлежног државног органа (суда, регулаторног органа надзора и слично). Даље, активности именованог представника финансијера пројекта трају док за његовим ангажовањем постоји потреба, односно док пројектно друштво не превазиђе проблеме који су угрозили пројекат, што не мора да буде унапред временски ограничено нити орочено. Значајна разлика овог института у односу на институт принудне управе је и у томе, што од дана именовања принудне управе престају овлашћења дотадашње управе друштва, а на принудног управника прелазе све дужности управе друштва. Овлашћени представник који се овим уговором уводи у пројектно друштво, практично, не преузима овлашћења и дужности управе, већ заједно са пројектним друштвом ради на превазилажењу проблема који су угрозили пројекат, односно прете да га угрозе, и који је, заједно и солидарно са пројектним друштвом, одговоран према финансијерима пројекта.⁸⁵⁶

У вези са овим правом финансијера пројекта, у пракси су чести примери уговора у којима финансијери пројекта предвиђају право да се лице које се именује на њихов предлог

⁸⁵⁶ У пракси реализације уговореног права „ступања у пројекат“, именовани представник финансијера пројекта практично преузима дужности управе друштва, а заједничка и солидарна одговорност напореда са пројектним друштвом, представља још једно средство обезбеђења које за себе уговарају финансијери пројекта.

стара о целокупној, или за финансијске институције, важном делу имовине пројектног друштва, како би обезбедило да не дође до умањења ове имовине, у свему у складу са сетом средстава обезбеђења који су уговорени као пратећи уговори уз уговор о кредиту који је дат пројектном друштву, односно како би ово лице обезбедило извршење других уговорних обавеза, без опасности по наступање ризика који могу да се одразе на имовину пројектног друштва, али и извршење других обавеза овог друштва, за шта, према финансијерима пројекта, ово лице одговара солидарно са пројектним друштвом.

Лице које се именује на предлог финансијера пројекта се уобичајено назива „додатни носилац обавезе“ (енг. *additional obligor*), а у уговорима се неретко среће и под називом „овлашћени представник финансијера“ (енг. *representative*).

Пројектно друштво које је уговорна страна у директном уговору се закључењем уговора обавезује да ће потпуно сарађивати са лицем кога именују финансијери пројекта, у смислу стављања на располагање свих неопходних информација, документације и свега осталог што је потребно како би се током овог периода суспензије односно „застоја“ у могућности раскида уговора, проблем који је довео до настанка основа за раскид уговора отклонио, превазишао, дугорочно решио, и пројекат био доведен у стање да може да настави да се спроводи на уговорен начин.

Закључењем директног уговора јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, се обавезују према финансијерима пројекта да, током периода „ступања у уговор“ (енг. *step-in period*), неће раскинути уговор, без обзира на непоступање пројектног друштва, које даје основа за раскид уговора, током ког периода ће се настојати да се нађе начин да се проблем који је довео до немогућности извршења обавезе пројектног друштва превазиђе, како би пројекат „преживео“ кризу у реализацији и наставио да се спроводи на начин на који је његова реализација уговорена.⁸⁵⁷

У случају кад су финансијери пројекта именовали, односно поставили горе поменутог овлашћеног представника, који се стара о имовини пројектног друштва и уједно настоји, заједно са финансијерима пројекта, да нађе начин за „преживљање“ пројекта, јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, имају обавезу да, док траје овај период налажења решења, односно могућности да пројекат преживи, комуницирају и послују искључиво са овим лицем, а не са пројектним друштвом, а будући да се ово лице сматра солидарно одговорним са пројектним друштвом, све активности и радње које буду извршене према овом лицу сматраће се радњама, обавезама, односно активностима преузетим директно према пројектном друштву. Другим речима, током трајања периода „ступања у уговор“ од стране финансијера пројекта, односно од стране њиховог овлашћеног

⁸⁵⁷ E. R. Yescombe (2007), 278.

представника, на уговорен начин и током уговореног периода, наступа „застој“ у погледу могућности раскида уговора, у ком периоду се настоји да се проблем који је наступио, који је узрок неизвршења обавезе пројектног друштва и који је дао основа за раскид уговора, уколико је могуће, отклони у целости или барем делом, како би се током истека овог периода могло наставити са реализацијом пројекта, односно са извршењем уговора.

У том смислу, директни уговор представља битно ограничење права на раскид уговора које се реализује добровољно, будући да се јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, саглашавају са привременом суспензијом права на раскид уговора из уговора са пројектним друштвом, што се све оправдава значајем пројекта, његовом комплексношћу и, коначно, вредношћу инвестиције која је уложена у пројекат.

Период „ступања“ у однос јавног субјекта са пројектним друштвом, односно у однос пројектног друштва и друге уговорне стране из комерцијалног односа (енг. *step-in period*), траје док траје време које је превиђено за то директним уговором. Током трајања овог периода финансијери пројекта, али и јавни субјект, имају интерес како да отклоне тренутни проблем у реализацији пројекта, тако и да поново успоставе ред, континуитет и предупреду настанак нових околности које могу да потенцијално представљају будуће проблеме у реализацији пројекта.

Уколико се, међутим, током трајања овог периода не отклоне проблеми који су довели у опасност пројекат и који су условили настанак основа за раскид уговора, или ако наступе нове околности које су по својој природи такве да пројекат доводе у питање, раскид уговора поново може да се наметне као једина опција.

Овлашћени представник ће, након истека периода током кога се старао о друштву и решио проблеме који су претили да угрозе пројекат, доставити писано обавештење јавном субјекту, односно другој уговорној страни из комерцијалног уговора, а након протеча уговореног рока од најчешће 30 дана, он ће бити ослобођен свих обавеза и одговорности према јавном субјекту, односно према другој уговорној страни из комерцијалног уговора, када ће се сматрати да је истекао период „ступања“ у однос (енг. *step-out period*), након чега пројектно друштво поново преузима на себе све обавезе и одговорности из уговора са јавним субјектом, односно обавезе и одговорности из комерцијалног уговора, и директно је одговорно својим уговорним странама за извршење уговором преузетих обавеза.

Директни угово, уз могућност одржавања пројекта „живим“ током одређеног периода (енг. *step-in period*), а све у циљу налажења могућности да се проблем који је настао у вези са реализацијом пројекта, односно извршењем обавеза пројектног друштва превазиђе, уобичајено предвиђа још једну могућност – пренос права и обавеза пројектног друштва из

уговора на друго лице које испуњава одређене услове прописане уговором (енг. *novation* или *substitution*).⁸⁵⁸

У својству лица које испуњава прописане услове најчешће се уговором предвиђа круг лица која објективно могу да испуне услове опредељене природом пројекта, с тим што је пракса закључења директних уговора указала на различит спектар ових лица, у зависности од тога с ким је уговор закључен, и у којој се фази налази пројекат у тренутку када наступе околности које дају основа за раскид уговора. Тако, у случају тространих уговора код којих се у својству једне од уговорних страна појављује јавни субјект, уобичајено се предвиђа да се као лица на која се могу пренети права и обавезе пројектног друштва из уговора са јавним субјектом, појављује правно лице са чијим се именовањем унапред сагласио јавни субјект, које: (а) поседује сва потребна знања, искуства, правну и финансијску способност да буде уговорна страна у уговору са јавним субјектом, и да преузме извршење свих обавеза пројектног друштва из уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, и (б) које запошљава лица која поседују потребна знања, имају неопходно искуство, референце, али имају и адекватну финансијску моћ, односно имају потребну мрежу подизвођача, што све даје уверавање и наду да ће моћи да на себе преузме извршење свих обавеза пројектног друштва из уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.⁸⁵⁹

С друге стране, директни уговори код којих се као једна од уговорних страна појављује уговорна страна из комерцијалног уговора уобичајено садрже другачију листу лица на која се могу пренети сва права и обавезе пројектног друштва, те се као најчешћи случајеви могу навести следећа лица: (а) сами финансијери пројекта, (б) њихово повезано лице, (в) правно лице које је под непосредном или посредном контролом финансијера пројекта, (г) стечајни управник, или (д) лице које поседује сва потребна знања, искуства, правну и финансијску способност да буде уговорна страна у комерцијалном уговору и да преузме извршење свих обавеза пројектног друштва из конкретног комерцијалног уговора, и које поседује довољна средства и изворе (укључујући овде како финансијска средства, тако и мрежу подизвођача) идентична или приближно слична онима, која су била на располагању пројектном друштву на дан закључења конкретног комерцијалног уговора.

Директни уговор у вези са ступањем ових лица у уговорни однос предвиђа да, осим у случајевима наступања повреде уговора која даје основа за раскид уговора, или током трајања периода кад је могуће извршити горе описано ступање у уговор, финансијери пројекта могу, уз давање писаног обавештења јавном субјекту, односно другој уговорној страни из комерцијалног уговора, у зависности од природе конкретног директног уговора, исходovati пренос права и обавеза из уговора на друго лице које испуњава потребне услове,

⁸⁵⁸ *Ibid.*, 195.

⁸⁵⁹ *Standardization of PFI Contracts*, 251.

док се јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, обавезују да ће прихватити овакав пренос права и обавеза пројектног друштва на друго лице које испуњава све потребне услове да може да настави да извршава уговорне обавезе, односно да може да обезбеди да се пројекат даље несметано реализује.

Будући да се код преноса права и обавеза из уговора практично ради о промени уговорне стране, оваква промена се може извршити само уз претходну сагласност јавног субјекта, односно друге стране из комерцијалног уговора који су дужни да у примереном уговореном року, од уобичајено десет до 30 дана, донесу одлуку о томе да подржавају предлог финансијера пројекта, у вези са учињеним предлогом лица које испуњава услове.

У циљу обезбеђивања извршења овакве обавезе поједини уговори садрже и одредбу о томе да ће се ћутање јавног субјекта, односно друге уговорне стране из комерцијалног уговора у уговореном року, сматрати као прихватање предлога финансијера пројекта.

Рачунајући од датума кад јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора да сагласност на лице на које ће прећи сва права и обавезе пројектног друштва, односно истеком рока у коме су дужни по уговору да дају овакву сагласност, наступају одређене уговорне последице које сваки директни уговор прописује, и то:

(а) пројектно друштво, односно било које друго одговорно лице које је са њим солидарно одговарало за испуњење обавеза из уговора, ослобађа се од тог тренутка *pro futuro* сваке појединачно, и свих обавеза, односно свих права из уговора са јавним субјектом, односно из уговора са другом страном из комерцијалног уговора, а сва права и обавезе прелазе тим даном на лице које испуњава све претходне услове да може да настави са реализацијом пројекта;

(б) јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, треба да опозове било који основ за раскид уговора, односно обавештење о раскиду уговора, под условом да је пропуст који је довео до настанка основа за раскид уговора отклоњен, или је отпао у уговореном року, рачунајући од дана извршеног преноса права и обавеза са пројектног друштва на другог субјекта, са чијим се преносом изричито или прећутно сагласио јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, и

(в) јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора се обавезују да ће са финансијерима пројекта закључити нови директни уговор са истим битним елементима које је садржао и основни директни уговор.

Иако иза преноса свих права и обавеза са пројектног друштва на друго лице које испуњава све услове да настави са спровођењем пројекта, стоји идеја да се на ово лице практично уговор пренесе у свему како је иницијално закључен, начело флексибилности које однос јавног и приватног субјекта једино и може да одржи кроз читав век трајања

пројекта, долази у овом смислу до изражаја и допушта одређени степен измена уговора које су по својој природи такве да уговор не мењају у погледу битних елемената, али да га у појединим оперативним или техничким аспектима могу променити, на начин да га учине пријемчивијим за прихват другом лицу које испуњава све услове да преузме права, обавезе и одговорности пројектног друштва, и омогући опстанак пројекта, што је заједнички циљ јавног субјекта и финансијера пројекта.

Међутим, увођење другог лица на место приватног субјекта, односно на место пројектног друштва представља грубо кршење начела на којима почива уговорни однос јавног и приватног субјекта, и то због следећих разлога:

(а) уместо јавног субјекта, одабир његове уговорне стране врши субјект који није уговорна страна у њиховом односу – финансијери пројекта, чиме се ограничава, злоупотребљава и негира начело аутономије воље на коме почива сваки уговорни однос;

(б) јавни субјект се кроз давање сагласности унапред, односно у кратким роковима који су дати само ради обезбеђивања каквог-таквог легитимитета спровођења поступка новог приватног субјекта, закључењем директног уговора, формално-правно саглашава са одабиром своје уговорне стране, мимо законом уређеног поступка одабира приватног субјекта, тј мимо јавног, транспарентног и конкурентног поступка одабира, што је противно природи овог уговора и уређеном поступку одабира партнера у пројекту;

(в) наметање уговорне стране јавном субјекту негира начело *intuitu personae*, на коме ови уговори почивају, будући да се однос „партнерства“, „савеза“ или „синергије“ наставља са неким ко није предмет слободног избора јавног субјекта, већ му је наметнута уговорна страна;

(г) општи интерес који се прокламује као кауза ових уговора неумитно је обесправљен давањем апсолутног приоритета приватном финансијском интересу који се официјелно ставља у службу јавног интереса, али суштински све време над њим апсолутно доминира;

(д) ускраћује се право на раскид уговора онда кад би за јавног субјекта, са становишта одбране општег интереса, то можда и било оправдано, и

(ђ) мимо корпоративне процедуре, односно мимо законом уређених поступака увођења управника, надзорника или привремене управе, субјект који није уговорна страна (финансијери пројекта), уводи лице које, практично, преузима управљање над друштвом, супротно законом уређеном поступку, чиме се, још једном, веома очигледно демонстрира недостатак равноправности уговорних страна и потпуна асиметрија у позицијама учесника у овом односу, која, формално-правно заснивајући се на законитом основу – уговору, представља још једну манифестацију игре моћи.⁸⁶⁰

⁸⁶⁰ Xu Huafeng, Li Quihong, „The game theory analysis of risk share for PPP projects based on Shapley value“, International Management and Engineering (ICIME), the second conference, April 2010, Chengdu, 112-115.

И на крају, директни уговор, уз бројне могућности које нуди, није нужно обавеза у погледу обезбеђивања исхода спашавања пројекта. У настојању да спасу пројекат, финансијери пројекта ће се превасходно руководити својим интересима тј. пре свега интересом обезбеђивања повраћаја новца који су обезбедили пројектном друштву, с тим да се њихов интерес једним делом поклапа са интересом јавног субјекта да се пројекат сачува и реализује до краја. Међутим, будући да интереси јавног субјекта и финансијера пројекта не морају нужно да се поклапају, финансијери пројекта овим уговором настоје да обезбеде да пројекат преживи заиста само онда кад је реално и објективно за очекивати да се даљи озбиљни проблеми у реализацији пројекта неће понављати, са чим се јавни субјект закључењем овог уговора практично саглашава, али је могућ и неуспех одржавања пројекта живим, ако то није економски оправдано, целисходно и изводљиво, у ком случају долази до раскида уговора.

Још једну специфичност директних уговора представља околност да ови уговори, с обзиром на то да су настали на основама правних института англосаксонског права, односно енглеског права, и данас најчешће садрже клаузулу према којој се на ове уговоре примењује енглеско право, те да се исти имају тумачити у складу са енглеским правом, што у пракси може створити низ проблема, посебно у вези са извршењем овог уговора.

3. Директни уговор у домаћем праву

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама⁸⁶¹ Републике Србије представља један од иновативнијих закона кад је реч о директном уговору будући да га већина закона који уређују ове уговоре директно не помиње. Поменути закон овај уговор не уређује детаљно, већ га предвиђа као средство обезбеђења које захтевају финансијери пројекта. У погледу уговорних страна, Закон о јавно-приватном партнерству овај уговор, такође, дефинише као тространи уговор који закључују јавни субјект, приватни субјект и финансијери пројекта, а према коме јавни субјект може да се сагласи да: (а) ће финансијери пројекта бити овлашћени да уместо приватног субјекта, привремено врше сва права из јавног уговора и да исправе, односно отклоне било који пропуст приватног субјекта, а да ће јавни субјект прихватити наведене радње, као да их је извршио приватни субјект непосредно, (б) приватни субјект, без претходне сагласности финансијера пројекта неће прихватити отказ, односно раскид уговора на захтев јавног субјекта, (в) јавни субјект, на основу уговора, неће поднети захтев у вези са пропустима приватног субјекта, пре претходног писаног обавештења финансијерима пројекта о томе, дајући финансијерима

⁸⁶¹ Вид. ЗЛППК, чл. 49.

пројекта, као и приватном субјекту могућност да исправе утврђене недостатке, (г) ће јавни субјект унапред дати сагласност на привремено или коначно уступање уговорне позиције или било ког права приватног субјекта, и да ће дати тражена одобрења за оснажење обезбеђења датог финансијерима пројекта од стране приватног субјекта, (д) све друге уобичајене одредбе које су оправдане у циљу адекватног обезбеђења интереса јавног субјекта и финансијера пројекта.

Закон о јавно-приватном партнерству прописује обавезу јавног субјекта да прибави сагласност Владе Републике Србије, владе аутономне покрајине, односно скупштине јединице локалне самоуправе, у зависности од случаја, на закључење директног уговора, те да добијена сагласност подразумева право финансијера пројекта да, без накнадног одобрења, могу да спроводе радње и штите своја права на начин предвиђен директним уговором.

У домаћој пракси закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, и пре доношења Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, а и након доношења поменутог закона, закључивали су се директни уговори. Како највећи број уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта има елемент иностраности, у смислу да се у својству приватног субјекта најчешће појављује страно правно лице, односно конзорцијум у коме водећу улогу најчешће има страно правно лице, то су сви до сада преговарани и закључени директни уговори били сачињени у складу са страним, и то по правилу, енглеским, правом и исти су садржали горе описане механизме преузимања пројекта од стране финансијера пројекта.

4. Ступање у уговор јавног субјекта

У пракси спровођења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта могућ је и случај ступања јавног субјекта у пројекат, у смислу преузимања одређених обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва. Овакво поступање јавног субјекта назива се „ступање јавног субјекта“ (енг. *authority step-in*).⁸⁶² Иако се за преузимање обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва од стране јавног субјекта користи исти назив као и код директног уговора, сматрамо да између ова два „ступања“ у уговорни однос постоје значајне разлике, те би и у терминолошком смислу ваљало учинити разлику која би указала на суштинску природу интервенције јавног субјекта, односно финансијера пројекта, и различите разлоге због којих се ово чини.

⁸⁶² *Standardization of PFI Contracts*, 240.

За разлику од директног уговора, у коме ступање у пројекат представља обавезу која се, под претпоставком испуњења одређених услова и уз поштовање напред прописане процедуре заснива на директном уговору, ступање у уговор од стране јавног субјекта, у смислу преузимања одређених обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва, није и не сме представљати обавезу будући да би у том случају представљало неоправдано оптерећење јавног субјекта и било би противно логици поделе ризика између јавног и приватног субјекта, која је извршена још у тренутку закључења уговора, већ настаје искључиво у оправданим случајевима кад постоји, или прети опасност, од наступања ризика који може штетно да се одрази на здравље људи, сигурност имовине, заштиту животне средине, или, ако је реч о догађају који има, или може имати било какво друго негативно дејство које би могло да нанесе значајну штету ширем кругу лица.⁸⁶³

Овакво поступање јавног субјекта објашњава се природом пројекта који уређују ови уговори, императивом заштите јавног интереса, али и обезбеђивањем остваривања општег интереса најшире популације.

Иако је овакво поступање јавног субјекта по својим ефектима суштински идентично ступању у пројекат финансијера пројекта, оно се не може поистоветити са ступањем у пројекат, односно уговорни однос на основу директног уговора и зато што у случају директног уговора, ступање у уговорни однос наступа након чињења, односно нечињења пројектног друштва, које је по својим обележјима или последицама такво да даје основ за раскид уговора. У случајевима кад јавни субјект преузима обавезе пројектног друштва оваква активност јавног субјекта не мора, али може да буде, узрокована чињењем, односно пропуштањем дужног чињења од стране приватног субјекта, а јавни субјект има право да преузме обавезе приватног субјекта увек кад постоји опасност по општи или јавни интерес.

Додатна разлика између директног уговора и случаја преузимања обавезе приватног субјекта од стране јавног субјекта је у томе што, за разлику од право ступања у уговорни однос који карактерише директни уговор, у коме финансијери пројекта нису непосредно уговорна страна у односу јавног и приватног субјекта, преузимање обавеза приватног субјекта од стране јавног субјекта представља квази *step-in*, будући да је јавни субјект већ у непосредном односу са приватним субјектом, с тим да овакво његово поступање практично значи преузимање само додатних обавеза, које иницијално нису распоређене на јавног субјекта.

Како преузимање обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва од стране јавног субјекта може да буде и опасно, у случају да се не уреди, у смислу наступања проблема у вези са реализацијом уговора, кад започињање одређене активности преузму два

⁸⁶³ *Ibid.*, 240; E. R. Yescombe (2007), 277.

одвојена субјекта, а још деликатније, ако у вези са тим ступе у сукоб, препоручљиво је да се услови под којима јавни субјект има право да преузме извршење обавеза приватног субјекта, пројектног друштва, уговором изричито уреди у смислу прописивања поступка у складу са којим јавни субјект преузима на себе део обавеза и одговорности приватног субјекта, односно пројектног друштва. Стога је упутно и препоручљиво да уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта уређује обавезу достављања писаног обавештења јавног субјекта приватном субјекту, односно пројектном друштву, уз навођење разлога зашто сматра да је његова „интервенција“ потребна, и који је основ за такво становиште, предлог када би се започело са предложеном „интервенцијом“, колико би дуго она трајала, који би били њени очекивани резултати, зашто је она, по мишљењу, јавног субјекта важна за пројекат, а зашто за јавни или општи интерес, како је применљиво, и на који начин може да утиче на редовно пословање пројектног друштва.

Како оваква „интервенција“ јавног субјекта у пословање пројектног друштва треба да буде усмерена на остваривање одређених погодности или спречавање наступања штете, што пројектно друштво није у стању само да учини, активност јавног субјекта треба да буде спроведена на начин да омогући остварење овог циља, али не и да произведе друге пропратне негативне ефеката на пословање пројектног друштва – на пример, онемогућавање, спречавање, прекидање или успоравање редовног тока пословања пројектног друштва, које такође може да има негативне последице по пројекат. У оваквим ситуацијама, како би „интервенција“ јавног субјекта могла да се одвија на начин који доприноси остварењу жељеног циља, било би препоручљиво и то да уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, садржи одредбу којом се приватни субјект, односно пројектно друштво, обавезује на сарадњу са јавним субјектом, чиме му, практично, поред саме сагласности на преузимање обавеза и одговорности приватног субјекта, односно пројектног друштва, даје и пуну подршку у предузимању потребних активности.

Интервенције јавног субјекта у пословање пројектног друштва се најчешће срећу у другој фази реализације пројекта – фази опертивног поступања, будући да у првој фази реализације пројекта јавни субјект нема интерес да на себе преузима ризике у вези са изградњом, који су највећим делом пренети на приватног субјекта, односно на пројектно друштво.

У случају кад је до потребе за преузимањем обавеза и одговорности пројектног друштва у другој фази реализације пројекта дошло због разлога који нису у вези са повредом уговорних обавеза пројектног друштва, јавни субјект је дужан да, и онда кад је преузео део обавеза и одговорности пројектног друштва, пројектном друштву плати пуну цену услуге која је пружена, тим пре што су разлози „интервенције“ јавног субјекта тада узроковани разлозима вишег интереса, о којима је свакако дужан да се стара јавни субјект, а

јавни субјект сам сноси трошкове предузимања ових активности, не пребацујући их на терет пројектног друштва.

У случају кад је пројектно друштво учинило какав пропуст, јавни субјект у поступку контроле над извршењем уговора може о томе званичним путем да обавести пројектно друштво, указујући му на пропуст и остављајући му примерен рок (прописан уговором или примерен конкретном пропусту), како би могао да отклони последице свог чињења или нечињења противно уговору, а уколико пројектно друштво у остављеном року на поступи у складу са налогом јавног субјекта у складу са уговором, стварају се услови да јавни субјект преузме на себе извршење обавезе пројектног друштва, уколико је то оправдано са становишта одржавања пројекта. Пројектно друштво је тада дужно да сарађује са јавним субјектом, пружајући му сву потребну подршку, што је препоручљиво да се уреди уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта. И у овим околностима, по правилу је уобичајено да јавни субјект плати пројектном друштву цену услуге коју би му у редовним околностима платио, с тим да има право, посебно ако је ово прописано уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта, да цену коју је дужан да плати по уговору, умањи за своје објективне трошкове које је имао у вези са извршењем обавезе пројектног друштва, коју пројектно друштво није извршило, а која је таква да може да има утицаја на пројекат.

УГОВАРАЊЕ РЕФИНАНСИРАЊА

1. Одређивање рефинансирања

Реализација пројекта, односно извршење уговора, које иде планираним током води пуном постизању рокова, с једне стране, односно поступању у свему у складу са финансијским моделом на коме је пројекат заснован, односно поступању у складу са пословним планом и буџетом пројектног друштва, који су, такође, компатибилни и у свему усклађени са финансијским моделом пројекта.

Окончањем фазе изградње новог, односно реконструкције већ постојећег објекта, простројења, односно система и започињањем оперативне фазе у реализацији пројекта, пројекат улази у мало мирнију фазу, кад је велики број ризика који је пратио испуњење претходних услова за започињање радова на изградњи, односно само извођење радова на изградњи, практично отпао. У тим околностима, приватни субјект додатно анализира дотадашње финансијске ефекте до тада извршених обавеза и настоји да обезбеди додатну финансијску оптимизацију, посебно у вези са релаксацијом пројектног друштва у односу на одређене ригорозне одредбе уговора о кредиту, које се у новонасталим околностима могу мењати и тиме положај пројектног друштва побољшати у односу на иницијално уговоране услове задужења.⁸⁶⁴

У случају кад је приватни субјект укључен у већи број пројеката, који укључују елементе пројектног финансирања, успешна реализација једног пројекта, односно осетљивих фаза у једном пројекту (нарочито фаза извођења радова на изградњи, односно њене подфазе) може да му значајно олакша преговарачку позицију приликом преговарања услова задужења у другим пројектима, кад рефинансирање у пројекту сарадње са јавним субјектом, може да буде предност, а некад и услов за обезбеђивање финансирања у другим пројектима које паралелно реализује.⁸⁶⁵ Како рефинансирање⁸⁶⁶ пружа и одређене финансијске погодности јавном субјекту, како ћемо то видети у наредним редовима, јавни субјект је најчешће спреман да подржи овакав предлог приватног субјекта и да у уговор укључи одредбе које ће осигурати могућност обезбеђивања рефинансирања.⁸⁶⁷

⁸⁶⁴ J. Delmon (2011), 162-163.

⁸⁶⁵ E. R. Yescombe (2007), 298-300.

⁸⁶⁶ Michael Burnett, „The Current Private Finance Initiative (PFI) Reform in the United Kingdom – How Should it be Measured?“, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2/2012, 122.

⁸⁶⁷ Alexandre Andrade, Andre Santos Raquel, „Public-Private Partnership in Portugal-The Legal Structure of the Public-Private Partnership Contract and the Peripheral Contracts“, *European Public Private Partnership Law Review* 1/2010, 51.

2. Разлози за забринutost на јавног субјекта

Јавни субјект, најчешће и сам, има интереса да се сагласи са рефинансирањем, посебно имајући у виду да му уговарање овакве опције потенцијално отвара могућност да у будућности или једнократно профитира или да умањи висину своје обавезе према приватном субјекту, односно према пројектном друштву. Међутим, рефинансирање не мора нужно да донесе погодности нити за сам пројекат, нити за јавног субјекта. Наиме, могуће је да се рефинансирањем увећа обавеза пројектног друштва, чиме се потенцијално увећава и будући ризик за пројекат, али и ризик за јавног субјекта од преузимања пројекта од стране финансијера пројекта, а с тим у вези, и опасност од промене приватног субјекта у пројекту.⁸⁶⁸

Иако се рефинансирање непосредно реализује на релацији пројектно друштво – финансијске институције, које обезбеђују рефинансирање, јавни субјект задржава механизме да преупреди додатно оптерећивање пројекта и/или установљавање својих додатних обавеза или преузимање додатних ризика, које није преузео приликом закључења основног/генералног уговора о сарадњи са приватним субјектом.

3. Сагласност јавног субјекта

Иако се обезбеђивање екстерног финансирања најчешће заснива на уговору пројектног друштва и финансијера пројекта, овај однос није безначајан ни за јавног субјекта. Ово из разлога што се однос пројектног друштва и финансијера пројекта може непосредно одразити и на јавног субјекта, кад услед поступања пројектног друштва супротно преузетим обавезама, укључујући и обавезе према финансијерима пројекта, финансијери пројекта могу да преузму пројекат, а у зависности од конкретних одредби уговора, у појединим случајевима могу захтевати и од јавног субјекта да изврши одређене обавезе приватног субјекта, односно пројектног друштва. Како извршавање обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва може да погађа и јавног субјекта, код уговора који су предмет ове анализе је уобичајено да јавни субјект буде укључен у поступак задуживања пројектног друштва, макар у делу који може утиче на настанак обавезе јавног субјекта.

Као што се у вези са уговором о кредиту којим се установљавају иницијалне обавезе приватног субјекта, односно пројектног друштва, приватни субјект/пројектно друштво обавезује да у уговореном року пре финансијског затварања пројекта, достави јавном субјекту коначну верзију уговора о кредиту и других финансијских докумената који су

⁸⁶⁸ *Standardization of PFI Contracts*, 272.

неопходни за финансијско затварање, приватни субјект, односно пројектно друштво, такву уговорну обавезу има и у случају рефинансирања.⁸⁶⁹

Улога јавног субјекта у поступку одобравања рефинансирања практично се своди на анализу и процену: (а) да ли се рефинансирањем у односу на јавног субјекта установљавају какве додатне обавезе, које нису биле предвиђене уговором о кредиту, односно да ли се установљавањем додатних обавеза отежава позиција јавног субјекта, која није еквивалентна предностима које рефинансирање даје приватном субјекту, односно пројектном друштву, чиме се још једном испитује испуњеност критеријума „вредности за новац“, (б) да ли се рефинансирањем умањују подстицаји за пројектно друштво, остварени основним уговором о сарадњи са јавним субјектом, у погледу испуњења уговорених стандарда и квалитета у вези са обављањем делатности, односно пружањем услуга од општег интереса, што је такође у директној вези са испуњењем критеријума „вредности за новац“, и (в) да ли се рефинансирањем угрожава финансијска стабилност пројектног друштва, што може негативно да се одрази и на извесност у реализацији пројекта.⁸⁷⁰

У пракси реализације пројеката сарадње јавног и приватног субјекта, временом су се искристалисала одређена питања у односу на обезбеђивање финансирања/додатног финансирања, односно рефинансирања, у односу на која се сматра да је непотребно, нецелисходно и сувишно да се захтева сагласност јавног субјекта, и то:⁸⁷¹ (а) обезбеђивање додатног капитала (осим ако докапитализацију врши треће лице, чиме практично долази до промене власничке структуре пројектног друштва, а потенцијално и промене контроле у пројектном друштву, за шта се, по правилу, уговара или изричита забрана, или се промена власничке структуре, односно промена контроле у друштву може дозволити само на основу претходне писмене сагласности јавног субјекта), (б) фиксирање висине камате током читавог века трајања пројекта или током појединих фаза, посебно у случају кад пројектно друштво сноси каматни ризик, као и у случају кад је накнада, коју пројектном друштву плаћа јавни субјект, одређена у складу са тржишним условима за период који обухвата пун век трајања пројекта, (в) промена рачуноводствених политика и процедура на страни пројектног друштва, и др.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, по правилу, предвиђају могућност рефинансирања пројекта, уз претходну писмену сагласност јавног субјекта, при чему се обавезно уговара и то да јавни субјект неће неоправдано ускратити давање писмене сагласности, односно да неће неоправдано пробити уговором утврђен рок за давање ове сагласности. Тако, у случају да приватни субјект жели да врши рефинансирање, дужан је да

⁸⁶⁹ *Ibid.*, 300.

⁸⁷⁰ *Standardization of PFI Contracts*, 269-270.

⁸⁷¹ *Ibid.*, 270-272.

о оваквој својој намери обавести јавног субјекта најкасније 60 до 90 дана пре дана рефинансирања, при чему је уз овакво обавештење дужан да јавном субјекту достави и детаљне информације о предложеном рефинансирању, а, по потреби, може да се са јавним субјектом и састане, како би и у непосредном контакту разменили мишљења и указали једни другима на одговарајуће предности предложеног рефинансирања, али и на евентуалне опасности и ризике које виде у предлогу рефинансирања који је учинио приватни субјект, односно пројектно друштво.

Јавни субјект може да ускрати да да сагласност на рефинансирање, које је предложио приватни субјект, односно пројектно друштво само ако: (а) сматра да достављене му информације не представљају целовите информације, које дају потпуну, реалну и објективну анализу свих релевантних аспеката рефинансирања, а посебно ако не указују на предности, недостатке и евентуалне ризике рефинансирања у односу на пројекат, али и у односу на позиције уговорних страна у односу на иницијално преузете обавезе и иницијалну расподелу ризика између уговорних страна, (б) докаже да предлог рефинансирања утиче на обавезе јавног субјекта, на начин да рефинансирање утиче или потенцијално може да утиче на повећање или продужење обавеза јавног субјекта или установљава додатне обавезе јавног субјекта, које га могу изложити додатном ризику, (в) сматра да би предложено рефинансирање могло да има материјално негативан утицај на способност приватног субјекта, односно пројектног друштва да извршава своје уговором преузете обавезе.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта уобичајено садржи и одредбу о начину на који ће се уговорне стране одредити и финансијски исказати погодности које се остварују рефинансирањем, а посебно на који начин ће погодности бити распоређене између уговорних страна, при чему је ниво детаља на који се ова калкулација изводи, по правилу, веома ограничен.

У случају кад приватни субјект жели да осигура за себе могућност рефинансирања, дужан је да ове елементе обавезно укључи у своју понуду коју чини јавном субјекту, односно у предлогу измена и допуна нацрта уговора који представља саставни део документације у јавном поступку. Предлагање одредбе којом се уређује могућност рефинансирања чини конкретан пројекат додатно конкурентнијим, а посебно потенцијално финансијски исплативијим тј. банкабилнијим, што је околност на коју финансијери пројекта обраћају посебну пажњу.

Код уговора који су предмет ове анализе, онда кад се уговара могућност рефинансирања, уобичајена је и одредба према којој јавни и приватни субјект учествују са по 50% у остваривању погодности из рефинансирања.⁸⁷² Погодности из рефинансирања⁸⁷³ се

⁸⁷² *Ibid.*, 273.

огледају у погодностима у односу на плаћања које се остварују у случају обезбеђивања рефинансирања, у односу на уговорена плаћања у складу са основним уговором и иницијалним уговором о финансирању.

Погодности које јавни субјект може да оствари у случају обезбеђивања рефинансирања могу се огледати у: (а) исплати одређеног износа у готовини након обезбеђивања средстава по основу рефинансирања, (б) у умањењу висине накнаде коју је јавни субјект у складу са уговором дужан да плаћа приватном субјекту, а одлуку о томе на који начин жели да учествује у остваривању погодности из рефинансирања јавни субјект доноси на основу спровођења теста „вредности за новац“, који треба да му дâ економске рације да ли је за њега исплативије да одједном добије одређену суму новца или да током дужег временског периода остварује овакву погодност кроз умањење висине накнаде коју плаћа пројектном друштву, или (в) комбинацији једнократне исплате одређеног износа у готовом новцу и сразмерног умањења висине накнаде коју јавни субјект плаћа пројектном друштву.

Умањење висине накнаде никако не сме да доведе до умањења квалитета у обављању делатности, односно у вези са пружањем услуга од општег интереса, што би било супротно начелу „вредности за новац“, које је за све време трајања пројекта на сталном тесту на страни јавног субјекта.

Иако се у пракси не среће често, постоји и могућност да се јавни субјект определи и за потенцијалну четврту опцију, тако што ће уместо једнократног примања одређене суме новца, односно, уместо умањења висине накнаде коју је дужан да плаћа пројектном друштву, оптирати за проширење обима или врсте услуга које је пројектно друштво дужно да пружа на основу уговора, под условом да финансијске анализе и јавног и приватног субјекта потврде да ова опција не доприноси додатном, финансијски неисплативом оптерећењу пројектног друштва, односно да не доводи до несразмерне користи на страни јавног субјекта, у односу на његову обавезу плаћања уговорене накнаде за обављање делатности, односно за пружање услуга од општег интереса.⁸⁷⁴

4. Модели рефинансирања

Рефинансирање представља промену основног аранжмана којим је обезбеђено финансирање извођења пројекта на основу уговора о кредиту, која се састоји у изменама и допунама уговора о кредиту, или закључењу новог уговора о кредиту, којим се мењају

⁸⁷³ Michael Fritzsche, „Doe PPP need Financing? Considerations for Integrating and Structuring Financing in PPP Projects“, *European Public Private Partnership Law Review* 2/2009, 79.

⁸⁷⁴ *Standardization of PFI Contracts*, 274.

одредбе које уређују права и обавезе уговорних страна из уговора о кредиту, посебно у вези са:⁸⁷⁵ (а) смањењем висине каматне стопе, (б) умањењем уговорене кредитне марже, (в) изменом, односно прудужењем плана отплате (главнице, односно камате), (г) финансијским обавезама пројектног друштва у погледу дужине њиховог трајања, начина извршења и средстава обезбеђења које пружа пројектно друштво, (д) повећањем висине укупног задужења по кредиту, (ђ) начином извршења обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва из уговора о кредиту (обезбеђивање додатног *grace* периода, начином обрачуна обавеза, динамике извршења обавеза, обавезе у погледу извештавања или достављања уговорене или додатне документације на захтев финансијера пројекта, и др.), (е) пројекцијама повећања интерне стопе приноса приватног учесника у пројекту, односно интерне стопе повраћаја инвестиције приватног субјекта (*IRR*) и др.

Рефинансирање у пракси најчешће комбинује све горе наведене елементе, односно могуће моделе рефинансирања будући да је, најчешће, тек њихов укупан финансијски ефекат такав да може да математички потврди и искаже предности како у односу на сам пројекат, тако и у односу на приватног субјекта, односно пројектно друштво, али и за јавног субјекта.

Рефинансирање је могуће обезбедити код финансијских институција са којима је иницијално већ закључен уговор о кредиту, што има бројне предности, будући да су финансијери пројекта, током реализације пројекта, стекли додатно поверење у постизање уговорене динамике извршења уговорних обавеза, те је у пракси код њих, најчешће, могуће постићи повољније услове у односу на финансијске институције са којима приватни учесник у пројекту, односно пројектно друштво нису сарађивали на конкретном пројекту, али је могуће и закључити нови уговор о кредиту са другим финансијским институцијама, из кога се у целости превремено исплаћују преостале обавезе из већ закљученог уговора о кредиту, и обезбеђује нови кредитни аранжман, под повољнијим условима.

⁸⁷⁵ E. R. Yescombe (2007), 406-407.

ДРУГЕ ЗНАЧАЈНЕ ОБАВЕЗНЕ ОДРЕДБЕ УГОВОРА

1. Одредбе о заштити права интелектуалне својине

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, по правилу, увек укључује и одређена права интелектуалне својине која се, или уносе у пројекат од стране јавног односно приватног субјекта⁸⁷⁶ или која настају током реализације пројекта, односно права интелектуалне својине која се, током трајања пројекта, користе по основу уговора, а изворно припадају лицима која нису непосредно уговорна страна.⁸⁷⁷

У зависности од тога шта је предмет конкретног пројекта и у чему се састоје обавезе уговорних страна, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, најчешће, укључују ауторска права у вези са пројектном документацијом, цртежима, скицама, дизајном, плановима, рачунарским програмима, и слично. Наведено је типично за сваки уговор јавног и приватног субјекта који укључује саму изградњу, а неретко и за оперативну фазу реализације пројекта. Постоје и одређени пројекти који укључују нове технологије, у којима се, по први пут, уводе и имплементирају одређена технолошка достигнућа, односно који укључују открића и имплементацију потпуно нових поступака, начина и метода пружања одређене услуге, и слично. Ови пројекти се, по правилу, реализују у домену војне индустрије, научноистраживачког рада,⁸⁷⁸ пружања здравствених услуга применом најмодернијих технологија, и слично.

У зависности од значаја, односно употребне вредности ауторског дела,⁸⁷⁹ оно може да има ширу употребну вредност (кад није применљиво искључиво на конкретан пројекат, односно на објекат, постројење, односно систем, који је изграђен или оперативно-технички унапређен, што је, пре свега, случај са ауторским правима у погледу осмишљеног метода, поступка или процеса обављања делатности или пружања услуге од општег интереса), а може бити ограничен својом функцијом, домаћајем доприноса, односно унапређења које у себи садржи, тако да има уже применљиву употребну вредност, ограничену искључиво на конкретан пројекат.

⁸⁷⁶ Li Yaning Tang, Qiping Shen, Eddie W. L. Cheng, „A review of studies on public-private partnerships in construction industry“, 9, доступно на: http://repository.lib.polyu.edu.hk/jspui/bitstream/10397/7153/1/Tang_Review_Public_Private.pdf - 28.4.2015.

⁸⁷⁷ *Standardization of PFI Contracts*, 231-232.

⁸⁷⁸ H. Stevens *et al.*, „Perspectives and opportunities for Precompetitive Public Private Partnership in the Biomedical Sector“, *Biotechnology Law Review* 3/2013, 131-139.

⁸⁷⁹ David Parker, Keith Hartley, „Transaction costs relational contracting and public private partnerships: a case study of UK defence“, *Journal of Purchasing & Supply Management* 9/2003, 104.

У случају кад је носилац ауторских права на ауторском делу носилац права на патенту или каквог другог права интелектуалне својине јавни субјект (ово је чест случај у пројектима који укључују реконструкцију, односно оперативно-техничко унапређење већ постојећег објекта, постројења, односно система), уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта садржи обавезу јавног субјекта да приватном субјекту преда целокупну документацију којом располаже, а која се односи на постојећи објекат, постројење, односно систем, а приватни субјект се обавезује да неће повредити право јавног субјекта неовлашћеним изменама документације, пројеката, планова, цртежа и слично, изузев оних које су нужне за потребе реализације пројекта, односно извршења уговора. Будући да у овим пројектима приватни субјект, односно пројектно друштво треба да припреми и спроведе одређена оперативна, техничка, грађевинска и технолошка унапређења већ постојећег објекта, постројења, система, односно метода, начина или процеса обављања делатности, односно начина пружања услуге, пројектно друштво користи већ постојећу документацију те закључењем уговора јавни субјект даје овлашћење приватном субјекту, односно пројектном друштву, да, користећи његова ауторска дела, спроведе пројекат, уз све потребне измене и прераде изворног ауторског дела, које су у сврси реализације пројекта, а које јавни субјект прати и контролише током реализације пројекта, односно извршења уговора.

Измене и прераде ауторског дела и саме по себи могу да представљају ауторско дело ако су у њима препознатљиви елементи изворног ауторског дела, али оне не дирају, нити на било који начин ограничавају права која се остварују из, односно у вези са оригиналним ауторским делом. Отуда, као резултат спровођења конкретног пројекта, односно извршења одређеног уговора, код ових пројеката је уобичајено да ауторска права имају и јавни субјект и пројектно друштво.

У случају кад је власник права интелектуалне својине приватни субјект, односно пројектно друштво (ово је чест случај у пројектима који укључују изградњу потпуно новог објекта, постројења, односно система), пројектно друштво је дужно да јавном субјекту током реализације пројекта, ради контроле спровођења пројекта који врши јавни субјект, преда копију целокупне документације, а након извршења уговора и оригиналну документацију, при чему уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезно садржи одредбу којом се јавни субјект обавезује да ће документацију чувати и користити искључиво у сврху надзора над спровођењем пројекта и да је неће мењати, или на други начин нарушавати права њеног аутора и власника, као и да неће ову документацију, посебно ако она има ширу употребу, користити за потребе других пројеката јавног субјекта.

Будући да изван брoј пројеката јавног и приватног субјекта као обавезну фазу спровођења пројекта укључује оснивање заједничког привредног друштва, које заједно оснивају јавни и приватни субјект, такви пројекти најчешће укључују заједнички рад

стручњака јавног и приватног субјекта запослених у заједничком привредном друштву, на изради пројектне и техничке документације, у ком случају се може догодити, а у пракси се веома често и догађа да јавни и приватни субјект током реализације пројекта, односно извршења уговора, уносе у пројекат своја изворна ауторска права, али их онда додатно заједнички, делом или у целости мењају, односно прерађују,⁸⁸⁰ тако да права интелектуалне својине на таквој документацији припадају заједничком привредном друштву, с тим, да и непосредни аутори ових права имају одређена права на ауторском делу, осим права да дело објаве и црпу искључива имовинска права на његовом искоришћавању у вези са обављањем делатности, односно спровођењем пројекта.

Оно што представља специфичност овог права је да се код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезно уређује право пројектног друштва, да, све док траје пројекат, односно до пуне конзумације уговора, то привредно друштво задржава право да црпи сва имовинска права из конкретног ауторског дела које користи у вези са обављањем привредне делатности.⁸⁸¹ У том смислу, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезно садржи одредбу у складу са којом ће пројектно друштво, након оснивања, усвојити општа акта и са својим запосленима закључити одговарајуће уговоре о раду, којима ће омогућити трајање искључивог имовинског права пројектног друштва током читавог века трајања пројекта, уз пуно признавање моралних права аутору дела.

Додатно, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта уобичајено садрже одредбу према којој се уговорне стране међусобно обавезују да ће уговор извршавати, односно пројекат реализовати у свему у складу са условима из уговора о коришћењу права интелектуалне својине и добијеним лиценцама, и да неће повредити ниједно право законитог титулара права интелектуалне својине. У случају да ауторска права припадају трећем лицу, а не јавном, односно приватном субјекту, уговорна страна која има обавезу да другој уговорној страни стави на располагање одређена права интелектуалне својине, дужна је да претходно прибави дозволу тог трећег лица (носиоца ауторских права), односно да обезбеди под-лиценцу која ће омогућити реализацију пројекта, односно извршење уговора.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезно садржи одредбу по којој уговорне стране међусобно преузимају обавезу да ће обавестити једна другу и у случају да повреда ма ког права интелектуалне својине угрожава или прети да угрози реализацију

⁸⁸⁰ Уговорне стране могу договорити измене изворног ауторског дела на начин да у појединим деловима студије раде представници јавног субјекта, а делом представници приватног субјекта, сви запослени у заједничком привредном друштву.

⁸⁸¹ Према општим правилима, ако је аутор створио ауторско дело током трајања радног односа извршавајући своје радне обавезе, послодавац је овлашћен да то дело објави и носилац је искључивих права на његово искоришћавање у оквиру своје привредне делатности у року од пет година од завршетка дела, ако другачије није уређено (општим актом или уговором о раду), док након истека овог рока искључива имовинска права стиче аутор. Овакву одредбу познаје и Закон о ауторским и сродним правима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 и 119/2012 – чл. 98.

пројекта, односно извршење уговора, посебно ако прети да угрози или угрожава обављање делатности или пружање услуге.

Додатно, јавни и приватни субјект се уговором међусобно обавезују на сарадњу у случају покретања или претње покретањем судског поступка од стране трећег лица, кад су међусобно обавезни да предузму све потребне радње и активности како би предупредили да покретање поступка доведе до прекида обављања делатности, односно забране пружања услуга.

Посебно важно питање које обавезно уређују уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта је третман права интелектуалне својине након истека или раскида уговора.⁸⁸² Будући да након истека уговора, односно у случају раскида уговора, објекат, постројење, односно систем, који је настао, односно који је оперативно-технички унапређен током реализације пројекта, прелази у власништво јавног субјекта, који наставља са обављањем делатности, односно са пружањем услуга, уговор мора да обезбеди несметано обављање делатности, односно пружање услуга. Онда кад се обављање делатности, односно пружање услуга, заснива на, односно ослања се на коришћење одређених права интелектуалне својине, уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта је неопходно обезбедити да се преузимање „пословања“ обави уз поштовање права интелектуалне својине лица која се имају сматрати власницима ових права.

У вези са преузимањем обављања делатности, односно преузимања пружања услуга од општег интереса од стране јавног субјекта, могућа су два сценарија, која су диктирана природом ауторског дела. Поједина ауторска дела су у искључивој функцији конкретног пројекта, али су по својој природи таква да пројекту дају посебну вредност, у смислу да се настављање обављања делатности, односно пружања услуга, не може извршити ако се на јавног субјекта, односно на друго лице које он одреди, а коме ће поверити обављање делатности, односно пружање услуга, не пренесе право коришћења конкретног права интелектуалне својине. Приватни субјект, односно пројектно друштво, има уговором прецизно одређену обавезу да јавном субјекту обезбеди континуитет у обављању делатности, односно у пружању услуга од општег интереса.

У случају кад је конкретно ауторско дело створено за потребе конкретног пројекта и нема никакву употребну вредност ван конкретног пројекта, односно одвојено од конкретног објекта, постројења, односно система, у чијој је функцији, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће уређује да јавном субјекту припада право да користи конкретно право интелектуалне својине, све док се конкретна делатност обавља, односно конкретна

⁸⁸² Roger Quick, „Long-term ties: Managing Public Private Partnership Contract“, *Public Infrastructure Bulletin* 2/2003, Article 5, 4; такође, Gordon Rausser, Reid Stevens, „Public-Private Partnerships: Goods and the Structure of Contracts“, *Annual Review of Resource Economics* 1/2009, 91.

услуга пружа на објекту, постројењу, односно систему, који је у ту сврху изграђен или оперативно-технички унапређен, а конкретно право интелектуалне својине је у функцији обављања одређене делатности, односно пружања одређених услуга, и то без плаћања било какве накнаде будући да се сматра да је имовинска вредност конкретног ауторског права валоризована и имовински исказана кроз накнаду која се исплаћивала током века трајања пројекта. Овакав приступ комерцијално има смисла само под условом да је пројекат доживео свој пун животни век, односно да је уговор у целости конзумиран. У случају, међутим, када је дошло до раскида уговора пре истека пуног века трајања уговора, а јавни субјект преузима објекат, постројење, односно систем, поставља се питање да ли накнада коју јавни субјект тада плаћа приватном субјекту за преузимање објекта, постројења, односно система, укључује и накнаду за коришћење права интелектуалне својине или се ова накнада мора одвојено обрачунати, исказати и платити.

Питање вредности конкретног права интелектуалне својине и његове вредности у односу на вредност објекта, постројења, односно система је питање на које се одговор тражи у комерцијалним и финансијским калкулацијама које се разликују од случаја до случаја. Права јавног субјекта су, по правилу, ограничена на даље, односно будуће коришћење права интелектуалне својине само у контексту конкретног пројекта које он преузима и наставља да обавља делатност, односно да пружа услуге. Ово не значи да је могућност коришћења права интелектуалне својине у другим пројектима немогућа, али се таква могућност мора уговором посебно регулисати, кад се, у зависности од природе права интелектуалне својине и његових комерцијалних ефеката, изводи калкулација која објективно треба да покаже и докаже да ли јавни субјект треба да приватном субјекту плати одређени износ накнаде за „проширење“ могућности употребе конкретног права интелектуалне својине и на друге пројекте.

У случају кад конкретно право интелектуалне својине даје другом пројекту додатну вредност, чини га конкурентнијим у односу на друге сличне пројекта, или му даје какву другу вредност, на основу које јавни субјект остварује имовинску корист, већу од оне коју би остваривао обављањем делатности, односно пружањем услуга у оквиру изворног пројекта, приватни субјект може захтевати одговарајућу новчану накнаду, било кроз плаћање паушалног износа одједном, у висини коју уговорне стране споразумно договоре, или континуираним учешћем приватног субјекта у приходу јавног субјекта, одређени временски период.

Друга права интелектуалне својине чија употребна вредност није уско ограничена на конкретан пројекат, такође, морају да уваже нужност да настављање обављања делатности, односно настављање пружања услуга од општег интереса, најчешће, није могуће без њиховог коришћења, које наставља јавни субјект, самостално или посредством другог лица,

коме поверава обављање предметне делатности, односно пружање услуга од општег интереса.

У случају да приватни субјект није титулар права интелектуалне својине, већ да је то неко друго лице, са којим је пројектно друштво имало закључен уговор, и по основу тог уговора и одговарајућу лиценцу, приватни субјект, односно пројектно друштво, су дужни да, у сарадњи са титуларом права интелектуалне својине, обезбеде јавном субјекту закључење посебног уговора, који ће јавном субјекту омогућити даље законито коришћење права интелектуалне својине, а све ово у циљу обезбеђивања континуитета у обављању делатности, односно у пружању услуга од општег интереса.

У случају да титулар права интелектуалне својине не жели да са јавним субјектом закључи уговор који би јавном субјекту обезбедио континуитет у обављању делатности, односно у пружању услуга од општег интереса, приватни субјект је дужан да, о свом трошку, обезбеди јавном субјекту закључење уговора са другим власником таквог права интелектуалне својине, који ће омогућити несметано обављање делатности, односно несметано пружање услуга од општег интереса.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, у зависности од свог предмета и конкретног права интелектуалне својине на коме се пројекат заснива, односно која користи, уобичајено додатно прецизира обавезу приватног субјекта, односно обавезу пројектног друштва, како је применљиво, на благовремено обезбеђивање наставка обављања делатности, односно пружања услуга, будући да је једно од основних обележја делатности, односно услуга од општег интереса, континуитет и сигурност у њиховом обављању, односно испоруци, који такође утиче на испуњеност критеријума „вредност за новац“. У том смислу, током трајања периода обавештавања о наступању околности, које могу да утичу на престанак уговора, кад је вероватно да уговор иде у правцу раскида, односно у одређеном временском периоду пред истек пројекта, односно конзумацију уговора, приватни субјект има обавезу да започне преговоре са титуларом права интелектуалне својине, како би обезбедио несметану „транзицију“ обављања делатности са пројектног друштва на јавног субјекта, односно субјекта кога јавни субјект ангажује за даље обављање конкретне делатности, односно пружања услуга од општег интереса.

Једно од отворених питања које није непосредно уређено уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта је уређење третмана права интелектуалне својине у случају преузимања пројекта од стране финансијера пројекта (енг. *step-in right*),⁸⁸³ а ово питање најчешће не

⁸⁸³ Будући да се *step-in* право јавног субјекта по правилу своди на преузимање одређених обавеза пројектног друштва, нема суштинског значаја да се питање третмана интелектуалне својине уређује посебно уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта у случају коришћења овог права будући да пројекат и даље остаје у контроли пројектног друштва, све до истека уговора, односно његовог раскида, у ком случају се свакако примењује општи режим који ови уговори уређују.

уређују ни директни уговори. Иако се ово питање не уређује експлицитно директним уговором, аутор сматра да би аналогна примена обавезе пројектног друштва морала да постоји и у односу на финансијере пројекта, односно у односу на субјекте којима финансијери пројекта, даље преносе пројекат. У случају кад власништво над пројектом и његову даљу реализацију преузима финансијска институција, извршење овакве обавезе пројектног друштва најчешће не би био проблем, утолико што би пројектно друштво могло да титулару права пружи неопходне информације о финансијској установи која је обезбедила финансирање и да му достави уговор који даје основ за активирање овог права. С друге стране, извршење ове обавезе може да буде тешко спроводиво у случају кад финансијска институција која обезбеђује финансирање пројекат даље преноси на другог приватног субјекта који је, имајући у виду његово знање, искуство, и техничко-оперативну способност, способан да преузме даље вођење пројекта. Ово се, по правилу, дешава након што је финансијска институција одређено време сама управљала пројектом у циљу обезбеђивања „преживљавања“ пројекта, односно након што је одређена лиценца престала у односу на пројектно друштво, које, будући да више није уговорна страна у уговору са титуларом права интелектуалне својине, може да има потешкоћа у обезбеђивању оваквог права трећем, за њега непознатом лицу, заступајући интересе финансијера пројекта.

2. Вођење детаљних евиденција, право на информацију и одредбе о чувању поверљивих информација

(a) Захтев за детаљним евиденцијама и право на информацију

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта укључују, по правилу, веома сложену динамику спровођења, значајан број учесника у поступку реализације пројекта, односно извршења уговора, и континуирано спровођење теста компатибилности самог поступка реализације пројекта, односно извршења уговора, финансијском моделу на коме је заснован пројекат, пословном плану пројектног друштва, односно калкулацијама свих учесника у пројекту, које перманентно треба да потврде извршење уговора у складу са договореним условима, и одрживост финансијских и комерцијалних рација, на којима су засновани сложени односи различитих учесника у пројекту.

Будући да се уговор непосредно реализује на нивоу уговорних страна – јавног субјекта и пројектног друштва (други учесници у пројекту – на пример, финансијери пројекта, најчешће ослањајући се на уговорен начин вођења евиденција и обезбеђивања доступности података, истичу додатне захтеве који се, пре свега, односе на испуњеност сврхе коришћења финансијских средстава и пресек доспећа прихода и спецификацију расхода, који могу да

буду од утицаја на будуће извршење доспелих обавеза према финансијерима пројекта), то се обавеза вођења детаљних евиденција о спровођењу пројекта уговором обавезно утврђује као обавеза пројектног друштва.

Пројектно друштво, тако, има обавезу да води детаљну евиденцију о свим спроведеним активностима, извршеним радњама, ангажованим стручњацима, али и, са њом, компатибилну анализу трошкова реализације пројекта. Анализа трошкова мора да обухвати детаљан приказ и пресек капиталних и оперативних трошкова, насталих у вези са спровођењем пројекта.

Захтев за оваквим евидентирањем објашњава се следећим разлозима: (а) како се поступак реализације пројекта, односно спровођења уговора, након иницијалне фазе обезбеђивања претходних услова за спровођење пројекта од стране јавног субјекта, спроводи од стране приватног субјекта, односно пројектног друштва, то ове евиденције представљају основ за редовно уговорено подношење извештаја јавном субјекту о постигнутом напретку у реализацији пројекта, (б) наступање догађања који дају право на накнаду штете (енг. *compensation events*) представља основ за наступање обавезе јавног субјекта да пројектном друштву исплати штету коју је пројектно друштво претрело услед наступања догађаја који су у искључивој или претежној контроли јавног субјекта, а истицање захтева за накнаду штете мора да буде базирано на прецизним подацима о претрпљеној штети, и њиховом обрачуна, (в) промена прописа који утичу на спровођење пројекта, промена захтева јавног субјекта у погледу начина пружања услуге, промена околности на тржишту или наступање било које друге околности, која отежава извршење уговора на договорен начин, мора да буде одвојено приказана и исказана тако да ће показати и доказати увећање трошка на страни пројектног друштва, који није био планиран, односно пројектован, као и начин на који такав трошак утиче на финансијски модел, пословни план и планирани буџет пројектног друштва.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, ради лакшег праћења спровођења уговора и анализе трошкова, најчешће, садржи и модел приказивања спроведених радњи и начина исказивања трошкова у вези са реализацијом пројекта.

Закључењем уговора, приватни субјект, односно пројектно друштво, додатно преузима обавезу да овакав начин вођења евиденција и извештавања примени и у својим уговорима са подизвођачима, како би се осигурала компатибилност у начину приказивања података и обезбедило лакше праћење реализације уговора.

Додатно, сваки уговор који пројектно друштво закључује са другим лицима у циљу реализације уговора (уговори са подизвођачима, консултантима, уговори са другим физичким или правним лицима из којих пројектно друштво остварује приход, или којима преузима ма какву обавезу плаћања) мора да садржи одредбу којом уговарач пројектног

друштва овлашћује пројектно друштво да сам текст тог уговора и све комерцијалне податке из ових уговора може доставити јавном субјекту, односно финансијерима пројекта, на њихов захтев.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта, веома често садржи и захтев за вођењем посебних евиденција о захтеваном и обезбеђеном осигурању за спровођење пројекта, детаљне евиденције и податке о свим догађајима који су настали током реализације пројекта, а који могу да буду од утицаја на живот и здравље људи, безбедност и заштиту на раду, заштиту животне средине, а овај захтев изводи се из захтева за обезбеђењем општег интереса, коме пројекат треба да допринесе и чије остварење треба да обезбеди.

Финансијери пројекта могу да имају и додатне захтеве, посебно од тренутка кад пројекат уђе у оперативну фазу, кад су непосредно заинтересовани за приход који пројектно друштво остварује од обављања делатности, односно од пружања услуга од општег интереса, од када пројектно друштво отпочиње са измирењем обавеза према финансијерима пројекта.

Пројектно друштво има обавезу да све пројектне и трошковне евиденције, које припрема и води током реализације пројекта, односно током извршења уговора, чува све док је уговор на снази, као и одређено време након тога,⁸⁸⁴ а уговор додатно садржи и обавезу пројектног друштва да након истека пројекта, односно након пуне конзумације уговора, обавести јавног субјекта о свим детаљима сарадње пројектног друштва са друштвом које је пружало услуге управљања и одржавања, за случај да пројектно друштво није самостално обављало и ову делатност, чиме се омогућава несметана транзиција у обављању делатности, посебно у случају кад јавни субјект, након истека пројекта намерава да ангажује истог субјекта у циљу наставка обављања делатности управљања и одржавања објекта, постројења, односно система, или жели да ангажује друго правно лице под истим или сличним условима, на конкурентној основи.

Пројектно друштво је, без обзира на своју дужност редовног извештавања, дужно да, на захтев јавног субјекта, другог надлежног органа, и/или финансијера пројекта, обезбеди увид у било који податак о начину извршења уговора, било достављањем копије таквих докумената, било дозвољавањем контроле на лицу места.

⁸⁸⁴ У пракси се најчешће уговора рок од три до пет година након истека уговора.

(б) Поверљивост података⁸⁸⁵

Уговоре јавног и приватног субјекта у вези са њиховим третманом прати одређена термилошка недоследност. Наиме, у одређеним изворима, укључујући и домаћи ЗЛПК, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта означавају се као јавни уговори који се евидентирају у одговарајућим јавним регистрима, што би језичким тумачењем наводило на закључак да њихов јавни карактер, одређен околношћу да су ови уговори, уговори који се закључују у циљу обезбеђења обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, подразумева и њихову доступност свим заинтересованим лицима, односно најширој јавности.

Овакво одређење ових уговора наставља се на, и додатно ојачава захтев континуираног испуњења начела и принципа на којима ови уговори почивају, пре свега начела заштите јавног интереса, транспарентности, једнаког и правичног третмана и слободне тржишне утакмице.

Законодавац је у настојању да прецизира домашај одредбе о јавности уговора предвидео правило да се одређеним актом ниже правне снаге утврђује круг лица овлашћених за приступ подацима и опсег података, којима се може обезбедити приступ.⁸⁸⁶ У том смислу, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта су јавни само у мери у којој је околност да су они закључени, доступна широј јавности. Остали елементи ових уговора, у пракси, остају ван домашаја јавности, што се објашњава следећим разлозима:

(а) сваки од уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, без обзира на то у коју категорију уговора се сврставао, односно који модел, односно појавни облик имао, представља динамичан, сложен и вишеструко међусобно условљен и ограничавајући однос, који, осим уговорних страна које директно укључује, далекосежно и вишеструко последично, комерцијално и финансијски погађа и друге субјекте који су, посредно или непосредно, укључени у реализацију пројекта, односно извршење уговора, а што, најчешће, није непосредно видљиво или разумљиво из садржине уговора;

(б) највећи број уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта садржи битне елементе нових или унапређених технологија, који ће се имплементирати први пут уопште, или први пут у оквирима одређене заједнице, те се захтев везан за обавезу чувања тајности одређене технологије нужно преноси и на сам уговор будући да је вредност нове технологије примат

⁸⁸⁵ *Standardization of PFI Contracts*, 220-222.

⁸⁸⁶ Члан 74 ЗЛПК уређује да се јавни уговори евидентирају у регистру јавних уговора, који води министарство надлежно за послове финансија као јединствену електронску базу података на порталу јавних набавки – под-портал, а министар надлежан за послове финансија прописује садржину и начин вођења регистра, начин уписа и лица овлашћена за приступ регистру, као и податке којима се може приступити, у складу са посебним прописима којима се уређује заштита података и пословна тајна.

у начину обављања одређене делатности, односно у начину вршења услуга, комерцијално-финансијски одржива, само док је недоступна конкурентима на тржишту и широј јавности,⁸⁸⁷

(в) ови уговори укључују веома сложено финансирање, које осим обавезе капиталних улагања, као што смо имали прилике да видимо, укључује и обезбеђивање претежног дела средстава кроз пројектно финансирање – прикупљањем слободних финансијских средстава на међународном финансијском тржишту, а веома често садрже и вишеслојне механизме финансирања, у смислу обезбеђивања неколико кредита уз одговарајућу субординацију и захтеве за различитим средствима обезбеђења, односно кроз установљавање одговарајућег приоритета у наплати и активирању средстава обезбеђења. Ни финансијери пројекта не желе да њихови уговори постану доступни јавности будући да би откривање ових података могло да води умањењу могућности конкретне финансијске институције да захтева одређено средство обезбеђења које други нису тражили, односно да у односу на такво средство обезбеђења уговори посебна правила;

(г) уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта се најчешће реализују посредством читавог низа уговора са подизвођачима или добављачима, који, у зависности од обима послова, односно услуга на којима су ангажовани, других паралелних пројеката на којима су ангажовани на нивоу одређене државе или на глобалном нивоу, могу у конкретном уговору понудити повољније услове, што у случају откривања података може да доведе до великих губитака ових уговорних страна на глобалном нивоу;

(д) предметни уговори су засновани на сложеним финансијским моделима, који представљају строгу тајну, јер у комбинацији са подацима о начину и методологији спровођења пројекта, односно у комбинацији са информацијама о новој технологији коју пројекат уводи, отварају могућност започињања конкурентног пројекта, током трајања века конкретног пројекта, који приватном субјекту може умањити пројектовани приход, на који рачуна и који је исказан кроз финансијске пројекције, моделе и планове;

(ђ) поједни уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта садрже одређене веома специфичне гаранције јавног субјекта, које јавни субјект, веома изузетно, и у контексту оперативних или каквих других ограничења и/или специфичности у конкретном пројекту, даје пројектном друштву, или их допуњава на захтев финансијера пројекта, које не би био вољан да прихвати ни у једном будућем пројекту, из разлога што би прихватање такве гаранције могло да представља додатно буџетско оптерећење или ограничење, или представља значајно одступање од критеријума „вредности за новац“, али је у конкретном

⁸⁸⁷ Одређени уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта управо су засновани на захтевима за развојем нових технологија и/или њиховој имплементацији у обављању делатности од општег интереса. Овај захтев је присутан нарочито код енергетских пројеката, пројеката у вези са изградњом научноистраживачких центара, здравствено-болничких центара, а посебну тежину има код пројеката који се реализују у војној индустрији.

пројекту оправдано и целисходно из других разлога, од којих поједини нису комерцијалне, већ стратешке, геополитичке или политичке конотације, и друго.

Отуда, сви уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта садрже одредбу којом забрањују откривање било информације о постојању самог уговора, или било које његове одредбе ма ком трећем лицу, уз право уговорних страна да, на захтев државних органа, судова, органа управе, пореских органа и слично, доставе уговор овим субјектима, уз обавезу претходног обавештавања друге уговорне стране, као и уз постизање међусобног договора о томе на који начин ће уговорне стране, заједнички са циљем одржавања уговора на снази, омогућити поступање ових органа и предупредити наступање штетних последица по извршење уговора.

Уговорне стране се закључењем уговора, додатно, обавезују да: (а) уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта може да буде достављен, уз подношење захтева за анонимизовање одређених података, надлежним органима држава на чијој територији се уговор спроводи, ради одобравања концентрације⁸⁸⁸ у случају формирања заједничког привредног друштва од стране јавног и приватног субјекта,⁸⁸⁹ у ком смислу се уговорне стране међусобно обавезују на сарадњу при одређивању обима података који се мора изузети од објављивања; (б) уговор јавног и приватног субјекта може да буде достављен финансијским институцијама које обезбеђују финансирање, ради њихове анализе уговора са становишта оцене банкабилности пројекта, испуњења свих услова који пројекат чине спроводивим, и стављања евентуалних захтева уговорним странама за одговарајућим изменама уговора, које уговор чине извршивим уз обезбеђење комерцијалних и финансијских погодности; (в) уговор, такође, обавезно садржи и одредбу којом се приватни субјект, односно пројектно друштво након оснивања и преузимања обавеза из уговора, обавезује да јавном субјекту, односно финансијерима пројекта, достави уговоре које је закључио са својим подизвођачима, односно да им достави уговоре или битне податке из уговора који се односе на набавку опреме, материјала, закључивање експертских уговора, уговоре са привредним друштвима која пружају комуналне услуге и слично, као и све уговоре из којих пројектно друштво остварује приход од обављања делатности, односно од пружања услуга од општег интереса.

⁸⁸⁸ Иако закони у готово свим јурисдикцијама допуштају могућност подношења пријаве концентрације на основу писма о намерама, овај основ за подношење пријаве у пракси најчешће није применљив будући да се обавеза формирања заједничког привредног друштва најчешће извршава тек након закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, и то најчешће након извршења обавеза јавног субјекта, које су представљале предуслов за оснивање заједничког привредног друштва, кад су већ увелико протекли рокови за подношење пријаве концентрације.

⁸⁸⁹ Захтев за анонимизацију по правилу, укључује финансијске податке, податке о погодностима конкретног пројекта, мрежу купаца, добављача, приказивање пословне групе и односа унутар групе, и др. Вид. детаљније Одлуку о начину објављивања аката Комисије односно изостављању (анонимизацији) података у актима Комисије за заштиту конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 95/2013).

Јавни и приватни субјект се, даље, међусобно обавезују да ће у погледу саопштавања информација о реализацији пројекта такве информације споразумно договарати, и тек након постизања договора заједно излазити у јавност у погледу саопштавања таквих информација, посебно у пројектима од стратешког интереса, пројектима са ширим геополитичким последицама, односно пројектима који су политички осетљиви.

Поступање супротно одредби којом се утврђује забрана откривања поверљивих информација даје право уговорној страни, која је из оваког поступања претрпела штету, на накнаду штете, а обавеза чувања поверљивих података, траје све време трајања пројекта, односно извршења уговора, а, по правилу, траје и одређено време након тога. У пројектима који укључују посебне технологије, пројектима који су везани за војну индустрију, у сложеним енергетским пројектима, односно пројектима изградње научноистраживачких центара, обавеза чувања поверљивих података траје неограничено време, дакле и након истека пројекта, односно извршења уговора.

Закључењем уговора свака уговорна страна преузима обавезу да обезбеди чување поверљивих података од стране својих запослених, упосленика, саветника, посредника и др., на исти начин и са истим последицама које предвиђа уговор као непосредну обавезу уговорних страна.

3. Поверљивост података о личности и других података који уживају посебну законску заштиту

Заштита података који уживају посебну законску заштиту, представља посебну уговорну обавезу јавног и приватног субјекта,⁸⁹⁰ која не потпада под обавезу чувања поверљивих података у вези са самим постојањем уговора или у односу на поједине његове одредбе.

За разлику од обавезе чувања поверљивости самог уговора, односно појединих његових одредби, која представља међусобно преузету уговорну обавезу, која не ужива законску заштиту, већ се предузима као интерна ограничавајућа уговорна обавеза и мера заштите како пројекта, тако и комерцијалних, стратешких, економских и финансијских интереса уговорних страна, ова уговорна обавеза се преузима у циљу давања додатне подршке примени закона.

Обавеза обезбеђивања поверљивости података о личности уређује се као уговорна обавеза, најчешће, опште природе. Њоме се утврђује обавеза пројектног друштва да прикупља податке који уживају посебну законску заштиту, да их обрађује, рукује њима,

⁸⁹⁰ *Standardization of PFI Contracts*, 222-223.

припрема потребне евиденције података и да, с тим у вези, доставља потребна обавештења, информације, односно подноси неопходне захтеве надлежном органу који се стара о заштити ових података.⁸⁹¹

Одредба о обезбеђивању заштите података који по закону уживају посебну заштиту (заштита података о личности, заштита поверљивих информација, и слично) има посебан значај у пројектима који укључују елемент иностраности, односно у пројектима који се реализују на територији више држава, кад природа пројекта, лица која су ангажована на спровођењу пројекта (нека од њих веома често упућена на рад у државу у којој се пројекат реализује), захтева посебан третман ових података, односно кад учесници у пројекту могу захтевати изношење тих података из државе у којој су прикупљени, обрађени и о њима сачињене потребне евиденције.

Изношење података врши се у складу са међународним уговорима⁸⁹² и предмет је уређене процедуре која се не може искључити закључењем уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, без обзира на чињеницу да санкција за поступање супротно законским обавезама терети пројектно друштво, уобичајено обавезно укључују одредбу према којој је пројектно друштво дужно да накнади јавном субјекту сву штету коју јавни субјект претрпи услед поступања пројектног друштва супротно законској обавези.

4. Меродавно право и решавање спорова

Одредба о меродавном праву и начину решавања спорова представља, такође, једну од уобичајених одредби уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.⁸⁹³

Пројекти које заједнички спроводе јавни и приватни субјект могу бити пројекти код којих се на страни приватног субјекта, са којим се уговор иницијално закључује, а коме након оснивања приступа пројектно друштво, појављује домаћи субјект, односно конзорцијум домаћих субјеката, или страни субјект, односно конзорцијум страног и домаћег, односно конзорцијум више страних субјеката.

Будући да се уговор јавног и приватног субјекта спроводи на територији државе чију државну припадност има јавни субјект, у уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта уобичајено је, и препоручљиво, да се као меродавно право уговара право државе националне припадности јавног субјекта. Разлози за то су следећи:

⁸⁹¹ Ове обавезе уређује Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012 – одлука УС и 107/2012.

⁸⁹² Конвенција Савета Европе о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података, доступна на: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> - 28.4.2015.

⁸⁹³ J. Delmon (2011), 155.

(а) уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта се закључују у поступку који је уређен прописима јавног субјекта. Без обзира на то да ли је конкретан модел уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта уређен засебним прописом, околност да уговор закључује јавни субјект захтева спровођење уређеног поступка, који подразумева или непосредну примену закона који уређује јавне набавке или каквог другог уређеног поступка применљивог на конкретну врсту уговора,⁸⁹⁴

(б) уговори јавног и приватног субјекта често имају квалификатив јавног уговора, који пролази одређена регулаторна одобрења јавног субјекта,⁸⁹⁵ предмет је уређеног надзора и контроле спровођења поступка закључења овог уговора од стране регулаторних тела јавног субјекта, уписује се и води у посебном регистру јавних уговора.⁸⁹⁶ И само одређење ових уговора као јавних уговора, управних аката и слично, јасно указује на веома јаку тачку везивања са правом државе јавног субјекта;

(в) делатност, односно услуге од општег интереса, у циљу чијег обављања, односно пружања се гради нов, или реконструише тј. оперативно-технички унапређује већ постојећи објекат, постројење, односно систем, представљају делатност од општег интереса према прописима државе јавног субјекта, и испуњење циља закључења уговора из перспективе остварења општег интереса, може се ценити искључиво кроз призму права државе јавног субјекта;

(г) претходни услови које уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта готово увек прописује, будући да се, углавном, односе на радње и активности које у циљу обезбеђивања предуслова за реализацију пројекта треба да предузме јавни субјект, односно јавни и приватни субјект заједно, се остварују на територији државе у којој се уговор извршава, те се њихова испуњеност релевантно може процењивати и вредновати искључиво применом права државе јавног субјекта;

(д) испуњеност критеријума и стандарда у погледу изградње новог, односно реконструкције већ постојећег објекта, постројења, односно система, као и испуњеност услова у погледу очекиваног квалитета производа, односно услуга, који су предмет обављања делатности, односно пружања услуга, могу се ценити искључиво упоређивањем са прописима, стандардима, пословним обичајима и праксом оне државе на чијој територији се уговор извршава. Технички, технолошки и стандарди квалитета морају одговарати захтевима државе на чијој територији се уговор извршава,⁸⁹⁷

⁸⁹⁴ ЗЈППК, чл. 20-42.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, чл. 47.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, чл. 74.

⁸⁹⁷ У пракси извршења ових уговора било је случајева кад стандарди државе јавног и приватног субјекта нису били унификовани, те су се, имајући у виду врсту делатности, циљ и место обављања делатности, односно пружања услуге, уговорне стране накнадно споразумеле о томе који ће бити применљиви стандарди, тако да су то увек били стандарди државе на чијој се територији обавља делатност, односно пружају услуге.

(ђ) поједини уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, који укључују фазу изградње, садрже експлицитан захтев да се за спровођење пројекта захтева да субјект који га спроводи мора да поседује адекватне домаће лиценце и сертификате;

(е) управљање и одржавање објекта, постројења, односно система, који је у функцији одржавања функционалности, оперативности и употребљивости објекта, постројења, односно система, који након истека века трајања пројекта треба да припадне јавном субјекту, цени се искључиво према стандардима прописаним правом државе јавног субјекта;

(ж) оснивање пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва на територији државе јавног субјекта, пословање и корпоративно управљање овим друштвом, може се вршити искључиво према праву државе оснивања, односно према праву државе јавног субјекта, а евентуално располагање и стицање удела такође је предмет истог обавезног меродавног права; и др.

Према правилима о одређивању меродавног права које садржи Закон о решавању сукоба са прописима других земаља,⁸⁹⁸ основно правило које важи за уговоре је да је за уговор меродавно право које су изабрале уговорне стране, осим ако је овим законом или међународним уговором другачије одређено. Чланови 20 и 21 поменутог закона даље уређују, између осталог, да, ако није изабрано меродавно право и ако посебне околности случаја не упућују на друго право, као меродавно право се примењује:

(а) за уговор о грађењу – право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште посленика – пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, што указује на примену права државе јавног субјекта, на чијој територији се, ради спровођења пројекта, оснива предметно друштво;

(б) за уговоре о преносу технологије (лиценци и др.) – право места где се у време закључења уговора налазило седиште примаоца технологије – право државе јавног субјекта, на чијој се територији оснива пројектно друштво које је прималац технологије, а у случају преноса технологије на јавног субјекта, након спровођења пројекта, то је поново исто меродавно право, и

(в) за уговоре који се односе на непокретности – искључиво је меродавно право државе на чијој се територији непокретност налази.

У пракси су забележени, додуше значајно ређе, и случајеви тзв. цепања статута, односно цепања уговора, кад у делу у коме закон није уредио обавезујуће меродавно право, уговорне стране споразумно одреде право које ће се примењивати на те одредбе, односно на одређени део уговора.⁸⁹⁹ Међународно приватно право познаје *велико (вертикално) цепање*

⁸⁹⁸ Вид. Закон о решавању сукоба са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон.

⁸⁹⁹ Маја Станивуковић, Петар Ђундић, „Предлог Уредбе Европског парламента и Савета о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I)“, *Ревизија за европско право* 2-3/2004, 41-44.

уговора кад се меродавно право одређује према фази реализације уговора, тако што ће у првој фази реализације уговора бити применљиво једно право, а у каснијој фази извршења уговора друго право, и *мало (хоризонтално)* цепање уговора које подразумева да ће се на обавезе једне уговорне стране примењивати једно право, а на обавезе друге уговорне стране друго право. Цепање уговора може да буде и *проблемско*, када ће се независно од тога шта представља обавезе које од уговорних страна, односно у којој фази реализације пројекта се извршава одређена обавеза, на један део обавеза, у зависности од њиховог предмета, примењивати једно право, а на друге обавезе друго право.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, по правилу, не укључују институт цепања статута, јер су, по природи предмета и вишеслојности обавеза уговорних страна, довољно компликовани. Основни аргумент на коме се заснива институт цепања статута – захтев за обезбеђивањем што је могуће равноправније позиције уговорних страна, посебно ако уговор укључује елемент иностраности – код ових уговора може да се потисне аргументацијом да они, за разлику од велике већине комерцијалних уговора, већ имају изграђене бројне механизме одржавања барем условног паритета уговорних страна те да нема потребе и за применом различитих права у ситуацији кад комерцијални, економски и финансијски интереси, односно критеријум „вредности за новац“, који јесу, односно требало би да буду, што је могуће више избалансирани на страни обе уговорне стране, већ, сами по себи, доприносе једнакој правној заштити обеју уговорних страна, а као „контролор“ избалансираности интереса и одрживости уговора се појављују и финансијери пројекта.

На овом месту је неопходно напоменути да се одређени број уговора који представља део инфраструктуре уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, у пракси, сачињава у складу са страним правом – на пример, директни уговор – будући да је страним финансијерима пројекта, најчешће, неприхватљиво да ови уговори буду сачињени према праву државе јавног субјекта. С друге стране, будући да су овакви уговори у функцији обезбеђења финансирања, али и заштите интереса финансијера пројекта, јавни субјект се, по правилу увек, саглашава са тим да се уговори које са пројектним друштвом закључују финансијери пројекта, буду сачињени у складу са међународним стандардима, кад се најчешће уговара енглеско право – а уговори закључују у складу са моделом уговора о кредиту тзв. *LMA* модел.⁹⁰⁰

Спорови јавног и приватног субјекта у вези са тумачењем уговора, односно извршењем појединих његових одредаба или поступањем супротно преузетим обавезама су у пракси чести, а у вези су са скупим, дуготрајним и неизвесним исходима.⁹⁰¹ Управо због тога готово сви уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта предвиђају фазу мирног

⁹⁰⁰ Вид. детаљније на сајту Асоцијације тржишта кредита: <http://www.lma.eu.com/documents.aspx> - 29.4.2015.

⁹⁰¹ *Standardization of PFI Contracts*, 233.

решавања спорова, током које јавни и приватни субјект треба да настоје да, у ограниченом временском периоду, који уговорне стране споразумно договоре, и који рок се уговором утврди, реше било које спорно питање у вези са тумачењем, односно извршавањем уговора.

Споразумно решавање спорова између уговорних страна, уобичајено, има више корака. У случају наступања спора о било којем питању у вези са тумачењем или извршењем уговора, уговорне стране као први корак предвиђају међусобно обавештавање уговорних страна о наступању овог случаја, за чим делегирају, у складу са поступком и начином уређеним сваким конкретним уговором, лица која ће се састати да, у доброј вери и у циљу одржања уговора на снази, превазиђу проблеме у разумевању или извршавању уговора, и реше сва спорна питања. Ова фаза може да има неколико подкорака. Најчешће се мирно решавање спорова започиње одржавањем састанка експертских тимова обе уговорне стране, који треба да евидентирају проблеме и спорна питања, документују евентуална поступања супротно уговору, предложе могуће модалитете превазилажења проблема и предвиде време за сваки од могућих начина превазилажења проблема, у свему у складу са меродавним правом, уобичајеном праксом или најбољом светском праксом, како је применљиво. Препоручљиво је да се овај подкорак предузме у разумном року, након међусобне размене обавештења о наступању случаја, односно проблема који указује на различито разумевање уговора или на непосредно кршење међусобно преузетих уговорних обавеза. Други подкорак представља састанак преговарачких тимова уговорних страна, овлашћених да заузимају ставове и постигну договор о свим спорним питањима, који ће уговорне стране документовати као међусобно усаглашен начин поступања у вези са решавањем спорова о тумачењу или извршењу уговора. У случају да овај корак не успе, односно ако преговори уговорних страна о споразумном решавању спора о тумачењу или извршењу уговора не доведу до постизања договора, који уговорне стране имплементирају у договореном року, други корак, који није обавезан, али је препоручљив, посебно у вези са решавањем техничких и уско стручних питања, је изношење спорног питања, односно проблема, пред независног експерта, кога су уговорне стране унапред договориле.

У пракси извршења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, експерт се уговара унапред, у складу са облашћу његове експертизе (најчешће је то стручњак у области изградње, управљања и одржавања, или стручњак финансијске струке), ретко именом, а најчешће упућивањем на одређене међународне асоцијације експерата са чије листе се, према околностима конкретног случаја, и његовим евентуалним особеностима, у складу са правилима те стручне асоцијације, односно удружења, бира експерт у односу на кога се уговорне стране унапред споразумеју да ће прихватити његов избор. Прихватање избора експерта не значи и унапред договорено обавезно прихватање његовог налаза и мишљења, у односу на коју околност се уговорне стране, такође, могу разићи у позицијама, при чему се

као финалном решењу прибегава решавању спорова посредством арбитраже или суда, у зависности од предмета спора.

Изношење решавања спора пред арбитражу или суд зависи од тога ко су уговорне стране и шта је предмет спора.⁹⁰² Код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, како у домаћој тако и у међународној пракси, уобичајено је уговарање надлежности суда државе јавног субјекта, у вези са свим споровима који настану у вези са остваривањем права и извршавањем обавеза пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, чији је предмет непокретна имовина, а исто правило се уговара и за све друге спорове у вези са правима и обавезама пројектног друштва, односно заједничког привредног друштва, како је применљиво.

Правило Савета Европске уније бр. 44/2001 о надлежности и признању и извршењу одлука у грађанским и привредним стварима,⁹⁰³ које је било предмет накнадних измена и допуна кроз Правило Савета бр. 1791/2006⁹⁰⁴ и Правило Савета бр. 1103/2008,⁹⁰⁵ прописује, између осталог, у члану 5, као опште правило за надлежност суда у вези са уговорима, надлежност суда државе на чијој територији се извршавају уговорне обавезе, прецизирајући да ће се под местом извршења уговора, осим ако је другачије договорено, код уговора о купопродаји робе, односно услуга, сматрати место у коме је роба, односно услуга, испоручена, односно требало да буде испоручена, а код уговора о пружању услуга, место на коме је услуга пружена, односно требало је да буде пружена. Исто правило у члану 22 прописује следећа правила која се односе на искључиву надлежност: (а) у споровима у вези са непокретностима и правима која се односе на непокретности, искључиву надлежност имају судови државе на чијој се територији налази непокретност, (б) у споровима који се односе на оснивање, пословање и престанак привредних друштава или удружења, односно у споровима који су у вези са валидношћу одлука њихових органа, искључиво је надлежан суд државе у којој то правно лице има седиште, и др.

⁹⁰² ЗППК, чл. 60; J. Delmon (2011), 152-154; E. R. Yescombe (2007), 161.

⁹⁰³ *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 12, 16.1.2001, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32001R0044> - 29.4.2015, незваничан текст Правила бр. 44/2001 који укључује доње измене и допуне доступан је на:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20100514:EN:PDF> - 29.4.2015.

⁹⁰⁴ *Council Regulation (EC) No 1791/2006 of 20 November 2006 adapting certain Regulations and Decisions in the fields of free movement of goods, freedom of movement of persons, company law, competition policy, agriculture (including veterinary and phytosanitary legislation), transport policy, taxation, statistics, energy, environment, cooperation in the fields of justice and home affairs, customs union, external relations, common foreign and security policy and institutions, by reason of the accession of Bulgaria and Romania*, OJ L 363, 20.12.2006, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32006R1791> - 29.4.2015.

⁹⁰⁵ *Regulation (EC) No 1103/2008 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 adapting a number of instruments subject to the procedure laid down in Article 251 of the Treaty to Council Decision 1999/468/EC, with regard to the regulatory procedure with scrutiny — Adaptation to the regulatory procedure with scrutiny — Part Three*, OJ L 304, 14.11.2008, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32008R1103> - 29.4.2015.

Слично наведеним правилима, и домаћи прописи садрже посебне одредбе о искључивој надлежности судова. Тако, Закон о парничном поступку⁹⁰⁶ за суђење у споровима о праву својине и другим стварним правима на непокретностима, као и у споровима због сметања државине и у вези са закупним односима на непокретностима, прописује искључиву надлежност суда на чијој територији се налази непокретност. Такође, и Закон о привредним друштвима утврђује надлежност суда одређеног законом који уређује надлежност судова, у парничним и ванпарничним поступцима покренутим у случајевима прописаним тим законом.⁹⁰⁷

У појединим уговорима са елементом иностраности, уговорне стране уговарају да се спор који је настао као последица или у вези са уговором о сарадњи јавног и приватног субјекта, а у вези са извршењем, раскидом или важењем уговора, може изнети пред арбитражу под условом да је конкретан спор арбитрабилан,⁹⁰⁸ у складу са поступком који се примењује пред конкретном арбитражом. Уговори јавног и приватног учесника у пројекту тада садрже одредбу да ће одлука арбитражног већа за уговорне стране у спору бити коначна, обавезна и одмах извршива.

⁹⁰⁶ Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014, чл. 51.

⁹⁰⁷ ЗПД, чл. 7.

⁹⁰⁸ Према Закону о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, арбитража се може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда.

Глава XXVI

ДРУГЕ СТАНДАРДНЕ ОДРЕДБЕ

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта уобичајено садржи и друге стандардне одредбе, попут:

(а) *стабилизационе клаузуле* – уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезно садржи тзв. стабилизациону клаузулу, која прописује да се, у случају промена прописа након закључења уговора, које погоршавају положај приватног или јавног субјекта, уговор може изменити без ограничења, у обиму који је неопходан да би се приватни, односно јавни субјект, довели у положај у коме су били у тренутку закључења уговора.⁹⁰⁹ Вредност пројекта, начин обезбеђивања финансирања, дужина трајања уговора и комплексност односа, а пре свега захтев за обезбеђивањем минимума извесности у погледу начина реализације пројекта те правне сигурности учесника у пројекту, налаже обавезно уређење овакве одредбе која је стандард у уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта;

(б) *одредбе о трансферу технологија* – један од мотива јавног субјекта, уз обезбеђивање непосредне користи за непосредне кориснике услуга од општег интереса, је обезбеђивање трансфера технологија и *know-how*-а који ће омогућити даље услове за развој конкретне друштвене заједнице, на чијој се територији реализује пројекат, али и могућност да се стечена знања, модерна технологија и искуства у реализацији одређеног пројекта даље користе у сродним пројектима, како би се обезбедио даљи просперитет конкретне заједнице, па тако и максимално испунио критеријум „вредности за новац“. У циљу обезбеђивања трансфера технологије, јавни субјект, у пракси, инсистира на томе да се у уговор обавезно укључи обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва, да до истека века трајања пројекта, односно у примереном року пред раскид уговора, у случају кад постаје извесно да је раскид једини исход, сачини програм трансфера технологије, у вези са техником и најбољом праксом у обављању конкретне делатности, односно пружања услуга, као и да јавном субјекту, без накнаде, изврши пренос технологија. Додатно, у случају пројекта који укључују континуирано унапређење начина пружања услуга (који није базиран на техничко-технолошким унапређењима, већ на модусу обављања делатности, односно пружања услуге, захваљујући континуираном обучавању кадра пројектног друштва) и кад квалитет производа, односно услуга зависи од људског фактора (у великој мери захваљујући начину на који се пројектом управља), јавни субјект може да захтева од пројектног друштва да, у примереном року, пред истек пројекта, односно у одређеном примереном року пред раскид

⁹⁰⁹ ЗППК, чл. 52.

уговора, кад је он изван, без накнаде обезбеди тренинг и додатну обуку делегираном броју запослених код јавног субјекта, односно других лица које одреди јавни субјект, који ће преузети старање о оперативном управљању и одржавању објекта, постројења, односно система, и који ће надаље бити задужени за квалитет пружања услуге финалним корисницима. Ова обавеза може да се продужи и на неколико сукцесивних обука на које се приватни субјект уговором обавезује. Из праксе уговора јавног и приватног субјекта, препоручљиво је да се оваква обавеза приватног субјекта унапред, што је могуће прецизније, уговори, будући да иста пружа гаранцију јавном субјекту у извесност стицања „додатне вредности“ из самог пројекта, чак и у случајевима кад реализација пројекта наилази на проблеме који воде у сценарио преузимања пројекта од стране финансијера пројекта. Наиме, на овакву обавезу приватног субјекта нема никаквог утицаја евентуално преузимање пројекта од стране финансијера пројекта, односно даље располагање пројектом од стране финансијера пројекта у корист другог приватног субјекта, који би преузео даље старање о пројекту, будући да би тај субјект, у случају преузимања пројекта, био дужан да преузме уговор изворног приватног субјекта, са свим правима и обавезама које из њега произлазе, и обезбедио би континуитет и извесност у остваривању дугорочног циља јавног субјекта;

(в) *одредбе о достављању обавештења* – уговор јавног и приватног субјекта садржи одредбу која уређује начин достављања обавештења, на начин да обезбеди ефикасан начин међусобног достављања информација, података и обавештења било о напретку у реализацији пројекта, односно извршењу обавеза уговорних страна, било о проблемима с тим у вези. Будући да пројекат садржи одређене критичне датуме, а посебно у контексту доношења одлука лица која су од стране уговорних страна овлашћена да, на највишем нивоу у најкраћим могућим роковима, покушају да превазиђу проблеме у реализацији пројекта, достављање обавештења мора да буде уређено на начин да обезбеђује ефикасност у поступању, уз недвосмисленост у погледу постојања доказа да је обавештење достављено, посебно у случајевима када од дана достављања појединих обавештења почињу да теку рокови, који могу да имају утицај и на даљу реализацију пројекта, односно који могу да утичу на трајање и престанак уговора. Из искуства реализације уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, препоручљив начин достављања обавештења је електронски (уз адекватан доказ о уручењу), уз накнадну доставу обавештења и на други начин, који ће испунити административне захтеве које одређени учесници у пројекту имају (најчешће је то захтев јавног учесника у пројекту);

(г) *прилога уговора* – прилози уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, којима се растеређује основни текст уговора, представљају саставни део уговора, као његов интегрални део. Прилозима уговора најчешће се уређују детаљи сарадње уговорних страна (технички, финансијски, оперативни, корпоративни, и слично), а прилоге уговора

представљају и унапред договорени уговори које ће закључити пројектно друштво са другим уговорним странама, оснивачки акт пројектног друштва, општа и појединачна акта пројектног друштва, и слично. Прилози уговора, оваквим начином техничког издвајања из интергалног текста омогућавају лакше преговарање, како самог уговора, тако и самих прилога. Додатно, током века трајања пројекта, односно током спровођења уговора најчешће долази управо до измене елемената докумената који су садржани у прилозима, што и касније преговоре чини оперативнијим, ефикаснијим и једноставнијим;

(д) *првенства конкретног уговора* – уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта је документ чијем потписивању претходи дуг период припреме сарадње јавног и приватног субјекта, који у пракси започиње понекад и годину и више дана пре закључења уговора, за које време уговорне стране имају необавезујуће састанке током којих, у зависности од пројекта до пројекта, потписују необавезујуће протоколе, меморандуме о сарадњи и слично, на основу којих експертски тимови јавног субјекта, односно експертски тимови заинтересованих приватних субјеката, предузимају одређене активности у циљу бољег информисања о пројекту који се планира, врше увид у јавне податке које им јавни субјект ставља на располагање, а који могу да буду од утицаја на реализацију будућег пројекта, раде своје независне студије, истраживања, припремају правне, финансијске, техничке или еколошке дијагностичке извештаје, елаборате, анализе и слично. Јавни субјект у овој фази жели себи да обезбеди одређену зону комфора да пројекат постави на начин да обезбеди оптималну испуњеност критеријума „време за новац“, не обавезујући се према заинтересованим приватним субјектима, будући да одабир најбољег приватног субјекта тек предстоји. Будући да се ови пројекти дуго припремају те да уговорне стране до тренутка закључења уговора сnose значајне трошкове, јавни субјект жели да обезбеди и да, у случају да до пројекта не дође, јавни субјект не сноси никакву одговорност према приватном субјекту. Отуда, готово сви уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта садрже одредбу којом констатују да конкретан уговор представља једини обавезујући договор јавног и приватног субјекта, на основу кога уговорне стране међусобно преузимају уговорне обавезе у циљу реализације конкретног пројекта, који је предмет тог уговора;

(ђ) *измена и допуна уговора* – уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта садржи одредбу према којој, већ у тренутку закључења уговора, јавни и приватни субјект допуштају могућност будућих измена уговора, посебно у случају кад околности случаја то буду захтевале и с времена на време постане неопходно закључити измене и допуне уговора, како би предмет уговора испунио захтеве из финансијских уговора које припремају финансијери пројекта, које треба да закључе са пројектним друштвом. Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, нарочито уговори који се односе на велике инвестиционе пројекте који укључују изградњу новог, односно техничко-оперативно унапређење већ постојећег објекта,

постројења, односно система, садрже обавезу уговорних страна да разматрају и преговарају у доброј вери, и уз улагање највећих напора, потребне измене и допуне уговора, како би се омогућило финансијско затварање посла, односно обезбедило финансирање спровођења пројекта. У пракси закључења уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта се, по правилу, посебно наглашава да ће се сматрати да је наступило финансијско затварање посла само уколико буду у потпуности испуњени сви услови прописани за финансијско затварање посла, а посебно однос задужења и основ капитала (енг. *debt/equity ratio*), управо због чега се често приступа изменама уговора јавног и приватног субјекта;

(е) *одвојивости појединих одредби* – уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта се закључује на дуже време, неретко за период од неколико деценија, те током трајања уговора, услед промене прописа или промене каквих других прилика, може доћи до тога да поједине одредбе уговора постану потпуно или делимично ништаве или неспроводиве. Имајући у виду вредност, значај и природу обавеза уговорних страна, ова одредба има значајно већу тежину него код других комерцијалних уговора, код којих се, такође, уобичајено уговара. У случају наступања околности које одређену одредбу уговора јавног и приватног субјекта чине ништавом, уговорне стране унапред изражавају сагласност са тим да ова околност неће утицати на остале одредбе уговора, односно да ће остале одредбе уговора остати на снази те да ће се уговорне стране састати, што је могуће пре, како би започеле преговоре у доброј вери, са циљем да замене ништаву, односно неспроводиву одредбу новом одредбом, која је у складу са законом и која омогућава остваривање циљева које су уговорне стране имале у виду приликом закључења уговора, и које производе истоветно или приближно једнако правно дејство норми коју су уговорне стране иницијално уговориле;

(ж) *језика уговора и броја примерака уговора* – уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта, због природе пројекта, експертисе у спровођењу идентичних или сличних пројеката и велике вредности због које обавезно захтевају значајније екстерно финансирање, по правилу, привлаче како домаће, тако и стране приватне инвеститоре, који или самостално или у конзорцијуму са другим домаћим или страним правним или физичким лицем, закључују уговор са јавним субјектом. У циљу привлачења што је могуће атрактивнијих и компетентнијих приватних инвеститора, јавни субјект јавни позив, уобичајено, врши у међународним и домаћим гласилима, те се целокупна документација која се односи на пројекат, а касније и уговор и његови прилози, припремају на домаћем и страном језику. Као и код свих других уговора који се не закључују само са домаћим правним или физичким лицем, уговор јавног и приватног субјекта уређује да се уговор сачињава двојезично – на домаћем и, најчешће, енглеском језику, што је применљиво и на све прилоге уговора, као и на комуникацију која се врши између уговорних страна током реализације пројекта, односно спровођења уговора. Уговор обавезно мора да садржи одредбу која се језичка верзија

уговора сматра преовлађујућом, у случају несагласности верзија на домаћем и страном језику. Преовлађујућа верзија уговора је најчешће верзија на домаћем језику, посебно у случају ако се у име јавног субјекта појављује држава репрезентована Владом, односно ресорним министарством. Преовлађујућа верзија уговора такође је и у тесној повезаности са уређеним начином решавања спорова. У случају да уговор садржи одредбу по којој евентуалне спорове између уговорних страна решава домаћи суд, уобичајено је да је преовлађујућа верзија уговора она сачињена на домаћем језику, будући да ће одредбе уговора читати и тумачити домаћи суд.

Глава XXVII

ЗАКЉУЧАК

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта представља комплексан, вишеслојан, дуготрајан, динамичан, изнутра напет, али уједно и усклађен однос јавног и приватног субјекта чији су интереси, с почетка удаљени, у контексту овог односа међусобно приближени, помирили и усмерени као остварењу заједничког циља – испуњењу *општег интереса*, којим се испуњава кауза овог уговора, обезбеђује и остваривање појединачних интереса уговорних страна и доприноси општем бољитку и напретку шире друштвене заједнице.

У тренутку кад се заснива, овај однос приказује готово идеалан однос уговорних страна и одређену, на први поглед уочљиву, равноправност и избалансираност, која уговорне стране настоји и формално-правно да прикаже као партнере у реализацији сложеног, технички-технолошко компликованог и, најчешће, веома скупог пројекта, на шта јасно указује и генерички назив под којим се ови уговори често срећу у литератури, кад се означавају као *јавно-приватна партнерства*.

Оно што, међутим, претходи закључењу уговора су веома удаљене позиције уговорних страна: (а) јавни субјект има монопол у обављању делатности од општег интереса, док приватни субјект нема приступ конкретном тржишту, а желео би да га оствари; (б) јавни субјект примарно обавља делатност у циљу обезбеђивања остварења општег интереса, док је приватни субјект примарно заинтересован за остваривање профита, (в) јавни субјект због буџетских ограничења нема могућности, или има ограничене могућности за обезбеђивање финансирања пројекта, док приватни субјект има овакву могућност, (г) јавни субјект не формира цене за производе, односно услуге од општег интереса под тржишним условима будући да је задовољење општег интереса тесно повезано са обезбеђивањем социјалног мира, док приватни субјект функционише искључиво у складу са тржишним принципима, (д) јавни субјект нема приступ модерним технологијама нити поседује *know-how* потребан у одређеним индустријама које, имајући у виду њихову природу, захтевају континуирано савршавање, док га приватни учесник има, (ђ) јавни субјект нема професионалну управу, док је приватни учесник има, и (е) јавни субјект, услед монопола који има, не трпи последице лошег обављања делатности од општег интереса, док приватни субјект сноси пуну, пре свега финансијску одговорност за пословање.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта настају, дакле, на пресеку међусобних разлика и ограничења (односно на *нужности* да се иста превазиђу), а своје основне тачке ослонца базирају управо на међусобним предностима уговорних страна које могу да

обезбеде испуњење каузе ових уговора. Међутим, снажна тачка везивања јавног и приватног субјекта, оличена у општем интересу, који и сам има унеколико различито тумачење посматрано из визуре уговорних страна, није толико јака да у потпуности анулира иницијалне разлике у интересима и позицијама уговорних страна, које битно утичу на њихов однос током реализације пројекта, односно извршења уговора, а иницијалне тачке размимоилажења у позицијама представљају стални извор тензија, често додатно подстакнутих интересима других учесника у овом пословном односу. Отуда се однос јавног и приватног субјекта може одредити и као својеврсна *игра моћи* у којој се клатно моћи, које уједно представља и инструмент међусобног условљавања, креће од јавног ка приватног субјекту, односно у обрнутом смеру, те тако однос уговорних страна одређује и континуирано нарушавање и поновно успостављање релативне равнотеже уговорних страна.

Игра моћи додатно добија на комплексности и динамици посредним укључењем у уговорни однос јавног и приватног субјекта других учесника у овом односу, који, користећи предности и слабости уговорних страна, у зависности од околности конкретног случаја, у циљу очувања свог економског интереса у конкретном пројекту, а тек потом и у циљу обезбеђивања „преживљавања“ пројекта и одржања испуњења општег интереса, интервенишу у уговорни однос јавног и приватног субјекта, одржавајући тај однос, некад материјално, а некад само номинално. Палета инструмената тих учесника у односу је широка и обухвата њихово право да захтевају пренос једног дела ризика на друге учеснике у пројекту, мање измене уговора, отварање нових преговора о већ закљученом уговору у циљу значајнијих измена уговора, захтев упућен јавном субјекту да преузме извршење појединих обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва, па све до преузимања пројекта, односно одређивања другог приватног субјекта, који ће ступити у уговорни однос на место приватног субјекта који је одређено време већ у уговорном односу са јавним субјектом.

Однос јавног и приватног субјекта се најчешће дефинише као однос *партнерства, савеза, равноправности, сарадње, синергије* и *паритета*, што уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта формално-правно посматрано најчешће и јесу. Равноправност, сарадња и паритет се видљиво манифестују кроз механизме сарадње у поступку превазилажења отворених питања, адекватној (рас)подели ризика и кроз корпоративно управљање (кроз пропорционално учешће у управљању, сразмерно учешћу у капиталу, односно кроз уговорено право вета у односу на одређена важна питања која утичу на реализацију пројекта). Међутим, различити интереси јавног и приватног субјекта који су претходили закључењу уговора не нестају, они су само притајени и прикривени, а некад и сам уговор обезбеђује овакву мимикрију. Уговори јавног и приватног субјекта су у вези са појединим питањима веома детаљно уређени, најчешће, не само због деликатности предмета, већ, управо због разлога међусобног неповерења, те се овим уговорима уређују и бројна

процедурална и техничка питања којима се „маскира“ несигурност уговорних страна у поступања њихових саговорача, односно међусобно *неповерење*.

Стога се уговорни однос јавног и приватног субјекта може одредити као променљив и комплексан однос који садржи бројне елементе *међусобне сарадње, савеза, синергије и партнерства* уговорних страна, али је он истовремено, а понекад чак и претежно, однос *диспропорције* уговорних страна, који обилује елементима и манифестацијама *неповерења, тензије, ограничења* и међусобног *условљавања* уговорних страна, при чему је оваква диспропорција често наметнута споља, и под утицајем је сложене архитектуре економско-комерцијално-финансијско-правних односа, у којима учествује шири круг учесника у пројекту, која одражава континуирану игру моћи. Однос сарадње и међусобног условљавања уговорних страна и других учесника у пројекту се наизменично смењују, одржавајући континуирану динамичност односа. Такође, однос јавног и приватног субјекта може да се посматра на нивоу њиховог непосредног односа који уговорне стране саме уређују, кад се он може описати као *релативна равнотежа*, али и на нивоу односа који је под битним утицајем других учесника у реализацији пројекта, кад се њихов однос може описати као *диригована квази-равнотежа*, а некад и као *условљена кохабитација*.

Иако однос јавног и приватног субјекта израста и све време се одржава на комбинацији слободне воље и нужде, он је у данашње време неопходан и материјализује се у вредним пројектима од којих корист ужива шира друштвена заједница, али и саме уговорне стране. Значај уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта је вишеструк будући да се њима обезбеђује: (а) боље и квалитетније задовољење потреба корисника услуга од општег интереса; (б) увођење нових технологија и стицање *know-how-a*; (в) економичност и ефикасност у реализацији пројекта, и значајно смањење трошкова; (г) скраћење времена неопходног за реализацију пројекта; (д) привлачење великог броја квалификованих приватних субјеката и обезбеђивање конкурентности; (ђ) подстицај директним инвестицијама и стварање предуслова за даља улагања; (е) ратстеређивање јавног буџета пребацивањем финансијског ризика реализације пројекта на приватног субјекта, односно пројектно друштво; (ж) коришћење ефикасности приватног субјекта и обезбеђивање професионалне управе; (з) дугорочна стимулација привредних активности повезаних са индустријом у којој се пројекат реализује; (и) повећање ангажовања домаће радне снаге, односно смањење стопе незапослености, и др.

Од тренутка свог настајања уговори јавног и приватног субјекта су замишљени тако да почивају на највишим стандардима, највреднијим начелима која треба додатно да осигурају успех пројекта и да одрже веру у то да је јавни субјект у сваком пројекту за свог партнера одабрао управо оног ко испуњава највише стандарде које ће ставити у функцију остварења интереса најширег круга корисника услуга од општег интереса. Уговори о сарадњи јавног и

приватног субјекта почивају на начелима: (а) једнаког третмана и равноправности приватних инвеститора; (б) ефикасности; (в) економичности; (г) обезбеђивању остварења општег интереса и опште друштвене корисности; (д) заштите јавног интереса; (ђ) транспарентности; (е) конкурентности, односно обезбеђивања слободне тржишне утакмице; (ж) пропорционалности; (з) заштите животне средине; (и) флексибилности. Упркос овим високим захтевима, који иницијално јесу испуњени, што осигуравају јавни поступци одабира приватног субјекта, сложеност односа различитих учесника у овом односу, и њихове интервенције у однос јавног и приватног субјекта, пре свега финансијера пројекта, често ове уговоре слабе управо у главним тачкама њиховог ослонаца. Нарушавање начела на којима ови уговори почивају занива се на императиву одржања других уговорних односа који постоје паралелно са односом јавног и приватног субјекта, функционално условљавајући и сам овај однос који не може да опстане без, пре свега, финансијске подршке других учесника.

Додатно, ови уговори формално-правно прокламују и почивају на начелима аутономије воље и равноправности уговорних страна, али током реализације пројекта, односно извршења уговора управо ова два начела која представљају стожере свих облигационих односа претварају у свој антипод. Као ограничење аутономије воље уговорних страна за ове уговоре су карактеристични бројни захтеви финансијера пројекта који одређују услове под којима ће се уговор извршавати, захтевајући одговарајуће измене већ закљученог уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, односно нове преговоре, али и одлучујући уместо непосредних уговорних страна о преживљавању пројекта, активирањем уговорних механизма „ступања у уговорни однос“, преузимања пројекта, и одабира новог приватног субјекта. Оваква интервенција у уговорни однос јавног и приватног субјекта, којом се проблематизује начело аутономије воље, такође се постиже суптилним механизмом – директним уговором, којим се унапред даје *a priori* сагласност на право финансијера да, уместо уговорних страна, што би било уобичајено и нормално у односу у коме се начело аутономије воље доследно поштује, обезбеде „преживљавање“ пројекта и осигурају испуњење општег интереса, чиме се интерес финансијера пројекта ставља у службу опстанка пројекта, односно осигурање профита, практично, обезбеђује осигурање испуњења општег интереса.

Друго важно начело на коме почивају облигациони односи – начело равноправности уговорних страна, такође, се значајно проблематизује у контексту ових уговора. Ове уговоре, наиме, обележава више или мање видљива *неравнотежа*, односно *неравноправност* и *диспропорција* уговорних страна, која се огледа у могућности дисперзије ризика који прате овај пројекат само на страни, односно у корист приватног субјекта, ограничењу права прече куповине, ограничењу права јавног субјекта да изврши уступање

уговора, ограничењу јавног субјекта да раскине уговор у случају кад приватни субјект не извршава своје уговорне обавезе, обавези јавног субјекта да преузме извршење одређених обавеза приватног субјекта, односно пројектног друштва, а често и обавези јавног субјекта да приватном субјекту исплати накнаду штете у случају кад до раскида уговора дође кривицом приватног субјекта.

Према различитим критеријумима класификације уговора, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта се могу одредити на следећи начин: (а) према критеријуму законског регулисања – ови уговори могу бити *именовани* или *неименовани*, у зависности од одабира конкретног модела сарадње јавног и приватног субјекта; (б) према нужним условима за настанак уговора – ови уговори су увек *формални*, чему посебно доприноси околност да се у највећем броју законодавстава ови уговори због свог значаја и вредности региструју у посебним евиденцијама уговора; (в) према критеријуму односа права и обавеза уговорних страна – одређују се као *двострано обавезујући*, *теретни* и *комутативни*; (г) према критеријуму дужине трајања престација – одређују се као *уговори са дуготрајним извршењем престација*, мада се под уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта подразумевају и једногодишњи уговори који се закључују између истог јавног и приватног субјекта, са идентичним предметом и унеколико коригованом ценом у складу са тржишним условима, који се занављају на годишњем нивоу; (д) према критеријуму карактера престације – одређују се као *мешовити* уговори који комбинују елементе различитих уговора, који у својој међусобној повезаности дају један потпуно другачији уговор, који има флуидну, односно хибридну форму, и који задржава особености уговора чије је елементе преузео, али има и одређена битна својства која га чине особеним; (ђ) према критеријуму технике и начина закључења уговора – одређују се као *уговори са споразумно одређеном садржином*, *индивидуални* уговори и као *генерални* уговори; (е) према критеријуму зависности једних уговора од других уговора – одређују се, најчешће, као *самостални* уговори, с тим да одређени модели сарадње јавног и приватног субјекта могу да имају обележја акцесорних уговора; (ж) према критеријуму и карактеристикама уговорних страна – сматрају се уговорима *закљученим с обзиром на лична својства уговорника* (уговори *intuitu personae*), при чему се ово начело у реализацији ових уговора често релативизује готово до своје негације; (з) према критеријуму виљивости каузе – сматрају се *каузалним* уговорима.

Уговорне стране код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта су јавни субјект и приватни субјект. У улози јавног субјекта може се појавити: (а) држава, (б) територијално-аутономна организациона јединица, (в) јединица локалне самоуправе, (г) организација, установа, односно други директни или индиректни корисник буџетских средстава; (д) јавно предузеће, (ђ) друга правна лица основана од стране јавног субјекта која обављају делатност од општег интереса и која су под непосредном или посредном контролом јавног тела. Ко ће

се конкретно појавити у улози јавног субјекта, зависи од шире стратегије на основу које се пројекат реализује (национална, регионална и локална стратегија која може да буде општа или секторска) и правног основа за закључење уговора (међународни уговор, закон или неки други основ).

У својству приватног субјекта може се појавити приватно друштво или конзорцијум као уговорни облик повезивања више приватних субјеката.

На однос уговорних страна суштински утичу и други субјекти – финансијери пројекта, подизвођачи, осигуравајућа друштва и др., који нису непосредно део основног односа на коме почива сарадња јавног и приватног субјекта, али који кроз закључење одвојених уговора најчешће са приватним субјектом, односно пројектним друштвом, обезбеђују реализацију пројекта, односно извршење уговорних обавеза, а неретко одлучују и о судбини пројекта.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта су готово увек у функцији реализације технолошки компликованих, иновативних, комплексних и скупих пројеката који се реализују у различитим областима, а непосредно су повезани са остварењем општег интереса: (а) изградња и/или модернизација инфраструктуре (путева, аеродрома, лука, мостова, железница, брана, и др.), (б) развој енергетике (изградња/реконструкција гасовода, нафтовода, преносних система за транспорт и/или дистрибуцију електричне енергије, хидроцентрала, соларних паркова, и др.); (в) унапређење комуналних делатности (изградња/реконструкција система за снабдевање водом за пиће, пречишћавање отпадних вода, управљање комуналним отпадом и др.); (г) унапређење здравствене заштите (изградња/реконструкција болница, клиничких центара, пружање здравствених услуга); (д) унапређене просвете и културе (изградња/реконструкција школа, образовних центара, центара културе и др.); (ђ) унапређење друштвене бриге и заштите (изградња/реконструкција прихватишта, затвора, васпитно-поправних центара и др.); (е) унапређење одбране и заштите (изградња/реконструкција војних објеката и војне инфраструктуре), и др.

Уговорни однос јавног и приватног учесника у пројекту заснива се на посебном режиму *intuitu personae*, будући да се за партнера у пројекту бира онај приватни учесник за кога се на основу спроведеног поступка испитивања оспособљености да се реализује пројекат, дубоко верује да ће својим референцама, искуством, знањем, вештинама, технологијом и умећем, баш он, а не неки други приватни учесник, осигурати успех пројекта. Међутим, однос *intuitu personae* се проблематизује на различите начине: (а) извршење уговора преузима пројектно друштво, које је основано за потребе реализације конкретног пројекта, које нема пословну историју и само нема потребне референце, искуство и финансијску моћ да изведе пројекат, већ своја компетитивна својства изводи,

односно „позајмљује“ од својих оснивача, што ово обележје чини квази-обележјем; (б) конзорцијум приватног субјекта додатно проблематизује питање природе овог односа и отвара питање у односу на кога постоји ово посебно обележје које је суштински обележје личности (па и правног лица), док конзорцијум представља уговорни облик удруживања више субјекта; (в) уговарањем права финансијских институција, да онда, кад оне оцене да пројекту прети опасност, ступе на место пројектног друштва у смислу обезбеђивања извршења обавеза пројектног друштва, и обезбеде управљање над њим, а ако ни ова мера не осигура „преживљавање“ пројекта, да замене приватног субјекта новим, који ће реализовати пројекат и обезбедити даље извршење уговора, оправдавајући то најчешће унапред датом *a priori* сагласношћу јавног субјекта, која је проблематична јер обележје *intuitu personae* постоји у односу на конкретно приватног субјекта, а не неког будућег приватног субјекта, и додатно испуњеност овог критеријума може да цени само његова уговорна страна, а не треће лице, ван њиховог односа. Међутим, уговори јавног и приватног субјекта, с друге стране, бројним механизмима настоје да одрже и сачувају обележје *intuitu personae* односа – забраном уступања уговора, забраном залагања удела/акција и слично, чиме се ово обележје уговора и поред релативне негације, ипак уговорно оснажује. Отуда се може закључити да ови уговори почивају на посебном режиму *intuitu personae*.

Општи интерес представља једно од централних питања односа јавног и приватног субјекта који се може одредити као кауза уговора. Критеријум задовољења општег интереса опредељује и условљава овај однос, чинећи га континуираним предметом провере испуњености критеријума „вредности за новац“. Општи интерес опредељује поступак одабира приватног субјекта, и оправдава право, а некада и обавезу, јавног субјекта да, нарушавањем равнотеже уговорних страна, преузме на себе извршење појединих уговорних обавеза приватног субјекта, како би пројекат преживео. Општи интерес, међутим, понекад бива искоришћен за остваривање неког другог интереса – у случају кад финансијери „преживљавањем“ пројекта у циљу очувања општег интереса, „маскирају“ прави разлог свог интервенисања у уговорни однос јавног и приватног субјекта, а то је обезбеђење намерења потраживања које имају према пројектном друштву, што не искључује у крајњој инстанци задовољење општег интереса, али општи интерес ставља у други план.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта имају различите појавне облике, односно односи уговорних страна почивају на различитим моделима сарадње. Основна подела модела сарадње јавног и приватног субјекта је подела на: (а) *уговорни модел* (који се заснива искључиво на уговорном односу јавног и приватног субјекта), и (б) *институционални модел* (који сарадњу јавног и приватног субјекта обезбеђује кроз оснивање посебног привредног друштва, чији су они чланови/акционари, који се као власници друштва старају о извршењу његових уговорних односа).

Из ове основне поделе на уговорни и институционални модел проистичу даља разврставања модела сарадње јавног и приватног субјекта који одражавају градацију засновану на степену преношења овлашћења за обављање делатности/пружање услуга из надлежности јавног субјекта на приватног субјекта, која започиње моделом сарадње која се заснива на *пружању услуга*, који означава најмањи степен преношења овлашћења са јавног на приватног субјекта, и која се завршава *моделом приватизације*, који означава промену власничке и управљачке контроле над привредним дурштвом које обавља делатност/пружа услуге од општег интереса. На скали градације, између модела пружања услуга и модела приватизације, налазе се *модел управљања*, *модел закупа*, *модел концесије*, *ВОТ модел* и њему сличне форме уговора, *модел поверавања обављања делатности од општег интереса* и *модел заједничког привредног друштва*.

Критеријуми на основу којих се ови уговори разврставају у наведене моделе су: (а) подела по основном моделу поделе – уговорни или институционални однос; (б) предмет уговора и обавезе јавног, односно приватног субјекта; (в) власништво над имовином у функцији реализације пројекта; (г) посебан законски оквир који уређује конкретан модел сарадње; (д) трајање уговора; (ђ) на коме лежи обавеза финансирања; (е) на коме лежи дужност управљања и одржавања; (ж) на коме лежи дужност капиталних улагања; (з) на коме лежи комерцијални ризик пројекта; (и) поступак закључења уговора; (ј) обавеза оснивања пројектног друштва; (к) степен изложености наступања ризика; (л) врста и извор накнаде за обављање делатности/пружање услуга и ко је плаћа; (љ) ексклузивност у обављању делатности/пружању услуга; (м) конкуренција; (н) осигурање; (њ) средства обезбеђења; (о) предности модела; (п) недостаци модела.

Иако је уговоре о сарадњи јавног и приватног субјекта могуће класификовати према горе наведеним моделима, велика већина ових уговора има веома деликатне флуидне и хибридне форме које их чине посебно комплексним.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта за свој предмет имају пружање ограниченог обима услуга; преко управљања објектом/постројењем/системом у власништву јавног субјекта; закупа објекта/постројења/система који је у функцији обављања делатности/пружања услуга од општег интереса; финансирања, пројектовања, изградње, управљања и одржавања новог или реконструисаног објекта/постројења/система; поверавања обављања делатности од општег интереса; оснивање заједничког привредног друштва које ће се бавити делатношћу, односно пружањем услуга од општег интереса; куповину удела/акција у привредном друштву које се бави делатношћу/пружањем услуга од општег интереса. Обавезе уговорних страна се најчешће састоје у чињењу, а могу се састојати и у нечињењу, односно трпљењу, које настаје као непосредна последица поверавања обављања делатности/пружања услуга приватном субјекту.

Сарадња јавног и приватног субјекта почива на јавном поступку одабира приватног субјекта који обезбеђује: (а) равноправан положај свих заинтересованих учесника у поступку одабира понуђача; (б) једнак приступ свих заинтересованих лица информацијама, подацима и документацији; (в) конкурентност понуђача; (г) транспарентност одабира; (д) економичност и ефикасност у спровођењу поступка, и (ђ) правичну и објективну селекцију која осигурава задовољење општег интереса под најповољнијим условима.

Одабир приватног субјекта врши се у поступку јавних набавки (отворени поступак, рестриктивни поступак, конкурентни поступак уз преговарање, конкурентни дијалог, иновативно партнерство, преговарачки поступак без претходног објављивања позива за подношење понуда), који је применљив на све моделе уговора осим уговора о концесији, односно у посебном поступку који се примењује само на уговоре о концесији. Ови поступци имају за циљ да обезбеде избор оног приватног субјекта који ће на најбољи могући начин одговорити захтевима јавног субјекта и обезбедити задовољење општег интереса. Изузетак од одабира приватног субјекта у јавном поступку примењује се само у случају међународних уговора.

Супротно овом принципу на коме се заснива сарадња јавног и приватног субјекта, не само код уговора који су предмет ове анализе, већ и код свих других уговора у којима се у својству наручиоца посла појављује јавни субјект, код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта често се посебним уговором (директни уговор) установљава право финансијера пројекта да, мимо јавног тендера, дакле противно начелу јавности, транспарентности, конкурентности и равноправног приступа који се прописује законом, уговором, као актом ниже правне снаге, на који јавни учесник у пројекту често, али не увек, унапред даје *a priori* сагласност, замене уговорну страну – приватног субјекта, практично само обавештавајући јавног субјекта о томе ко му је нова уговорна страна. У случају када је закључивање уговора који прописује овакву могућност прописано законом, као што је то случај у домаћем праву, оваквом поступању се даје и формално обележје законитости, иако је оно са становишта основних уставом загарантованих права, као и са становишта логике одабира приватног партнера у пројекту, вишеструко проблематично.

У средишту односа јавног и приватног субјекта налази се (рас)подела ризика, која је од одлучујућег утицаја на успех пројекта, а која и сама одражава игру моћи јавног и приватног учесника у пројекту. Расподела ризика врши се самим уговором, према следећим критеријумима: (а) врсти ризика, (б) фази наступања ризика; (в) могућим последицама; (г) извесности наступања; (д) одређењу стране која уобичајено преузима одређени ризик, и (ђ) мерама које се могу предузети у циљу предупредивања наступања ризика, односно ублажавања последице наступања ризика, на основу чега се у сваком конкретном случају прави одговарајућа матрица ризика применљива на конкретан предмет. Основни принцип на

коме треба да се заснивају ови уговори је *адекватна расподела ризика*. Расподела ризика се сматра адекватном ако јавни и приватни субјект преузму оне ризике на чије наступање/ненаступање могу да утичу, односно оне ризике у односу на последице чијег наступања могу да одговоре ефикасније, делотворније и економичније. Пракса преговарања уговора јавног и приватног субјекта увек показује настојање преговарача да пребаце на терет друге уговорне стране што је могуће већи број ризика. Овакав приступ је нерационалан и погрешан, и није никаква гаранција осигуравања боље позиције уговорне стране која је пребацила ризике на свог саговорача. Пројекти који су базирани на неадекватној расподели ризика су осуђени на неуспех, најчешће већ у фази оцене исплативости пројекта (банкабилност), коју врше финансијери пројекта.

Поред основне расподеле ризика која је прописана уговором јавног и приватног учесника у пројекту, другим механизмима може се установити обавеза једне или друге уговорне стране (најчешће је то јавни учесник у пројекту) да преузму извршење одређених обавеза своје саговорнице. Овим се, такође, мења тежиште односа уговорних страна, будући да преузимање извршења одређених обавеза посредно значи и преузимање ризика који су иницијално падали на терет друге уговорне стране и нарушавање равнотеже уговорних страна, а све се ово оправдава императивом одржања пројекта у циљу осигуравања задовољења општег интереса.

Посебно интересантно питање представља питање накнаде штете у случају раскида уговора од стране јавног субјекта, услед неизвршења, односно повреде уговора од стране приватног субјекта. Код ових уговора уобичајено је уговарање обавезе јавног субјекта да накнади штету, чак и у случају када је до раскида уговора дошло услед повреде уговорних обавеза од стране приватног субјекта, што је противно општим правилима облигационог права. У контексту ових односа чак и овај принцип налази своје утемељење, које се изводи из другог уговора који је у функцији обезбеђивања извршења основног уговора јавног и приватног субјекта – уговора о кредиту, којим се обезбеђује финансирање реализације пројекта. Тиме се финансијери пројекта поново фаворизују у односу на задовољење општег интереса, а опасност од настанка овакве финансијске обавезе по јавног субјекта, практично, приморава јавног субјекта да се уздржи од коришћења права на раскид уговора, чак и онда кад су наступили основи за раскид, што представља још један пример неравнотеже уговорних страна, фаворизовања приватног интереса над општим интересом и стављање под знак питања испуњености критеријума „вредности за новац“.

На основу свега наведеног, закључује се да однос јавног и приватног субјекта представља сложу архитектуру односа различитих учесника у пројекту која је изнутра и споља динамична, међусобно и подстицајна и ограничавајућа, одражава истовремено и хармонију и диспропорцију на различитим нивоима, и међусобно је условљена, што овај

однос чини и веома променљивим, али и доказано одрживим. Структура односа јавног и приватног субјекта обједињује различите аспекте – пословни, финансијски, комерцијални, правни, техничко-технолошки и др., који повезују бројне учеснике у реализацији пројекта који међусобно граде своје односе који су, у овој сложеној структури, испреплетени. Отуда, разматрање уговора јавног и приватног субјекта нужно захтева прилагођавање перспективе посматрања њиховог односа, на начин да се мора ублажити строго формално-правна визура, и у анализу односа укључити и анализа свих других елемената овог односа, јер је само овакав холистички приступ гаранција правилног разумевања појединачних односа, али и њихове свеукупне међузависности.

Истина је да одређена решења која уређују ови уговори изгледају противна правној логици, и некад то заиста и јесу, међутим и та решења имају своје јако упориште у финансијској и комерцијалној логици других правних послова који су саставни, а некада и најважији елемент ове архитектуре односа. Тако, када се из фокуса разматрања односа јавног и приватног субјекта пажња на тренутак усмери на обезбеђивање финансирања, као јединог правог гаранта реализације пројекта, који такође почива на уговору – уговору о кредиту, и посматра само тај уговор, стећи ће се утисак да је већина захтева финансијера пројекта који обезбеђују финансирање, које се некада исказује у милијардама евра, уз веома ограничена средства обезбеђења (и то она која не постоје у тренутку када се дају, већ се заснивају на будућим пројекцијама), заиста реална. Чудно или не, исти би се закључак извео и онда када би се сва пажња усмерила на анализу неког другог уговора који је део ове сложене архитектуре односа. Појединачном анализом свих тих уговора нашло би се и правно и логичко, а не нужно само финансијско и економско, оправдање за сваки од њих, али они у калеидоскопу односа некада дају и тренутно искривљену слику. Можда је поређење са калеидоскопом и најтачније, најсликовитије и најубедљивије јер увек приказује мање или више симетричан систем, чија се слика мења из тренутка у тренутак, који никада не изгледа исто нити у појединачном пресеку, нити у покушају да се иста слика понови.

И, на самом крају, разматрање уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта треба да буде заокружено и одређеним препорукама. Без обзира што се ови односи заснивају, наизглед, из нужде, они доносе бројне предности и јавном и приватном субјекту, и коначно, крајњим корисницима услуга од општег интереса, задовољењу чијих потреба су иницијално и намењени. Заснивање ових односа треба да се заснива на реалној процени потребе иницирања конкретног пројекта, планској, системској и експертској припреми пројекта, јавном и конкурентном поступку одабира приватног субјекта, међусобној флексибилности коју ће уговорне стране демонстрирати у свом односу од тренутка садања за преговарачки сто до окончања пројекта, препознавању ограничења друге уговорне стране, не да би се она искористила за себе, већ да би обезбедило одржање пројекта и онда кад наступе неповољне

околности, адекватној расподели ризика, међусобној кооперативности, толеранцији и разумевању, које не треба да иде у правцу додатног оптерећења једне уговорне стране, коришћењем механизма игре моћи, већ усредсређењем на будућност и на успешну реализацију пројекта, односно пуно извршење уговора.

Важно је, све време, водити рачуна и о томе да не постоје исти пројекти, да је сваки пројекат специфичан, и да је индустрија у којој се пројекат реализује веома важна, али да је једнако важан и опредељујући и тренутак кад се пројекат отпочиње, те да на пројекат веома често могу да утичу околности које се нису могле предвидети у тренутку закључења уговора, у односу на које треба бити флексибилан, кооперативан и усредсређен на заједнички циљ. У реализацији ових пројеката је веома важно искуство које не треба да уљуљка, већ треба да служи као стална опомена да, како смо почели ову анализу, исту и завршимо речима, „ђаво лежи у детаљима“.

ЛИТЕРАТУРА

1. Домаћа

Антић Оливер, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2012⁷.

Бенковић Слађана, **Барјактаревић** **Ракочевић** Слађана, „Модели јавно-приватног партнерства у финансирању инфраструктурних пројеката“, VIII Скуп привредника и научника, *Операциони менаџмент у функцији одрживог економског раста и развоја Србије 2011-2020*, Факултет организационих наука, Београд 2011.

Вајдић Невена, **Дамњановић** Иван, „Управљање ризицима у пројектима јавно-приватног партнерства у изградњи путева коришћењем теорије реалних опција“, Први међународни симпозијум управљања у инжењерству и конкуренцији 24-25. јун 2011, Зрењанин.

Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, Удружење правника у привреди, Београд 2014¹⁴.

Владков Стефан, **Марков** Ангел, „Јавно-приватно партнерство у Бугарској: Маркетизација јавних услуга на општинском нивоу“, *Партнерство јавног и приватног сектора, Добра и лоша искуства у одабраним земљама у транзицији* (ур. Душан Дамјановић, Татијана Павловић-Крижанић, Габор Петери), Палго центар д.о.о., Београд 2010.

Владушић Љубиша, „Јавно-приватно партнерство у функцији бржег економског развоја“, *Зборник радова Економског факултета* 6/2012.

Водич за оснивање фирме, законски оквир, секторске дозволе, поступак, Привредна комора Србије, Београд 2012.

Дивљак Драго, „БОТ модел пројектног финансирања инфраструктуре“, *Зборник радова Правног факултета Нови Сад* 3/2006.

Ђорђевић Живомир, **Станковић** Владан, *Облигационо право, Општи део*, Савремена администрација, Београд 1974.

Ђорђевић Снежана, „Јавно-приватна партнерства: компаративна пракса“, *Полис – часопис за јавну политику* 2/2012.

Ђуровић Радомир, *Међународно привредно право*, Савремена администрација, Београд 1997¹⁰.

Илић Ненад, „Основне идеје које стоје иза нових законских решења“, *Полис – часопис за јавну политику* 2/2012.

Кнежевић Мирјана, „Значај концесија за страна улагања у Републици Србији“, *Економски хоризонти* 12/2010.

Лековић Властимир, **Ивановић** Владан, „Јавно-приватно партнерство у функцији обезбеђења квалитетније инфраструктуре“, Б-95 – Б-101.

Ненезић Драгутин, **Радуловић** Бранко, „Анализа могућности и модалитета финансирања и мера финансијске подршке јавно-приватног партнерства у Србији“, *Квартални монитор* 30/2012.

Павловић-Крижанић Татјана, „Локална јавно-приватна партнерства у Србији-између прописа и реалности“, *Полис – часопис за јавну политику* 2/2012.

Перовић Слободан, *Облигационо право, Књига прва*, Новинско издавачка установа Службени лист СФРЈ, Београд 1990⁷.

Правни лексикон, Савремена администрација, Београд 1970².

Радишић Јаков, *Облигационо право, Општи део*, Номос, Београд 2008⁸.

Радуловић Бранко, **Ненезић** Драгутин, „Нови регулаторни оквир за јавно-приватно партнерство у Републици Србији: учење на сопственим или туђим грешкама?“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ - 2012*, Зборник, доступно на: <http://www.bradulovic.com/wp-content/uploads/2013/01/Radulovic-Nenezic-Zbornik.pdf>.

Средојевић Г. Слађана, *Јавно-приватно партнерство*, Архипелаг, Институт економских наука, Београд 2010.

Станивуковић Маја, **Ђундић** Петар, „Предлог Уредбе Европског Парламента и Савета о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I)“, *Ревизија за европско право 2-3/2004*.

Услови уговарања за грађевинске радове за грађевинске и техничке радове по пројекту инвеститора, Општи услови, Међународна федерација консталтинг инжењера, Инжењерска комора Србије, Београд 2008².

Услови уговарања за постројење и пројектовање и изградњу за електротехничке и машинске радове и за грађевинске и остале техничке радове по пројекту извођача, Међународна федерација консталтинг инжењера, Удружење инжењера консултаната Србије, Београд 2011².

Цветковић Предраг, *Право јавно-приватних партнерстава*, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Ниш 2015.

Цветковић Предраг, „Правни режим јавно-приватног партнерства као вид 'хибридне регулативе'“, *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, Тематски зборник радова, Правни факултет у Нишу, Ниш 2014, УДК:330.322.16, УДК: 334.72.

Цветковић Предраг, „Уговорни режим јавно-приватног партнерства: sui generis карактер као последица холистичког приступа“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 66/2014, УДК: 330.322.16:347.74, YU ISSN 0350-8501.

Цветковић Предраг, „Хармонизација јавног и приватног интереса кроз јавно-приватно партнерство: оглед о двостепеној структури“, *Усклађивање права Србије са правом ЕУ*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш 2014, УДК: 334.72:330.322.16.

Цветковић Предраг, „Теорија игара као аналитички оквир јавно-приватног партнерства“, *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, Тематски зборник радова, Правни факултет у Нишу, Ниш 2013.

Цветковић Предраг, „Регулаторни оквир јавно-приватног партнерства: преглед нових решења“, *Полис – часопис за јавну политику* 2/2012.

Цветковић Предраг, „Јавно-приватно партнерство у правном систему Републике Србије-полазна разматрања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* LXIII, Ниш 2012.

Цветковић Предраг, „Детерминанте регулаторног оквира јавно-приватног партнерства у државама западног Балкана“, *Балкан у процесу евроинтеграције, модернизација и развој*, Филозофски факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2011.

Цветковић Предраг, **Миленковић-Керковић** Тамара, „Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања“, *Право и привреда* 4-6/2011.

Цветковић Предраг, **Средојевић** Слађана, *Јавно-приватно партнерство, Приручник за спровођење на нивоу локалне самоуправе*, Стална конференција градова и општина у сарадњи са Швајцарском агенцијом за развој и сарадњу (*SDC*), Досије студио д.о.о., Београд 2013.

Ћирић Небојша, „Предности и ограничења примене пројеката партнерства јавног и приватног сектора у Србији“, Правни билтен *Локална самоуправа – Прописи и пракса* 2/2009, Стална конференција градова и општина, Београд, децембар 2009.

Шулејић Предраг, *Право осигурања*, Правни факултет Универзитета у Београду 1997.

2. Страна

Ahadzi Marcus, **Bowles** Graeme, „Public-private partnerships and contract negotiations: an empiric study“, *Construction Management and Economics* 22/2004, Spon Press Taylor & Francis Group.

Akinci Burcu, **Fischer** Martin, „Factors affecting contractors' risk of cost overburden“, *Journal of Management in Engineering*, January-February 1998.

Akintoye Akintola, **Beck** Matthias, **Hardcastle** Cliff (eds.), *Public-Private Partnerships-Managing risks and opportunities*, Blackwell Science, Oxford 2003.

Amiconi Cesare, „Enti pubblici e privatizzazione“, *DeJure, Archivio selezionato: Dottrina*, Forum amm. 1999, 7-8, 1652.

Amorosino Sandro, **Sciuto** Romana, „La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore“, *DeJure, Archivio selezionato: Dottrina*, Riv. giur. edilizia 1999, 02, 61.

Andrade Alexandre, **Raquel** Andre Santo, „Public-Private Partnership in Portugal - The Legal Structure of the Public-Private Partnership Contract and the Peripheral Contracts“, *The European Public Private Partnership Law Review* 1/2010.

Babac Branko, „Problematiziranje 'javno-privatnoga ortaštva' u suvislosti uređivanja javne 'nabave' i 'koncesioniranja' – prethodni iskazi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 1/2008.

Bain Robert, *Review of Lessons from completed PPP Projects financed by the EIB*, The European Investments Bank, June 2009.

Ball Rob, **Heafey** Maryanne, **King** David, „Private Finance Initiative-a good deal for the public purse or a drain on future generations“, *Policy & Politics* 1/2000, The Policy Press.

Baloi Daniel, **Price** Andrew D. F., „Modelling global risk factors affecting construction cost performance“, *International Journal of Project Management* 4/2003.

Benditt Theodore M., „The Public Interest“, *Philosophy & Public Affairs* 3/1973.

Besley Timothy, **Seabright** Paul, „The effect and policy implications of state aid to industry: an economic analysis“, *The Economic Policy* 28/1999.

Bing Li, **Akintoye** Akintola, **Edwards** Peter J., **Hardcastle** Cliff, „The Allocation of Risk in PPP/PFI Construction Project in the UK“, *International Journal of Project Management* 1/2005.

Boni-Saenz Alexander A., „Public-Private Partnerships and Insurance Regulation“, *Harvard Law Review* 5/2008.

Borković Ivo, „Upravni ugovori“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 2/1993.

Boussabaine Abdelhalim, *Cost Planning of PFI and PPP Building Projects*, Routledge Taylor & Francis Group, New York 2007.

Bovis Christopher, „How should services of general interest be financed: Does the relation between state aids and market forces reveal a link with Public Private Partnerships?“, *European Public Private Partnership Law Review* 3/2007.

Bovis Christopher, „Public services and Public private partnerships: Delivery and competition issues“, *European Public Private Partnership Law Review* 4/2009.

Brealey Richard A., **Myers** Stewart C., **Marcus** Alan J., *Fundamentals of Corporate Finance*, The McGraw-Hill Companies 2009.

Briggs Dick, **Edwards** Burt, *Credit Insurance, How to Reduce the Risk of Trade Credit*, Woodhead-Faulkner 1988.

Brude-Blanc Frédéric, **Goldsmith** Hugh, **Välilä** Timo, „A Comparison of Construction Contract Prices for Traditionally Procured Roads and Public-Private Partnerships“, *Springer Science and Business Media* 2009.

Brude-Blanc Frédéric, **Goldsmith** Hugh, **Välilä** Timo, „Ex Ante Constructions Costs in the European Road Sector: A Comparison of Public-Private Partnerships and Traditional Procurement“, *European and Financial Report 2006/01*, European Investment Bank, Luxembourg 2006.

Brude-Blanc Frédéric, **Strange** Roger, „How Banks Price Loans to Public-Private Partnerships: Evidence from the European Market“, *Journal of Applied Corporate Finance* 4/2007.

Budina Nina, **Polackova Brix** Hana, **Irwin** Timothy, „Public-Private Partnerships in the New EU Member States, Managing Fiscal Risks“, World Bank Working Paper No. 114, The World Bank, Washington 2007.

Bult-Spiering Mirjam, **Dewulf** Geert, *Strategic issues in Public-Private Partnerships: An International Perspective*, Blackwell Publishing 2006.

Burger Philippe, **Hawkesworth** Ian, „How to Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement“, *OECD Journal on Budgeting* 2011/1.

Burnett Michael, „The Current Private Finance Initiative (PFI) Reform in the United Kingdom – How Should it be Measured?“, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2/2012.

Bylos Lilia, „Typical Transaction Structure for Concession Based Financing“, *Financial and Corporate Law Issues for Lawyers in Transition Economies* (selected excerpts, ed. Alexis Rwabizambuga), The London School of Economics and Political Science (LSE) and the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), June 2008.

Calvani Terry, **Alderman** Karen, „BRIC in the International Merger Review Edifice“, *Cornell International Law Journal* 73/2010.

Chan Daniel W. M., **Chan** Albert P. C., **Lam** Patrick T. I., **Yeung** John F. Y., **Chan** Joseph H. L., „Risk ranking and analysis in target cost contracts: Empirical evidence from the construction industry“, *International Journal of Project Management* 6/2011.

Cheung Man W., „Understanding PPP Capital Projects ‘Risk’“, *European Public Partnership Law Review* 2/2009.

Chinyere Ikechukwu Ikea, **Xu** Xialin, „Public-Private Partnerships: The Underlining Principles of Infrastructure Investment, Finance and Development Projects“, *International Journal of Business and Management* 1/2012.

Chinyio Ezekiel, **Ferguson** Alasdair, „A construction perspective on risk management in public-private partnership“, *Public-Private Partnerships, Managing Risks and opportunities* (eds. Akintoye Akintola, Beck Matthias, Hardcastle Cliff), Blackwell Science, Oxford 2003.

Chong Eshien, **Huet** Freddy, **Saussier** Stephane, **Stenier** Faye, „Public Private Partnerships and Prices: Evidence from Water Distribution in France“, *Review of Industrial Organization* 1/2006.

Clarke Malcolm A., *The Law of Insurance Contracts*, London: LLP 1997.

Clifton Judith, **Comin** Francisco, **Diaz-Fuentes** Daniel, „Empowering Europe’s Citizens“?: Towards a Charter for Services of General Interest“, *Public Management Review* 3/2005.

Cooper Ian, **Kaplanis** Evi, „Home Bias in Equity Portfolio, Inflation Hedging and International Capital Market Equilibrium“, *The Review of Financial Studies* 1/1994.

Corbin Arthur L., Conditions in the Law of Contract, *The Yale Law Journal* 8/1919.

Cruz Carlos Oliveira, **Marques** Rui Cunha, *Infrastructure Public-Private Partnership – Decision, Management and Development*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2013.

Da Cruz Nuno Ferreira, **Marques** Rui Cunha, „Mixed companies and local governance: no man can serve two masters“, *Public Administration* 3/2012.

Daube Dirk, **Vollrath** Susann, **Alfen** Hans Wilhelm, „A comparison of Project Finance and the Forfeiting Model as financing forms for PPP projects in Germany“, *International Journal of Project Management* 4/2008.

Davies Christopher Clement, „Public-Private Partnerships in Central and Eastern Europe – Structuring of Concession Agreement“, *Business Law International* 1/2001.

De La Motte Robin, **Hall** David, „The European Commission’s Guide to Successful Public-Private Partnerships – a critique“, Public Services International Research Unit, University of Greenwich, May 2003.

Delmon Jeffrey, *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP projects and Risks*, Kluwer Law International, the Netherlands 2009.

Delmon Jeffrey, *Public-Private Partnership Project in Infrastructure, An Essential Guide for Policy Makers*, Cambridge University Press, New York 2011.

Delmon Jeffrey, „Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure – Sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease...“, Policy Research Working Paper 5173, The World Bank, Finance Economics & Urban Departments, Finance and Guarantees Unit, January 2010.

Demirag Istemi, **Khadaroo** Iqbal, **Stapleton** Pamelata, **Stevenson** Carol, *Public Private Partnership Financier's Perception of Risks*, The Institute of Chartered Accountants of Scotland 2010.

Dewar John, *International Project Finance*, Oxford University Press, New York 2011.

Dewatripont Mathias, **Legros** Patric, „Public-private partnerships: Contract Design and Risk Transfer“, *EIB Papers* 1/2005.

Dictionary of Terms, Acronyms and Ratios used in the Insurance Sector, Global Credit Rating Co., 2013.

Doak Joe, „Planning for the Reuse of Redundant Defence Estate: Disposal Processes, Policy Frameworks and Development Impacts“, *Working Papers in Land Management and Development*, Working Paper No. 08/98, November 1998.

Dohrman James, **Aiello** James „Public-Private Partnerships for Waste Management: Challenges for Policies and Procedures“, *Development Southern Africa* 4/1999.

Duffy Michael, „Shareholders Agreement and Shareholders Remedies: Contract versus Statute“, *Bond Law Review* 2/2008.

Derđa Dario, „Ugovor o koncesiji“, *Hrvatska javna uprava* 3/2006.

Ekströma Martin A., **Björnssona** Hans C., **Nassb** Clifford I., „Accounting for rater credibility when evaluating AEC subcontractors“, *Construction Management and Economics* 2/2003.

Engel Eduardo, **Fischer** Ronald D., **Galetovic** Alexander, *The Economies of Public-Private Partnership: A Basic Guide*, Cambridge University Press, New York 2014.

English Linda, **Baxter** Jane, „The Changing Nature of Contracting and Trust in Public-Private Partnerships: The Case of Victorian PPP Prisons“, *Abacus: A Journal of Accounting, Finance and Business Studies* 3/2010.

Eom Creed S. J., **Yun** Seok H., **Paek** Joon H., „Subcontractor Evaluation and Management Frameworks for Strategic Partnering“, *Journal of Construction Engineering and Management* 11/2008.

Evans Joanne, **Bowman** Diana, „Getting the contract right“, *The Challenges of Public-Private Partnerships: Learning from International Experiences* (eds. Hodge Graeme A., Greve Carsten), Edward Elgar Publishing Limited, UK 2005.

Farquharson, **De Mästle** Edward Clemencia Torres, **Yescombe** E. R., **Encias** Javier, *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*, The International Bank for Reconstruction and Development/The World bank, The World Bank, Washington DC 2011.

Fischer Katrin „ACT4PPP – A Transnational Initiative to Promote Public-Private Cooperation in Urban Development“, *European Public Private Partnership Law Review* 2/2010.

Fischhoff Baruch, **Watson** Stephen R., **Hope** Chris, „Defining Risk“, *Policy Sciences* 17/1984.

Forrer John, **Kee** James Edwin, **Newcomer** Kathryn E., **Boyer** Eric, „Public-Private Partnerships and the Public Accountability Question“, *Public Administration Review* 3/2010.

Fourie Frederick Christiaan van Niekerk, **Burger** Philippe, „An Economic Analysis and Assessment of Public-Private Partnerships (PPPs)“, *South African Journal of Economics* 4/2000.

Fritzsche Michael, „Does PPP need Financing? Considerations for Integrating and Structuring Financing in PPP Projects“, *European Public Private Partnership Law Review* 2/2009.

Garvin Michael, „Governance of PPP Projects through Contract Provisions“, доступно на: <http://www.academicventplanner.com/LEAD2009/papers/Garvin.pdf>.

Geddes Michael, *Making Public-Private Partnership Work: Building Relationship and Understanding Cultures*, Gower Publishing, London 2005.

Geradin Damien, „Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework“, (March 30, 2012), доступно на: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2031564.

Gibson Byran, „Contract-Specific Performance-Conditions Precedent and Contractual Benefits-Waiver of Condition Precedent“, *U.B.C. Law Review* 431/1971.

Gilbreath Robert D., *Managing Conststruction Contracts: Operational Controls for Commercial Risks*, John Wiley & Sons, Canada 1992².

Gestel Van Kit, **Voets** Joris, **Verhoest** Koen, „It takes two to tango: The interplay between trust and control in PPPs“, paper presented at IRSPM XIV 2010 – 7-9 April 2010, Universität Bern, Switzerland, доступно на: http://steunpuntbov.be/rapport/VanGestelVoetsVerhoest_2010_IRSPM.pdf.

Gevorkian Peter, *Large-Scale Solar Power Systems, Construction and Economics*, Cambridge University Press, New York 2012.

Goldberg Victor P., „Framing Contract Law: An Economic Perspective“, *Harvard University Press* 2006.

Gray Mark, „Australian Public Private Partnership Model“, *Public Private Partnerships, Gestaltung aus ökonomischer und juristischer Sicht* (Hrsg. Mittendorfer Franz, Weber Stefan), LexisNexis Ard Orac, Wien 2004.

Grimsey Darrin, **Lewis** Mervyn K., „Evaluating the risks of public private partnerships for infrastructure projects“, *International Journal of Project Management* 20/2002.

Grimsey Darrin, **Lewis** Mervyn K., *Public Private Parterships – the world wide revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar Publishing Limited, UK 2004.

Grimsey Darrin, **Lewis** Mervyn K., „Public Private Partnership and Public Procurement“, *Agenda* 2/2007.

Grossi Giuseppe, „Governance of Public-Private Corporations in the Provision of the Local Italian Utilities“, *International Public Management Review* 1/2007.

Grout Paul A., „Public and Private Sector Discount Rates in Public-Private Partnerships“, *The Economic Journal* 486/2003.

Grout Paul A., „Value-for-money measurements in public-private partnerships“, *EIB Papers* 2/2005.

Guasch Jose Luis, „Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right, WBI Development Studies“, the World Bank, Washington 2004.

Habets Joël, „Incomplete Contracts and Public-Private Partnerships – A Case Study of the Dutch Infrastructure Policy“, Erasmus University, Rotterdam 2010.

Harrington Scott E., „The Financial Crisis, Systematic Risk and the Future of Insurance Regulation“, *The Journal of Risk and Insurance* 4/2009.

Harris Frank, **McCaffer** Ronald, *Modern Construction Management*, Willey-Blackwell 2013⁷.

Harris Stephen, „Public-Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services“, *Recouping infrastructure investment in Latin America and the Caribbean*, selected papers from the 2004 IDB Infrastructure Conference Series (ed. Benavides Juan), Inter-American Development Bank, Washington DC 2004.

Hastak Makarand, **Shaked** Aury, „ICRAM-1: Model for International Construction Risk Assessment“, *Journal of Management in Engineering* 2000. доступно на: <http://www.insaat.anadolu.edu.tr/DuyuruDosyolari/risk-international.pdf>.

Hausmann Friedrich Ludwig, chapter „Germany“, *A Practical Guide to PPP in Europe* (Hrsg. Button Maurice), City & Financial Publishing, UK 2008².

Head George L., „An alternative of defining risk as uncertainty“, *The Journal of Risk and Insurance* 2/1967.

Héritier Adrienne, „The Politics of Public Services in European Regulation“, *Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie*, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn 2001/1.

Héritier Adrienne, „Public Interest Services Revisited“, *Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie*, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn 2002/10.

Hodge Graeme A., „Risks in Public-Private Partnerships: Shifting, Sharing or Shirking?“, *The Asia Pacific Journal of Public Administration* 2/2004.

Hodge Graeme A., **Greve** Carsten, „Public-Private Partnerships: An International Performance Review“, *Public Administration Review* 3/2007.

Hodge Graeme A., **Greve** Carsten, „PPPs: the Passage of Time Permits a Sober Reflection“, *Institute for Economic Affairs Journal*, Blackwell Publishing, Oxford 2009.

Hogan Kelsey, „Protecting the Public in Public-Private Partnerships: Strategies for Ensuring Adaptability in Concession Contracts“, *Columbia Business Law Review* 2:420/2014.

Holburn Alexander, „Conditions Precedent – How to make sure you get what you bargained for“, Corporate/Commercial Practice, e-news from Alexander Holburn Beaudin & Lang LLP, February 2009. доступно на: http://www.ahbl.ca/wp-content/uploads/2012/05/How_to_make_sure_you_get_what_you_bargained_for-Ray_Schachter-February2009.pdf.

Holsboer Jan H., „Insurability and Uninsurability: An Introduction“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 77/1995.

Holton Glyn A., „Defining Risk“, *Financial Analysts Journal* 6/2004, CFA Institute.

Hood Christopher, **Miller** Peter, „Public Service Risks: What’s Distinctive and New“, Risk and Public Service, ESRC Public Service Programme, Oxford 2009.

Huafeng Xu, **Quihong** Li, „The game theory analysis of risk share for PPP projects based on Shapley value“, International Management and Engineering (ICIME), the second conference, April 2010, Chengdu.

Hunt Donna, **Onderka** Valerie, „Insurance Considerations in Public-Private Partnership projects“, доступно на: http://www.michaelbradydesign.com/Transfer/ACEC%20files/PPP/Ch_7_Hunt_1st_round.pdf.

Iossa Elisabetta, **Martimort** David, „The Simple Micro-Economics of Public-Private Partnerships“, Economics and Finance Series, Working Paper No. 09-03, January 2009, доступно на: <http://v-scheiner.brunel.ac.uk/bitstream/2438/3459/1/0903.pdf>.

Iyer K. C., **Sagheer** Mohhamed, „Hierarchical Structuring of PPP risks using Interpretative Structure Modeling“, *Journal of Construction Engineering and Management* 2010.

Jeffares Stephen, **Sullivan** Helen, **Bovairs** Tony, „Beyond Contract-The Challenge of Evaluation the Performance(s) of Public-Private Partnerships“, *Rethinking Public-Private Partnerships: Strategies for Turbulent Times* (eds. Hodge Graeme A., Greve Carsten), London, Routledge 2013.

Jurić Dionis, „Statusno javno-privatno partnerstvo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Rijeci* 1/2011.

Kačer Hrvoje, **Kružić** Dejan, **Perkušić** Ante, „Javno-privatno partnerstvo: Atraktivnost DBFOOT modela“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 3/2008.

Kaka Ammar, **Alsharif** Faisal, „Financial Modeling of PPP Project“, *Policy Management and Finance for Public-Private Partnerships* (eds. Akintoye Akintola, Beck Matthias), Wiley-Blackwell, UK 2009.

Karim Nur Alkaf Abd, „Risk Allocation in Public-Private Partnership (PPP) Project: A Review on Risk Factors“, *International Journal of Sustainable Construction Engineering & Technology* 2/2011.

Ke Yongjian, **Wang** ShouQing, **Chan** Albert P. C., **Lam** Patrick T. I., „Preferred risk allocation in China's public-private partnership (PPP) projects“, *International Journal of Project Management* 5/2010.

Kerur Sachim, **Marshall** William, „Identifying and managing risk in International Construction Works“, *International Review of Law* 1/2012.

Kethar Suhas, **Ratha** Dilip, *Innovative Financing for Development*, The International Bank for Reconstruction and Development/the World Bank, The World Bank, Washington 2009.

Kocaaga Koksall, „Joint Venture and its Legal Nature in Turkish Law“, *Bracton Law Journal* 1/2009.

Kong Yong Hee, „Different Models of PPP“, Cross-Border Infrastructure Toolkit, *Public Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF)*, доступно на: http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Cross-Border-Infrastructure-Toolkit/Cross-Border%20Compilation%20over%2029%20Jan%2007/Session%204%20-%20Private%20Sector%20Participation/Private%20Sector_02%20Diferent%20Models%20of%20PPP%20-%2029%20Jan%2007.pdf.

Kwak Young Hoon, **Chih** Ying Yi, **Ibbs** William C., „Towards Comprehensive Understanding of Public Private Partnership for Infrastructure Development“, *California Management Review* 2/2009.

Lewis Carol W., „In Pursuit of the Public Interest“, *Public Administration Review* 5/2006.

Lewis Mervyn K., „Risk Management in Public-Private Partnerships“, Center for Globalization and Europeanization of the Economy, University of Gottingem 2001.

Li Bing, **Akintoye** Akintola, **Edwards** Peter J., **Hardcastle** Cliff, „Critical Success Factors for PPP/PFI projects in the UK construction industry“, *Construction Management and Economics* 5/2005.

Lima Ribeiro Bruno Miguel, *Definition of Indicators for Monitoring of Concessions*, Master Dissertation in Civil Engineering, extended abstract, Technico Lisboa, October 2013, доступно на: <https://fenix.tecnico.ulisboa.pt/downloadFile/395145996623/resumo.pdf>.

Liu Gaojun, **Zhu** Yan, „Credit Assessment of Contractors: A Rough Set Method“, *Tsinghua Science and Technology* 3/2006.

Liu Junxiao, **Love** Peter E. D., **Davis** Peter K., **Smith** Jim, **Regan** Michael, „Conceptual Framework for the Performance Management of Public-Private Partnerships“, *Journal of Infrastructure Systems* 1/2015.

Loosemore Martin, **Ng** A., „Risk allocation in the private provision of public infrastructure“, *International Journal of Project Management* 2006.

Loosemore Martin, **McCarthy** Charles S., „Perceptions of Contractual Risk Allocation in Construction Supply Chains“, *Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice* 1/2008.

Maksin Eric, **Tirole** Jean, „Public-private partnership and government spending limits“, *International Journal of Industrial Organization* 2/2008.

Marenjak Saša, **Skendrović** Vladimir, **Vukmir** Branko, **Čengija** Josip, „Javno privatno partnerstvo i njegova primena u Hrvatskoj“, *Građevinar* 59/2007.

Marques Rui Cunha, **Berg** Sanford V., „Revisiting the strengths and limitations of regulatory contracts in infrastructure industries“, *Munich Personal RePec Archive (MPRA)* Paper No. 32890, 2010.

Marty Frederic, **Voisin** Arnaud, „Partnership contracts, project finance and information asymmetries: from competition for the contract to competition within the contract“, *OFCE - Observatoire Français des Conjonctures Économiques* 2008-06.

Matsukawa Tomoko, **Hebeck** Odo, „Review of Risk Mitigation Instruments for Infrastructure Financing and Recent Trends and Developments“, Trends and Policy Options No. 4, The World Bank, PPIAF Public-Private Infrastructure Advisory Faculty, 2007.

Matsukawa Tomoko, **Sheppard** Robert, **Wright** Joseph, „Foreign Exchange Risk Mitigation for Power and Water Projects in Developing Countries“, Discussion Paper 9, Energy and Mining Board Discussion Paper Series, The World Bank 2003.

McDowall Evelyn, „Applications of risk management strategies in public-private partnership procurement“, *Public-Private Partnerships, Managing risks and opportunities*, (eds. Akintoye Akintola, Beck Matthias, Hardcastle Cliff), Blackwell Science, Oxford 2003.

McElroy Michael B., **Li** Xi, **Nielsen** Chris P., **Wang** Yuxuan, „Potential for Wind-Generated Electricity in China“, *Science* 5946/2009.

Medda Francesca, „A game theory approach for the allocation of risk in transport public private partnership“, *International Journal of Project Management* 25/2007.

Megens Peter, „Construction Risk and Project Finance – risk allocation as viewed by contractors and financiers“, *The International Construction Law Review* 1/1997.

Menard Claude, „Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP“, *HAL archives –ouvertes* 2012.

Meyer Klaus E., **Estrin** Saul, „Brownfield Entry in Emerging Market“, *Journal of International Business Studies* 3/2001.

Monteiro Riu Sousa, „Public-private partnerships: Some lessons from Portugal“, *EIB Papers* 2/2005.

Mun Johnathan, *Modeling Risks*, Wiley Finance, New Jersey 2006.

Nicolas Miranda, „Concession Agreements: From Private Contract to Public Policy“, *The Yale Law Journal* 3/2007.

Odeh Abdalla M., **Battaineh** Hussien T., „Causes of construction delay: traditional contracts“, *International Journal of Project Management* 20/2002.

Orr Rayan J, „The Rise of Infra Funds“, *Global Infrastructure Report* 2007.

O’Steen Chasity, **Jenkins** R. John, „We Built it, and They came – What Now – Public-Private Partnerships in the replacement Era“, *Stetson Law Review* 2/2012.

Palermo de Oliveira Fernanda Kellner, „Are Share-In Savings Contracting and Public-Private Partnerships capable of challenging traditional public procurement process“, *Public Contract Law Journal* 3/2009.

Parker David, **Hartley** Keith, „Transaction costs relational contracting and public private partnerships: a case study of UK defence“, *Journal of Purchasing & Supply Management* 9/2003.

Power Gabriel J., **Burris** Mark, **Vadali** Sharada, **Vedenov** Dmitry, „Valuation of Strategic Options in Public-Private Partnerships“, 2013, доступно на: <http://www.realoptions.org/openconf2013/data/papers/4.pdf>.

Qui Larry D., **Shengzu** Wang, „FDI Policy, Greenfield Investment and Cross-Border Mergers“, *Review of International Economics* 5/2011.

Quick Roger, „Long-term ties: Managing Public Private Partnership Contract“, *Public Infrastructure Bulletin* 2/2003.

Quiggin John, „Forum: Public-Private Partnerships – Risks, PPPs and the Public Sector Comparator“, *Australian Accounting Review* 2/2004.

Quiggin John, „Public Private Partnerships: Options for Improved Risk Allocation“, *The Australian Economic Review* 4/2005.

Quiggin John, „Public Private Partnerships: Options for Improved Risk Allocation“, *UNSW Law Journal* 3/2006.

Raquel Santos Andre, **Andrade** Alexandre, „Corporate Governance in Public Private Partnerships“, *European Public Private Partnership Law Review* 4/2010.

Rausser Gordon, **Stevens** Reid, „Public-Private Partnerships: Goods and the Structure of Contracts“, *Annual Review of Resource Economics* 1/2009.

Regan Michael, **Smith** Jim, **Love** Peter E. D., „Impact of the Capital Market Collapse on Public-Private Partnership Infrastructure Projects“, *Journal of Construction Engineering and Management* 1/2011, доступно на: http://ecms-ext.bond.edu.au/prod_ext/groups/public/@pub-sda-gen/documents/genericwebdocument/bd3_021916.pdf.

Reitz Curtis R., „Construction Lender’s Liability to Contractors, Subcontractors and Materialman“, *University of Pennsylvania Law Review* 2/1981.

Robinson Herbert S., **Carrilo** Patricia, **Anumba** Chimay J., **Patel** Manju, *Governance & Knowledge Management for Public-Private Partnerships*, Wiley-Blackwell, A John Wiley & Sons Ltd Publishing 2010.

Robinson Herbert S., **Scott** John, „Service delivery and performance monitoring in PFI/PPP projects“, *Construction Management and Economics* 2/2009

Ross Malcolm, „Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?“, *European Law Review* 1/2000.

Rossi Matteo, **Civitillo** Renato, „Public-Private Partnerships: a general overview in Italy“, *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 109/2014.

Sachs Tillmann, **Tiong** Robert L. K., **Wang** Shou Qing, „Analysis of political risks and opportunities in public private partnerships (PPP) in China and selected Asian countries: Survey results“, *Chinese Management Studies* 2/2007.

Sakatsume Toshiaki, **Chirmiciu** Alexandru, „Towards a more Effective Measurement of the Environment for Public-Private Partnerships“, *Law in Transition online*, EBRD, October 2012, доступно на: http://www.ebrd.com/downloads/research/news/lit112_full.pdf.

Sammartano R. Michael, „The Role of the Engineer-Myth or Reality“, *Construction, International Business Lawyer Review* 3/1986.

Sauter Wolf, „Services of general economic interest and universal services in EU Law“, TILEC Discussion Paper DP 2008-17, *European Law Review* 2/2008.

Savas Emanuel S., „Privatization and Public-Private Partnerships“ (adapted from: E. S. Savas, *Privatization in the City: Successes, Failures, Lessons*, chapter 1, Washington 2005), доступно на: http://hum.ttu.ee/failid/oppematerjalid/PPP/Savas_PPP_privat_seletav.pdf.

Savas Emanuel S., *Privatization and Public-Private Partnerships*, New York, Seven Bridges Press, LLC, 2000.

Savindo Victor, **Grobler** Francois, **Parfitt** Kevin, **Guvenis** Moris, **Coyle** Michael, „Critical Success Factors for Construction Projects“, *Journal of Construction Engineering and Management* 1/1992.

Schinas J., „The Insurance of Export Credits“, A.I.D.A. Colloquium Athens, 1987.

Schwarcz Steven L., „Ring-Fencing“, *Southern California Law Review* 87/2013.

Shaould Jean, „A Critical Financial Analysis of the Private Finance Initiative: Selecting a Financing Method or Allocating Economic Wealth“, *Critical Perspectives in Accounting* 16 (4), Elsevier 2005.

Sheridan Peter, „PFI/PPP Disputes“, *European Public Private Partnership Law Review* 2/2009.

Skelcher Chris, „Public-Private Partnerships and Hybridity“, *The Oxford Handbook on Public Management* (eds. Ferlie Ewan, Lynn Jr Laurence E., Pollitt Christopher), Oxford 2005, доступно на: <http://hum.ttu.ee/failid/oppematerjalid/PPP/SkelcherPPP%20overview.pdf>

Squires William R., **Murphy** Michael J., „The impact of fast track construction and construction management on subcontractors“, *Law and Contemporary Problems* 1/1983.

Spackman Michael, „Public-Private Partnerships: Lessons from the British Approach“, *Economic Systems* 26/2002.

Spiller Pablo T., „An Institutional Theory of Public Contracts: Regulatory Implications“, *NBER Working Papers* 14152/2008, dostupno na: <http://www.webssa.net/files/SPILLER-NBER08.pdf>.

Stevens H., Van Overwalle G., Van Looy B., Huys I., „Perspectives and opportunities for Precompetitive Public Private Partnership in the Biomedical Sector“, *Biotechnology Law Review* 3/2013.

Sześciło Dawid, „PPP in Poland: A Second Attempt to Create a Legislative Framework“, *European Public Private Partnership Law Review* 4/2009.

Szyszczyk Erika, „Financing Services of General Economic Interest“, *The Modern Law Review* 6/2004.

Šikić Marko, **Staničić** Frano „Pravna narav ugovora o koncesiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 2/2011.

Šimić Vladimir, „Pravni aspekti koncesije pročišćavanja otpadnih voda u Zagrebu“, *Građevinar* 53/2001.

Tang LiYaning, **Shen** Qiping, **Cheng** Eddie W. L., „A review of studies on public-private partnerships in construction industry“, dostupno na: http://repository.lib.polyu.edu.hk/jspui/bitstream/10397/7153/1/Tang_Review_Public_Private.pdf.

Tieder Jr. John B., **Cox** Robert K., „Construction Management and the Specialty Trade (Prime) Contracts“, *Law and Contemporary Problems* 1/1983.

The Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, „The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholders Agreement Provisions“, *Business Lawyer* 4/2010.

Tomkin Jonathan, „Public-Private Partnership-A Questions of Trust“, *Hibernian Law Journal* 95/2001.

Trafford Sue, **Proctor**, Tony „Successful joint venture partnerships: public-private partnership“, *International Journal of Public Sector* 2/2006.

Van de Walle Steven, „What services are public? What aspects of performance are to be ranked? The case of ‘services of general interest’“, *International Public Management Journal* 3/2008.

Välilä Timo, „How expensive are cost savings? On the economies of public-private partnerships“, *EIB Papers* 1/2005.

Veljanovsky Cento, *Selling the State: Privatization in Britain*, London, Weidenfeld and Nicolson 1987.

Vernay Stéphane, **Ganesan** Nadine, „Reform sets model for PPPs in Public Utilities“, *International Financial Law Review* 9/2006.

Villartas R., **Harris** S., **Labesse** J., **Hewlett** M., „Credit Insurance Industry Outlook“, Moody’s Investors Service, *Global Credit Research*, New York 2000.

Vinter Graham D., *Project Finance: A Legal Guide*, Thomson, Sweet & Maxwell, 2006³.

Wamuzuri Sam, **Jiang** M., „Role of export credit agencies in PFI/PPP projects“, *Proceedings of the ICE-Management, Procurement and Law* 4/2008.

Wang Shou Qing, Tiong Robert L. K., Ting Seng Kiong, Ashley David, „Political Risks: Analysis of Key Contract Clauses in China's BOT Project“, *Journal of Construction Engineering and Management* 3/1999.

Wang Yin, „A Broken Fantasy of Public-Private Partnerships“, *Public Administration Review* 4/2009.

Wei Yan, *Regulating Municipal Water Supply Concessions, Accountability in Transitional China*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg 2014.

Werner Michael Jürgen, chapter „European Union“, *A Practical Guide to PPP in Europe* (Hrsg. Button Maurice), City & Financial Publishing, UK 2008².

Witters Louis, Marom Revital, Steinert Kurt, „The Role of Public-Private Partnerships in Driving Innovation“, *The Global Innovation Index 2012*

Yescombe E. R., *Principles of Project Finance*, Elsevier Academic Press, Oxford 2014².

Yescombe E. R., *Public-Private Partnerships, Principles of Policy and Finance*, Elsevier, Butterworth-Heinemann Elsevier, Oxford 2007.

Yongjian Ke, Wang Shouqing, Chan Albert P. C., Lam Patric T. I., „Preferred risk allocation in China's public-private partnership (PPP) projects“, *International Journal of Project Management* 28/2010.

Zheng Jurong, Roehrich Jens K., Lewis Michael A., „The dynamics of contractual and relational governance: Evidence from long-term public private procurement arrangements“, *Journal of Purchasing and Supply Management* 1/2008.

Zou Patric XW, Wang Shouqing, Fang Dongping, „A life-cycle risk management framework for PPP infrastructure projects“, *Journal of Financial Management or Property and Construction* 2/2008.

3. Прописи и други документи

Домаћи закони и подзаконски акти

- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.
- Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006.
- Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 и 119/2012.
- Закон о енергетици, *Службени гласник РС*, бр. 145/2014.
- Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013.
- Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012-одлука УС и 107/2012.
- Закон о заштити животне средине, *Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон и 43/2011 - одлука УС.
- Закон о здравственом осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 109/2005 - испр., 57/2011, 110/2012 - одлука УС, 119/2012, 99/2014, 123/2014 и 126/2014 - одлука УС.
- Закон о јавним набавкама, *Службени гласник РС*, бр. 124/2012.

- Закон о јавним предузећима, *Службени гласник РС*, бр. 119/2012, 116/2013 - аутентично тумачење и 44/2014 - др. закон.
- Закон о јавној својини, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 88/2013 и 105/2014.
- Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011.
- Закон о комуналним делатностима, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011.
- Закон о контроли државне помоћи, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009.
- Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља.
- Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.
- Закон о приватизацији, *Службени гласник РС*, бр. 83/2014.
- Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015.
- Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 - испр.; *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96; и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 - др. закон.
- Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 - др. закон, 71/2012 - одлука УС и 83/2014.
- Закон о страним улагањима, *Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002 и 5/2003; *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља; и *Службени гласник РС*, бр. 107/2014 - др. закон).
- Међународни уговори:
 - Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Руске Федерације о сарадњи у изградњи гасовода на територији Савезне републике Југославије, *Службени лист СРЈ*, бр. 4/1996.
 - Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Руске Федерације о сарадњи у области нафтне и гасне привреде, *Службени гласник РС*, бр. 83/2008.
 - Закон о потврђивању Споразума о сарадњи између Владе Републике Србије и Владе Уједињених Арапских Емирата, *Службени гласник РС*, бр. 3/2013.

Уредбе:

- Уредба о правилима за доделу државне помоћи, *Службени гласник РС*, бр. 13/2010, 100/2011, 91/2012, 37/2013 и 97/2013.

Подзаконски акти:

- Методологија за анализу добијене вредности у односу на уложена средства (*Value-for-Money*) у јавно-приватном партнерству и концесијама, доступно на: www.demo.paragraf.rs

- Одлука о начину објављивања аката Комисије односно изостављању (анонимизацији) података у актима Комисије за заштиту конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 95/2013.
- Правилник о ближим условима и садржини захтева за издавање, измену и одузимање лиценце за обављање енергетских делатности и о начину вођења регистра издатих и одузетих лиценци, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 31/13.

Упоредни закони, подзаконски акти и други документи

- Бразилски Савезни закон о јавно-приватним партнерствима 11.079 из 2004. године (*Lei No 11.079, de 30 de dezembro de 2004*), D.O.U. DE 31/12/2004, p. 6.
- Дански Закон о јавним грађевинским радовима (*Lov om offentlig byggevirksomhed. udbudsdirektivet*).
- Литвански Закон о улагањима (*Law on investments No VIII-1312/99, No XI-299/2009, No VIII-1312/2014*).
- Португалски Законик о јавним уговорима (*Código dos Contratos Públicos*), DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.
- Словачки Закон о јавним набавкама (*Act. No. 25/2006 Coll. Public Procurement Act*).
- Словеначки Закон о јавно-приватном партнерству (*Zakon o javno-zasebnem partnerstvu – ZJZP*), *Uradni list RS*, št. 127/06.
- Турски Закон о уступању производње, испоруке, дистрибуције и продаје електричне енергије бр. 3096 из 1984. године (*Law 3096 on the Assignment of Institutions other than Turkish Electricity Administration for Electricity Production, Transmission, Distribution and Trade*).
- Француски Закон о уговорима о партнерству бр. 2004-559 (*Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat*), JORF (Journal Officiel de la République Française) n°141 du 19 juin 2004 page 10994.
- Хрватски Закон о јавно-приватном партнерству (*Zakon o javno-privatnom partnerstvu*), *Narodne Novine*, бр. 78/12 и 152/2014.
- Шпански Декрет 817/2009 о уговорима из јавног сектора (*Real Decreto 817/2009*), BOE núm. 118, de 15 de mayo de 2009, páginas 41253 a 41360 (108 págs.).
- Шпански Закон бр. 30/2007 о уговорима из јавног сектора (*Ley 30/2007 de Contratos de Sector Público*), BOE núm. 261 de 31 de octubre de 2007.

Право ЕУ – извори и остали документи

- Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 16.1.2001
- Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), Official Journal of the European Union No L 24 of 29.01.2004.

- Council Regulation (EC) No 1791/2006 of 20 November 2006 adapting certain Regulations and Decisions in the fields of free movement of goods, freedom of movement of persons, company law, competition policy, agriculture (including veterinary and phytosanitary legislation), transport policy, taxation, statistics, energy, environment, cooperation in the fields of justice and home affairs, customs union, external relations, common foreign and security policy and institutions, by reason of the accession of Bulgaria and Romania, OJ L 363, 20.12.2006.
- Council Regulation (EC) No 1103/2008 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 adapting a number of instruments subject to the procedure laid down in Article 251 of the Treaty to Council Decision 1999/468/EC, with regard to the regulatory procedure with scrutiny — Adaptation to the regulatory procedure with scrutiny — Part Three, OJ L 304, 14.11.2008.
- *A Guidebook on Public-Private Partnership in Infrastructure*, United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, January 2011.
- *Closing America's Infrastructure Gap: the Role of Public-Private Partnerships*, A Deloitte Research Study, 2007, Deloitte Development LLC.
- *Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law* (2000/C 121/02), Official Journal of the European Communities 29.4.2000.
- *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, A Quality Framework for Services of General Interest in Europe, COM(2011) 900 final Brussels, 20.12.2011.
- Competition: Antitrust procedures in anticompetitive agreements (Article 101 TFEU cases), European Union, July 2013.
- Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C 115, Volume 51, 09.05.2008.
- Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.I.1981.
- EU Competition Law Rules Applicable to Merger Clearance Control, situation as at 1 April 2010, Competition Handbook, European Commission Competition, Brussels, 2010.
- *Global Forum on Competition – Concessions*, OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, 20/04/2007.
- *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*, Commission of the European Communities, Brussels, 30.04.2004, COM(2004) 327 final.
- *EU Commission Guidelines for Successful Private-Public Partnerships*, Commission of the European Communities, Brussels, March 2003.
- IFC Public-Private Partnerships Seminar: Ports, Cairo, April 2010, „Balancing Government & Investors Interests, Legal Issues in Port Concessions“, Allen & Overy.
- International Construction Agreements, Report of the Subcommittee on FIDIC conditions of Committee T with its Recommendations for the review of Fidic-Fiec Civil, International Business Lawyer, 1983, Vol 11 (vi), 211.

- *Implementing the Community Lisbon programme: Social services of general interest in the European Union* (COM(2006) 177 final of 26 April 2006).
- „I possibili schemi di Partenariato Pubblico Privato“, Osservatorio collegamento ferroviario Torino-Lione, Quaderno 5, Valutazione dei progetti Esternalità e ricadute territoriali, costi e benefici, finanza di progetto, Valutazioni Economiche.
- *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with private sector*, HM Treasury, March 2010.
- *Joint Ventures, Protections for minority shareholders in Asia Pacific*, A Norton Rose Fulbright Guide, 2012.
- *Lessons from PFI and other Projects*, National Audit Office, London, 2011.
- *Model Public/Private Partnerships Core Toll Concessions Contract Guide*, U.S. Department of Transportation, Federal Highway Administration, September 10 2014.
- *OECD Interim Report on the Role of Private Participation in Major Infrastructure Provision*, OECD, Paris, 2006
- *OECD Principles for Private Sector Participation in Infrastructure*, OECD, Paris, 2007.
- *OECD Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnership*, OECD, Paris, May 2012.
- *OECD Working Paper No. 2 on Competition and Regulation, Auction Procedures and Competition in Public Services: the Case of Urban Public Transport in France and London*. OECD, Paris, 13/02/2013.
- „Partenariato Pubblico Privato in Italia. Stato dell’arte , futuro e proposte“, Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica Unita Technica Finanza di Progetto, febbraio 2010.
- *Project Finance, Introductory Manual on Project Finance for Managers of PPP Projects*, Version I – National Treasury/PPP Manual, January 2001.
- *Proposal for a Directive on the Award of Concession Contracts, Position of CCIP*, Chambre de Commerce et d’Industrie de Paris, Paris, 2012.
- *Public Private Partnerships – In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, OECD, 2008.
- „*Public Private Partnerships*“, Prepared by the Fiscal Affairs Department (in consultation with other departments, the World Bank, and the Inter-American Development Bank), approved by Teresa Ter-Minassian, International Monetary Fund, March 12, 2004.
- *Public-private partnerships and concession act Serbia, Practitioners’s guide*, Schonherr, 28/03/2014.
- *Public-Private Partnership Handbook*, Asian Development Bank, Institutional document, September 2008.
- *Public-Private Partnerships Reference Guide*, Version 2.0, International bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Asian Development Bank and Inter-American Development Bank, 2014.
- *Standardization of PFI Contracts*, Version 4, HM Treasury, March 2007.
- *The EIB’s Role in Public-Private Partnership*, European Investment Bank, 15 July 2004.

- *The Joint Venture (JV) Handbook*, HIS Consulting, Strategic Advisory & Transaction Services.
- *Template Project Agreement User Guide*, National Development Finance Agency, Ireland, 2007.
- *The Non-Financial Benefits of PPPs, A Review of Concepts and Methodology*, European PPP Expertise Centre (EPEC), June 2011.
- *The Non-Financial Benefits of PPPs, A Review of Concepts and Methodology*, European Private Public Partnership Expertise Center (EPEC), June 2011.
- *United Nations Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, United Nations Commission for Europe, New York and Geneva, 2008.
- *Value-for-Money Analysis-Practices and Challenges: How Governments Choose When to Use PPP to Deliver Public Infrastructure and Services*, Report from World Bank Global Round-Table 28 May 2013, Washington DC, World Bank Institute (WBI) and Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), 2013.
- Водич за оснивање фирме, законски оквир, секторске дозволе, поступак, Привредна комора Србије, Београд, 2012 (PPIAF), 2013.

4. Интернет сајтови

- www.ppp.gov.rs.
- <http://hum.ttu.ee>
- <http://ec.europa.eu>
- <http://eur-lex.europa.eu>
- <http://www.unecce.org>
- <http://www.oecd.org>
- <http://ppp.worldbank.org>
- <http://www.imf.org>
- <http://www.ebrd.com>
- <http://www.eib.org>
- <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk>
- <https://halshs.archives-ouvertes.fr>
- <http://www.webssa.net>
- <http://www.ppiaf.org>
- <https://www.gs.gov.rs>
- <http://www.adb.org>
- <https://gpc.stanford.edu>
- <http://www.cqm.rs>
- <http://www.utfp.it>
- <http://worldbank.mrooms.net>
- <http://ppp.worldbank.org>
- <http://web.worldbank.org>
- <http://ptv.vic.gov.au>
- <http://www.srbija.gov.rs>
- <http://steunpuntbov.be>
- <http://ecms-ext.bond.edu.au>
- <http://www.wto.org>
- <http://www1.umn.edu>

- <http://jingpin.szu.edu.cn>
- <http://bear.warrington.ufl.edu>
- <http://www.reading.ac.uk>
- <http://www.irbnet.de>
- <http://prof.incheon.ac.kr>
- <http://www.civ.utoronto.ca>
- <http://www.insaat.anadolu.edu.tr>
- <http://www.academiceventplanner.com>
- <http://ippa.ws>
- <http://press.anu.edu.au>
- <http://www.nortonrosefulbright.com>
- <http://www.pks.rs>
- <http://heinonline.org.proxy.kobson.nb.rs>
- <http://www.ahbl.ca>
- <http://w2w.emerging-energy.com>
- <http://www.realoptions.org>
- <http://www.tfzr.uns.ac.rs>
- <http://papers.ssrn.com>
- <http://www.arcom.ac.uk>
- <http://www.icafrica.org>
- <http://services.iadb.org>
- <http://www.ndfa.ie>
- <http://books.google.rs>
- <http://repository.lib.polyu.edu.hk>
- <https://fenix.tecnico.ulisboa.pt>
- <http://mpr.aub.uni-muenchen.de>
- <http://fidic.org/>
- www.exim.gov
- <http://www.gcsolutions.ir>
- <http://v-scheiner.brunel.ac.uk>
- <http://www.michaelbradydesign.com>
- <http://conventions.coe.int>
- <http://www.lma.eu.com>
- <http://www.adb.org>
- <http://www.ifc.org>
- <http://miga.org>
- <http://www.coface.com>
- <http://www.eulerhermes.com>
- <http://www.sace.it>
- <http://www.jbic.go.jp>
- <http://www.ecgd.gov.uk>

ПРИЛОЗИ

Прилог бр. 1

ДОМАЋЕ СТУДИЈЕ СЛУЧАЈА

Анализа уговора јавног и приватног субјекта садржана у овом документу, рађена је, осим ослањања на бројне изворе права, публикације и чланке, и на основу разматрања, а понегде и конструктивне критике, домаћих студија случаја, који представљају приказе најзначајних елемената трансакција на којима је аутор непосредно учествовао, од којих су поједине успешно окончане, неке нису ни започете услед неуспеха пројекта и прекида преговора, а поједине су још увек у различитим фазама реализације.

Будући да поред теоријског доприноса, овај рад, по мишљењу аутора, треба да има и практични домашај, и у том смислу, треба да пружи потребна разумевања одређених проблема који су у домаћој пракси били камен спотицања у реализацији ових пројеката, овакав приступ аутор сматра за оправдан, умесан и неопходан, будући да пројекти засновани на уговорима који су предмет ове анализе представљају будућност реализације сложених, техничко-технолошки захтевних и скупих пројеката у различитим областима у којима општи интерес намеће потребу за њиховим ургентним покретањем и реализацијом.

Уважавајући основне постулате професионалног односа према својим клијентима, посебно обавезу чувања поверљивих података, аутор је у приказ студија случаја укључио само оне елементе који су познати широј јавности, користећи се подацима који су јавно доступни, не укључујући комерцијалне, техничке нити финансијске податке, као ни какве друге специфичне особености конкретних пројеката. Будући да се пројекти налазе у различитој фази реализације, аутор је применио јединствен приступ у приказивању пројеката, не користећи нигде одређења уговорних страна, али је, где год је то било могуће, имајући у виду критеријум јавне доступности информација о пројектима, указао на правни основ сарадње, који ће у зависности од случаја до случаја, упорне и марљиве читаоце навести на посредне или непосредне закључке о томе о којим се пројектима конкретно ради. Пројекти су означени као домаће студије случаја, од којих свака носи одређени редни број, који нема никакав посебан значај, и ствар је случајног редоследа за који се аутор одлучио, како следи:

1) Студија случаја 1

Предметни случај представља пројекат који се остварује на основу међународног уговора између Владе Руске Федерације и Владе Републике Србије, који је ратификовала Народна скупштина Републике Србије у септембру месецу 2008. године.⁹¹⁰

⁹¹⁰ Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Руске Федерације о сарадњи у области нафтне и гасне привреде, *Службени гласник РС*, бр. 83/2008.

Учесници у пројекту су привредно друштво, које је одредила руска страна (које је у већинском приватном власништву) и јавно предузеће које обавља делатност у области енергетике (конкретно гаса), у свему у складу са поменутиим ратификованим међународним уговором.

Предмет уговора и сарадње јавног и приватног субјекта представља изградња и реконструкција подземног складишта гаса, у циљу обезбеђивања енергетске стабилности Републике Србије и обезбеђивања потребе за резервама природног гаса, као енергента који у зимским месецима може да постане дефицитаран, а нужно је неопходан за задовољење потреба ширег круга корисника – грађана Републике Србије који у домаћинствима као енергент користе природни гас, али и привреде Републике Србије која користи гас као енергент који у значајној мери надомешта употребу струје, посебно у зимским месецима кад нема довољно струје.

Делатност складиштења природног гаса одређена је као делатност од општег интереса Законом о енергетици.⁹¹¹

Пројекат је укључивао оснивање заједничког привредног друштва (енг. *joint venture*) у које су чланови друштва унели одговарајуће улоге – јавни субјект претежно неновчани улог и мањи улог у новцу, а приватни субјект новчани улог. Заједничко привредно друштво је основано након спровођења поступка добијања одобрења Комисије за заштиту конкуренције и уредно је регистровано у регистру привредних субјеката Агенције за привредне регистре Републике Србије.

По својој природи, овај случај представља случај *институционалног односа* јавног и приватног субјекта, који се остварује према *комбинованом моделу заједничког привредног друштва и моделу DBFOM*.

Пројекат се сматра пројектом од националног и стратешког интереса за Републику Србију.

Управљање заједничким привредним друштвом је професионално, засновано на односу јавног и приватног субјекта који је пропорционалан њиховом учешћу у капиталу друштва (јавни субјект 49% : приватни субјект 51%), уз одређене механизме контроле у корист јавног субјекта, који се изводе из природе овог пројекта као пројекта од националног и стратешког интереса.

Финансирање пројекта је највећим делом било реализовано кроз улагање у капитал, уз обезбеђивање средстава и на други начин.

Пројекат је укључивао две фазе: (а) фазу изградње складишта природног гаса (окончану крајем 2011. године), и (б) фазу повећања капацитета складишта гаса (окончану крајем 2014. године).

⁹¹¹ Закон о енергетици – ЗЕ, *Службени гласник РС*, бр. 145/2014, чијим ступањем на снагу је престао да важи ранији Закон о енергетици, *Службени гласник РС*, бр. 57/11, 80/11 – исправка, 93/12 и 124/12, за време чијег важења је реализован најзначајнији део пројекта и који је на исти начин уређивао делатности од општег интереса.

Пројекат се одређује као дугорочни пројекат будући да се реализује у периоду од 25 година, до пуне исплативости пројекта за уговорне стране, уз могућност продужења. Заједничко привредно друштво се након отпочињања оперативне фазе пројекта финансира из средстава које приходује из обављања делатности за коју је регистровано, у свему у складу са ратификованим међународним уговором.

2) Студија случаја 2

Предметни случај представља пројекат који се остварује на основу међународног уговора између Владе Руске Федерације и Владе Републике Србије, који је ратификовала Народна скупштина Републике Србије у септембру месецу 2008. године.⁹¹²

Учесници у пројекту су привредно друштво које је одредила руска страна (које је у мешовитом власништву) и јавно предузеће које обавља делатност у области енергетике (конкретно гаса), у свему у складу са поменутиим ратификованим међународним уговором.

Предмет уговора и сарадње јавног и приватног субјекта представља изградња гасовода на територији Републике Србије, који представља део транснационалног гасовода „Јужни ток“. Пројекат „Јужни ток“ је покренут у циљу остваривања енергетске стабилности Републике Србије и обезбеђивања редовног снабдевања гаса, уз значајно ниже цене по којима ће гас куповати Република Србија од стране руског партнера, као и обезбеђивања прихода Републике Србије кроз транзитну таксу.

Делатност транспорта природног гаса одређена је као делатност од општег интереса Законом о енергетици⁹¹³ и Законом о јавним предузећима.⁹¹⁴

Пројекат је укључивао двосратну структуру – оснивање заједничког привредног друштва (енг. *joint venture*) у Швајцарској, у које су чланови друштва унели одговарајуће новчане улоге, а потом и оснивање једночланог друштва у Републици Србији. Оснивање једночланог друштва у Републици Србији извршено је након спровођења поступка добијања одобрења Комисије за заштиту конкуренције и друштво је регистровано у регистру привредних субјеката Агенције за привредне регистре Републике Србије.

По својој природи, овај случај представља случај *институционалног односа* јавног и приватног субјекта који се реализује према *моделу DBFO*.

Пројекат се сматра и пројектом од националног и стратешког интереса за Републику Србију, ради чијег спровођења је Република Србија унапредила постојећи законски оквир доношењем посебног закона (*lex specialis*) који има за циљ да обезбеди благовремено извршење обавеза преузетих међународним уговором, пре свега у вези са изградњом гасовода.

⁹¹² Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Руске Федерације о сарадњи у области нафтне и гасне привреде.

⁹¹³ ЗЕ.

⁹¹⁴ ЗПП.

Управљање заједничким привредним друштвом је професионално, засновано на односу јавног и приватног учесника у пројекту, који је пропорционалан њиховом учешћу у капиталу друштва (јавни субјект 49% : приватни субјект 51% у швајцарском привредном друштву), уз одређене механизме контроле у корист јавног субјекта, који се изводе из природе овог пројекта као пројекта од националног и стратешког интереса (које се рефлектује и на начин одлучивања скупштине домаћег привредног друштва тако да се све важне инвестиционе и финансијске одлуке могу донети само уз позитиван глас представника јавног субјекта).

Финансирање пројекта је, због изузетне вредности пројекта и инвестиције, замишљено као финансирање које би се највећим делом реализовало кроз екстерно – пројектно финансирање, а мањим делом кроз улагање у капитал.

Пројекат укључује две фазе: (а) фазу изградње гасовода, и (б) оперативну фазу – обављање делатности транспорта природног гаса.

Пројекат се одређује као дугорочни пројекат будући да се реализује у периоду од 25 година, до пуне исплативости пројекта за уговорне стране, уз могућност продужења. Заједничко привредно друштво се након отпочињања оперативне фазе пројекта финансира из средстава које приходује из обављања делатности за коју је регистровано, у свему у складу са ратификованим међународним уговором.

Предметни пројекат због своје сложености и деликатности носи са собом бројне ризике, од којих су неки повезани са ризицима земаља у којима се пројекат реализује, уобичајеним ризицима изградње, као и ризицима доступности, али је предметни пројекат повезан и са другим, значајно комплекснијим ризицима који имају обележја политичких, геостратешких и других сложених ризика, који су се, коначно, одразили на судбину конкретног пројекта.

3) Студија случаја 3

Предметни случај представља неуспешни пројекат који је започет 2007. године на основу поступка уређеног тада важећим Законом о концесијама.⁹¹⁵

Учесници у пројекту су били ресорно министарство које је уговор закључило у име Владе Републике Србије, репрезентујући интересе Републике Србије, и конзорцијум страних приватних учесника у пројекту, у свему у складу са јавним поступком одабира најбољег понуђача.

Предмет уговора и сарадње јавног и приватног субјекта представљала је концесија за изградњу, коришћење и одржавање правца ауто-пута у северном делу Србије, у свему у

⁹¹⁵ ЗК.

складу са тада важећим Законом о концесијама, који је уређивао које се све делатности од општег интереса могу сматрати предметом концесије.

Пројекат је укључивао обавезу концесионара да оснује пројектно друштво, тј. концесионо предузеће, које је било регистровано у регистру привредних субјеката Агенције за привредне регистре Републике Србије.

По својој природи, овај случај представља случај *уговорног односа* јавног и приватног учесника у пројекту који се реализује према *моделу DBFOM*.

Финансирање пројекта је, због изузетне вредности пројекта и инвестиције, замишљено као финансирање које би се реализовало највећим делом кроз екстерно – пројектно финансирање (најмање 70% до 80%), а мањим делом кроз улагање у капитал (20% до 30%).

Пројекат је подразумевао две фазе: (а) фазу изградње новог дела, односно реконструкције већ постојећег дела ауто-пута, и (б) оперативну фазу – управљање и одржавање ауто-пута.

Пројекат се може одредити као дугорочни пројекат будући да је требало да буде реализован у периоду од 25 година.

Концесионо предузеће је било уговором обавезано да плаћа концесиону накнаду концеденту, а приходе из којих је требало да сервисира своје оперативне трошкове, као и измирење обавеза према финансијским институцијама према којима је требало да се задужи, требало је да остварује наплатом путарина од стране крајњих корисника услуга – возила која се крећу ауто-путем, у свему у складу са тарифама.

Оснивачи концесионог предузећа су након његовог оснивања започели са поступком експропријације уз одређена кашњења за која је концедент имао разумевања. Предметни пројекат је запао у кризу приликом оцене његове финансијске исплативости, односно банкабилности (енг. *project bankability*), када су финансијери, на основу својих независних студија и анализа, оценили да пројекат није исплатив, будући да тада актуелне и прогнозиране студије саобраћаја не указују на фреквентност саобраћаја и потражњу која ће омогућити редовно сервисирање обавеза по основу кредитног задужења, за чим су захтевале одређене измене већ закљученог концесионог уговора. Захтеви у погледу измена уговора били су велики, укључујући и промену одређених битних елемената уговора, као и његово трајање. Након неколико месеци преговора о изменама концесионог уговора, дошло је до раскида уговора, за чим је уследило покретање поступка који је уговор стипулисао и истицање захтева за накнаду штете.

4) Студија случаја 4

Предметни случај представља успешно реализован и реализујући пројекат⁹¹⁶ који је започео да се примењује почев од 2008. године наовамо, на основу јавних тендера у складу са Законом о јавним набавкама.⁹¹⁷

Предметни случај обухвата неколико сродних пројеката који су овде обједињени у јединствену анализу будући да укључује сродне пројекте код којих се на страни јавног субјекта појављује исти субјект – Републички завод за здравствено осигурање, који поступа у складу са Законом о здравственом осигурању,⁹¹⁸ док се на страни приватног субјекта појављују конзорцијуми приватних субјеката, у зависности од критеријума који се односе на предмет конкретне набавке.

Предмет уговора и сарадње јавног и приватног субјекта представља пружање здравствених услуга које су обухваћене обавезним здравственим осигурањем, које би требало да пружа јавни субјект, односно државне здравствене установе које пружају здравствене услуге, обављајући делатност од општег интереса, а које не поседују довољне капацитете за пружање ових услуга, што, имајући у виду озбиљност здравствених проблема пацијената којима су ове услуге неопходне, доводи у ризик њихове животе те се здравствене услуге морају пружити кроз сарадњу са приватним субјектом. Другу врсту здравствених услуга које су обухваћене овом студијом случаја представљају здравствене услуге чије пружање је предвиђено националном стратегијом за повећање природног прираштаја, у односу на коју, државне институције немају услове да је реализују. На страни приватног субјекта уговор спроводи конзорцијум приватних учесника који у својим објектима које већ имају, својим средствима за рад и ангажовањем свог особља пружају услуге од општег интереса корисницима тих услуга, које на њих упуту јавни субјект, а јавни субјект им за пружање услуге плаћа уговором утврђену накнаду.

По својој природи, овај случај представља случај *уговорног односа* јавног и приватног субјекта, који се реализује према *моделу пружања услуга*.

Иако се у конкретном случају ради о пројектима који најчешће трају годину дана, околност да се сваке године закључује нови уговор између истих субјеката, по јавно спроведеном поступку тендера, са истим елементима и готово пресликаним условима, иако је формално-правно гледано реч о краткорочним уговорима, суштински је то дугорочни уговорни однос јавног и приватног субјекта према моделу пружања услуга.

⁹¹⁶ Аутор намерно користи формулацију „реализован и реализујући пројекат“ будући да се у конкретном случају ради о годишњим набавкама услуга које се континуирано понављају сваке године на основу једногодишњих уговора, с тим да је предмет набавке увек исти (број, односно количина услуга може се разликовати према пројектованим годишњим потребама), али се сваке године примењује поновљени поступак јавних набавки.

⁹¹⁷ ЗЈН.

⁹¹⁸ Закон о здравственом осигурању – ЗЗО, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 109/2005 – исправка, 30/2010 – др. закон, 57/2011, 110/2012 – УС, 119/2012, 99/2014 и 123/2014.

5) Студија случаја 5

Предметни случај представља пројекат који се остварује на основу уговора закљученог између јавног и приватног субјекта у оквиру јавно спроведеног поступка одабира приватног субјекта.

Учесници у пројекту су јавно предузеће и приватни субјект. Јавно предузеће је спровело поступак изградње објекта на коме се обавља делатност, односно пружају услуге које су предмет конкретног уговора, за чим је основало своје зависно друштво капитала са којим је закључило уговор о закупу изграђеног објекта. Приватни субјект је страно правно лице са којим је јавно предузеће закључило уговор о управљању, у циљу унапређења начина обављања делатности, обезбеђивања професионалне управе и повећања атрактивности одређене регије, све ово у циљу унапређења развоја области у којој се пројекат реализује.

Предметни пројекат представља гранични случај обављања делатности од општег интереса, будући да делатност коју обавља зависно друштво које је основало јавно предузеће не представља делатност од општег интереса у смислу закона који је експлицитно уређују, али комерцијални, економски и финансијски ефекти предметног пројекта имају шири опсег и њима се посредно обезбеђује остваривање општег интереса у области у којој се пројекат реализује.

По својој природи, овај случај представља случај *уговорног односа* јавног и приватног субјекта који се остварује према *комбинованом моделу закупа и моделу управљања*. Приватни субјект као оператер има прописане дужности у складу са уговором и добрим пословним обичајима, а његов основни задатак је обезбеђивање дугорочне профитабилности објекта који је у власништву јавног предузећа, тј. дат је у закуп његовом зависном друштву, за шта му јавни субјект исплаћује уговорену накнаду, и то основну накнаду и стимулативну годишњу накнаду у складу са условима из уговора.

Пројекат се одређује као дугорочни пројекат будући да се реализује у периоду од 15 година.

6) Студија случаја 6

Предметни случај представља пројекат који се остварује на основу уговора о поверавању обављања делатности закљученог између јавног и приватног субјекта на основу Закона о комуналним делатностима,⁹¹⁹ чија је реализација започела 2007. године.

Учесници у пројекту су јединице локалне самоуправе и приватни субјект –страно правно лице, са којим су јединице локалне самоуправе закључиле уговор о поверавању комуналних делатности, а уговор уређује сакупљање, превоз и одлагање отпада на

⁹¹⁹ Реализација пројекта започела је у складу са тада важећим ЗКД.

регионалну депонију за чврст комунални отпад, селекцију и пласман секундарних сировина, изградњу регионалне депоније и центра за селекцију и управљање регионалном депонијом и центром за селекцију.

По својој природи, овај случај представља случај *уговорног односа* јавног и приватног субјекта који се остварује према *комбинованом моделу закупа и моделу BOT*.

Приватни субјект је закључењем уговора преузео обавезу да у Републици Србији оснује привредно друштво које ће учествовати у пројекту, а које је холдинг друштво које учествује у управљању и финансирању два друштва капитала чији је већински оснивач и члан, која реализују пројекат са две локалне самоуправе (у једном привредном друштву је холдинг друштво власник 80% удела, док је у другом привредном друштву холдинг друштво власник 51% удела, док су у оба привредна друштва други чланови јединице локалне самоуправе са 20% односно са 49% учешћа у капиталу).

Пројектним друштвима припада накнада за обављање поверених им комуналних делатности, а јединице локалне самоуправе су дале и одговарајуће гаранције у погледу минималне количине отпада и установиле механизам промене цене у случају непостизања очекиване потражње.

Пројекат се одређује као дугорочни пројекат будући да се реализује у периоду од 25 година.

7) Студија случаја 7

Предметни случај представља пројекат који се остварује на основу уговора о поверавању обављања делатности закљученог између јавног и приватног субјекта на основу Закона о комуналним делатностима, чија је реализација започела 2006. године.

Учесници у пројекту су Град Београд – Дирекција за јавни превоз и приватни субјект. Приватни субјект је домаће правно лице са којим је закључен уговор о поверавању обављања превоза путника у јавном градском превозу.

По својој природи, овај случај представља случај *уговорног односа* јавног и приватног субјекта који се остварује према *комбинованом моделу пружања услуга и моделу поверавања обављања делатности*.

Приватни субјект је закључењем уговора преузео обавезу да на територији града Београда пружа услуге линијског превоза на седам линија, са одређеним бројем возила, уз поштовање реда вожње и других услова које је уговор предвидео, а све у циљу обезбеђивања бољег квалитета услуге линијског превоза и проширења инфраструктуре јавног превоза без инвестиционог трошка за Град Београд. Приватном субјекту припада накнада за обављање поверених му делатности, при чему цену услуге линијског превоза утврђује Град Београд који, с друге стране, сноси комерцијални ризик пројекта кроз гарантовани ниво прихода приватног учесника у пројекту.

Пројекат се одређује као дугорочни пројекат будући да се реализује у периоду од седам година.

8) Студија случаја 8

Предметни случај представља пројекат који се остварује на основу међународног уговора између Владе Руске Федерације и Владе Републике Србије, који је ратификовала Народна скупштина Републике Србије у септембру месецу 2008. године.⁹²⁰

Учесници у пројекту су привредно друштво, које је одредила руска страна (које је у мешовитом власништву) и Република Србија.

Предмет уговора и сарадње јавног и приватног субјекта представља продаја 51% акција у привредном друштву, које се бави производњом и прерадом нафте у Републици Србији, као и будућа стратешка сарадња јавног и приватног субјекта.

По својој природи, овај случај представља случај *уговорног, али и институционалног односа* јавног и приватног субјекта који се остварује према *комбинованом моделу приватизације и моделу заједничког привредног друштва*.

Уговор је закључен крајем 2008. године, за чим је уследило извршење инвестиционих обавеза и спровођење социјалног програма. Република Србија је мањински акционар заједничког привредног друштва и остварује своја права у складу са законом и општим актима друштва.

⁹²⁰ Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Руске Федерације о сарадњи у области нафтне и гасне привреде.

ПРИЛОГ БР. 2

МОДЕЛИ САРАДЊЕ ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ СУБЈЕКТА

Приказ основних елемената уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта према моделима сарадње дат је у доњем табеларном приказу.

Табела бр. 1: Основни елементи уговора базираног на моделу пружања услуга⁹²¹

Ред. бр.	Критеријум	Особеност уговора базираног на моделу пружања услуга
1.	Врста односа јавног и приватног субјекта	Уговор јавног и приватног субјекта према моделу пружања услуга увек се одређује као уговорни однос јавног и приватног субјекта.
2.	Обавеза јавног и приватног субјекта	<ul style="list-style-type: none"> • Јавни субјект је одговоран за пружање услуга од општег интереса као и за обезбеђивање инфраструктуре за обављање делатности, односно пружање услуга (на јавном субјекту најчешће остаје преовлађујући део услуга из његовог изворног портфеља). • Приватни субјект је одговоран за пружање дела услуга које му је делегирао јавни субјект уз обавезу обезбеђивања уговореног квалитета који је одредио јавни субјект.
3.	Власништво	<ul style="list-style-type: none"> • Власништво над добром у општој употреби/ објектом/постројењем/системом све време трајања уговора искључиво припада јавном субјекту. • Пружање услуга од стране приватног субјекта у појединим случајевима, и изузетно, подразумева коришћење инфраструктуре, опреме и средстава приватног субјекта, који у таквим случајевима користи сопствена средства.
4.	Посебан законски оквир који уређује уговор	Не. Однос јавног и приватног субјекта заснива се на именованим уговорима које предвиђају прописи који уређују облигационе односе.
5.	Трајање уговора	У пракси се уговори по моделу пружања услуга најчешће закључују на период од једне до три године. Након истека иницијално закљученог уговора, најчешће се приступа поновном закључењу ових уговора.
6.	На коме лежи дужност финансирања	Јавни субјект.
7.	На коме лежи дужност управљања и одржавања	Јавни субјект.
8.	На коме лежи дужност капиталних улагања	Јавни субјект.

⁹²¹ Модел приказивања основних елемената уговора базично преузет из публикације *Public-Private Partnership Handbook*, Asian Development Bank, Institutional document, September 2008, 28, доступан на: <http://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/31484/public-private-partnership.pdf>, дорађен и проширен од стране аутора. Вид. и: П. Цветковић, С. Средојевић, 22-23, такође дорађен и проширен од стране аутора. Исти принцип је примењен и код даљег приказа модела уговора јавног и приватног учесника у пројекту.

9.	На коме лежи комерцијални ризик исплативости или неисплативости пројекта	Јавни субјект. Међутим, имајући у виду околност да цену услуге одређује јавни субјект, приватни субјект је изложен ризику исплативости пројекта.
10.	Техника закључења уговора	Из неколико корака: (а) јавни поступак – тендер, (б) преговори о уговору – најчешће само у делу који се односи на цену, мада се у пракси срећу и уговори по приступу, (в) закључење уговора.
11.	Оснивање посебног субјекта	Није применљиво. Пружање услуга по овом моделу пружа непосредно приватни субјект.
12.	Степен изложености наступања ризика	<ul style="list-style-type: none"> • Висок за јавног субјекта. • Веома низак за приватног субјекта, осим у делу који се односи на исплативост пројекта, где приватни субјект може да буде изложен значајном ризику рентабилности пројекта.
13.	Врста и извор накнаде и ко је плаћа	<ul style="list-style-type: none"> • Јавни субјект приходује непосредно од корисника услуга од општег интереса. • Приватни субјект приходује од накнаде коју му, у складу са уговором, исплаћује јавни субјект.
14.	Друга накнада и ко је плаћа	Није применљиво.
15.	Ексклузивност током трајања уговора	Не.
16.	Конкуренција	Да, веома изражена, посебно у вези са дужином трајања уговора и могућношћу занављања уговора. Уговори који се закључују по овом моделу су увек предмет израженог компетитивног процеса у циљу постизања оптималне цене која одговара тржишним условима.
17.	Осигурање	Може да буде обавеза на страни јавног субјекта. Приватни субјект нема ову обавезу, осим у пројектима у којима се услуга пружа у објекту, постројењу, односно систему који је у власништву приватног субјекта.
18.	Средства обезбеђења	Најчешће не. У зависности од природе услуге, јавни субјект за поједине услуге може да захтева од приватног субјекта гаранције за добро извршење посла, корпоративне гаранције или менице.
19.	Предности	Обезбеђивање бољег квалитета у пружању услуга, подстицај за даљи развој јавних субјеката, повећање оперативности, утицај на развој локалне заједнице.
20.	Недостаци	У случају комплекснијих уговора могу наступити проблеми у њиховом извршавању, најчешће узроковани управљањем у поступку пружања више услуга, односно контроли пружања услуга. Такође, ови уговори захтевају максималну транспарентност у поступању, фер тржишну утакмицу и ефикасну примену права, што, најчешће, не одговара увек у пракси локалним приликама.

Табела бр. 2: Основни елементи уговора заснованог на моделу управљања

Ред. бр.	Критеријум	Особеност уговора заснованог на моделу управљања
1.	Врста односа јавног и приватног субјекта	Уговор јавног и приватног субјекта према моделу управљања увек се одређује као уговорни однос јавног и приватног субјекта.
2.	Обавезе јавног и приватног субјекта	<ul style="list-style-type: none"> • Јавни субјект је одговоран за обезбеђивање финансирања за унапређење техничких и оперативних перформанси објекта, постројења, односно система. • Приватни субјект је одговоран за управљање и руковођење објектом, постројењем, односно системом.
3.	Власништво	Власништво над објектом/постројењем/системом све време трајања уговора искључиво припада јавном субјекту.
4.	Посебан законски оквир који уређује уговор	Не. Однос јавног и приватног субјекта заснива се на именованим уговорима које предвиђају прописи који уређују облигационе односе.
5.	Трајање уговора	У пракси се уговори по моделу управљања најчешће закључују на период између једне и пет година. Период од две године је најчешће први озбиљан тест за успех и исплативост пројекта који почива на оваквом моделу сарадње јавног и приватног субјекта.
6.	На коме лежи дужност финансирања	Јавни субјект.
7.	На коме лежи дужност управљања и одржавања	Приватни субјект.
8.	На коме лежи дужност капиталних улагања	Јавни субјект.
9.	На коме лежи комерцијални ризик исплативости односно неисплативости пројекта	Јавни субјект.
10.	Техника закључења уговора	Из неколико корака: (а) јавни поступак – тендер, (б) преговори о уговору, (в) закључење уговора.
11.	Оснивање посебног субјекта	Није применљиво. Управљање по овом моделу пружа непосредно приватни субјект.
12.	Степен изложености наступања ризика	<ul style="list-style-type: none"> • Средњи за јавног субјекта; • Релативно низак за приватног субјекта.
13.	Врста и извор накнаде и ко је плаћа	<ul style="list-style-type: none"> • Јавни субјект приходује непосредно од корисника услуга кроз цену за обављање делатности, односно за пружање услуга, која се може одредити било кроз тарифни систем, било на конкурентној основи. • Приватни субјект приходује од накнаде коју му, у складу са уговором, исплаћује јавни субјект..
14.	Друга накнада и ко је плаћа	Могуће је да приватни субјект договори са јавним субјектом и плаћање одређеног процента, под условом достизања одређеног жељеног финансијског прага, који одражава успешност приватног субјекта у управљању. Уговорени проценат тада означава одређену врсту бонуса за успешно управљање.

15.	Ексклузивност током трајања уговора	Најчешће да, међутим, могуће су и опције у којима јавни субјект ангажује више приватних субјеката за овакву врсту услуге.
16.	Конкуренција	Да, најчешће у иницијалној фази. Међутим, околност да се ови уговори најчешће не закључују на период дужи од пет година овакве уговоре чини конкурентним будући да ће у случају успеха и исплативости пројекта, јавни субјект желети да закључи нови уговор под тржишним условима.
17.	Осигурање	Најчешће није применљиво за приватног субјекта. Оваква обавеза најчешће терети јавног субјекта.
18.	Средства обезбеђења	Најчешће не, а ако се уговарају, најчешће се захтевају корпоративне гаранције и/или менице.
19.	Предности	Обезбеђивање бољег квалитета у пружању услуга, повећање оперативности, оптимизација пројекта, комерцијализација пројекта, постизање боље наплативости, остваривање ангажовања максималног капацитета објекта, постројења, односно система.
20.	Недостаци	Опасност условљавања приватног субјекта од стране јавног субјекта. Такође, у случају уговора закљученог са више приватних субјеката могућ је конфликт стратегија у управљању.

Табела бр. 3: Основни елементи уговора заснованог на моделу закупа

Ред. бр.	Критеријум	Особеност уговора базираног на моделу закупа
1.	Врста односа јавног и приватног субјекта	Уговор јавног и приватног субјекта према моделу закупа увек се одређује као уговорни однос јавног и приватног субјекта.
2.	Обавезе јавног и приватног субјекта	<ul style="list-style-type: none"> • Јавни субјект је одговоран за: извођење потребних радова на изградњи или реконструкцији објекта, постројења, односно система, обезбеђивање финансирања за овакве радове. • Приватни субјект је одговоран за: обезбеђивање финансирања управљања пројектом, управљање и одржавање објекта, постројења, односно система, пружање услуга од општег интереса.
3.	Власништво	Власништво над објектом/постројењем/системом све време трајања уговора искључиво припада јавном субјекту. Пружање услуга од стране приватног субјекта у појединим случајевима подразумева коришћење опреме, технологије, у ком случају се претпоставља да приватни субјект користи своја средства.
4.	Посебан законски оквир који уређује уговор	Не. Однос јавног и приватног субјекта заснива се на именованим уговорима које предвиђају прописи који уређују облигационе односе.
5.	Трајање уговора	У пракси се уговори по моделу поверавања обављања делатности од општег интереса најчешће закључују на период од осам до 15 година.
6.	На коме лежи дужност финансирања	Приватни субјект за текуће одржавање, управљање и пружање услуга од општег интереса. Јавни субјект за случај потребе за додатним капиталним инвестицијама.
7.	На коме лежи дужност управљања и одржавања	Приватни субјект.
8.	На коме лежи дужност капиталних улагања	Јавни субјект.

9.	На коме лежи комерцијални ризик исплативости, односно неисплативости пројекта	Ризик је подељен, али његов претежни део пада на терет приватног субјекта.
10.	Техника закључења уговора	Из неколико корака: (а) јавни поступак – тендер, (б) преговори о уговору, (в) закључење уговора.
11.	Оснивање посебног субјекта	Није применљиво.
12.	Степен изложености наступања ризика	<ul style="list-style-type: none"> • Низак за јавног субјекта. • Значајан за приватног субјекта.
13.	Врста и извор накнаде и ко је плаћа	<ul style="list-style-type: none"> • Приватни субјект приходује непосредно од корисника услуга од општег интереса. • Јавни субјект приходује од накнаде коју му у складу са уговором исплаћује приватни субјект.
14.	Друга накнада и ко је плаћа	Најчешће није применљиво.
15.	Ексклузивност током трајања уговора	Најчешће да.
16.	Конкуренција	Да, најчешће у иницијалној фази, али и у фази евентуалног каснијег поновног закључења уговора.
17.	Осигурање	Може да буде обавеза на страни јавног субјекта.
18.	Средства обезбеђења	Најчешће да. У зависности од природе услуге, јавни субјект за поједине услуге најчешће захтева од приватног субјекта корпоративне гаранције и/или менице.
19.	Предности	Обезбеђивање бољег квалитета у пружању услуга, повећање оперативности, оспособљавање стручног кадра за управљање пројектом.
20.	Недостаци	Потенцијални конфликт јавног и приватног субјекта у вези са различитим стратегијама у односу на потребна капитална инвестирања и управљање пројектом. Такође, постоји опасност да утврђена тарифа коју одређује јавни субјект не буде адекватна, односно довољна за сношење трошкова извршења обавеза приватног субјекта.

Табела бр. 4: Основни елементи концесионог уговора

Ред. бр.	Критеријум	Особеност уговора о концесији
1.	Врста односа јавног и приватног субјекта	Концесија се увек одређује као уговорни однос јавног и приватног субјекта. Околност оснивања пројектног друштва/концесионог предузећа не чини концесију институционалним обликом односа јавног и приватног субјекта.
2.	Обавезе јавног и приватног субјекта	Одговорност за пројектовање, обезбеђивање финансирања изградње/реконструкције објекта/постројења/система; изградња, одржавање и управљање је искључива обавеза приватног субјекта. Јавни субјект је најчешће одговоран за мањи део обавеза, претежно у вези са издавањем дозвола, лиценци, одобрења, сертификата и др. Такође, јавни субјект одређује стандарде.

3.	Власништво	<ul style="list-style-type: none"> • Власништво над добром у општој употреби/ објектом/постројењем/системом – све време припада јавном субјекту – концеденту. • Власништво над опремом, пројектном документацијом припада током реализације пројекта приватном субјекту – концесионару, односно пројектном друштву/концесионом предузећу, док након реализације пројекта сва ова имовина такође прелази у власништво јавног субјекта.
4.	Посебан законски оквир који уређује уговор	Да – у највећем броју законодавстава уговор о концесији је посебно регулисан уговор чији су битни елементи и поступак закључења уређени посебним законом.
5.	Трајање уговора	У пракси се уговори о концесији најчешће закључују на период од 25 до 30 година, у зависности од исплативости пројекта. Најкраће време трајања концесије је пет, а најдуже 50 година.
6.	На коме лежи дужност финансирања	Приватни субјект – концесионар, који је у обавези да обезбеди како капитална улагања у друштво посебне намене – концесионо предузеће, али и да обезбеди да друштво посебне намене/концесионо предузеће прибави пројектно финансирање.
7.	На коме лежи дужност управљања и одржавања	Приватни субјект – концесионар, односно лице које он ангажује. У пракси најчешће управљање и одржавање не обавља друштво посебне намене основано за потребе изградње објекта, постројења, односно система, већ одвојено правно лице чији је оснивач најчешће приватни субјект, који је и оснивач пројектног друштва/концесионог предузећа. Суштински, посредни носилац свих обавеза је приватни субјект, посредством посебних правних лица које оснива у сврху извршења уговорних обавеза из уговора са јавним субјектом.
8.	На коме лежи обавеза капиталних улагања	Приватни субјект – концесионар. Изузетно, уговор о концесији може предвидети могућност да и јавни субјект једним делом обезбеђује капитална улагања.
9.	На коме лежи комерцијални ризик исплативости, односно неисплативости пројекта	Приватни субјект – концесионар, односно друштво посебне намене/концесионо предузеће.
10.	Техника закључења уговора	Из неколико корака: (а) управни акт – концесиони акт, (б) јавни поступак – тендер, (в) преговори о уговору о концесији, (г) закључење уговора о концесији.
11.	Оснивање посебног субјекта	Да – концесионо предузеће/друштво посебне намене. Оснивање концесионог предузећа предвиђа се као посебна уговорна обавеза приватног учесника у пројекту.
12.	Степен изложености наступања ризика	Висок за приватног субјекта – концесионара. Не тако висок за јавног субјекта – на њему је углавном репутациони ризик за случај да пројекат не успе.
13.	Врста и извор накнаде и ко је плаћа	Најчешће од прихода од тарифа коју плаћају крајњи корисници услуга.
14.	Друга накнада и ко је плаћа	Концесиона накнада – може се плаћати – концедент концесионару или концесионар концеденту.
15.	Ексклузивност током трајања уговора	Да.
16.	Конкуренција	Да у иницијалној фази – прилогом одабира приватног субјекта. Уговори који се закључују на основу уговора о концесији могу, такође, да буду предмет конкуритивног процеса у циљу постизања оптималне цене, а могу се и директно преговарати.
17.	Осигурање	Да. Закључење уговора о осигурању је обавеза приватног субјекта, односно концесионог предузећа.

18.	Средства обезбеђења	Да: (а) према концеденту – гаранције за добро извршење посла, (б) према финансијерима – залога на уделу/акцијама у концесионом предузећу/друштву посебне намене, уговор о уступању прихода, посебни наменски рачун (<i>escrow account</i>), залога на опреми, уговорено право финансијера да преузму пројекат (<i>LDA</i>). Јавни субјект, такође, може давати одређења средства обезбеђења, најчешће у форми гаранција.
19.	Предности	Обезбеђивање бољег квалитета у пружању услуга, повећање оперативности, утицај на развој локалне средине, ангажовање значајне радне снаге, посебно у фази изградње, нарочито домаћих фирми.
20.	Недостаци	Несигурност у финансијску исплативост пројекта.

Табела бр. 5: Основни елементи *ВОТ* уговора

Ред. бр.	Критеријум	Особеност <i>ВОТ</i> уговора
1.	Врста односа јавног и приватног субјекта	Уговор јавног и приватног субјекта према <i>ВОТ</i> моделу увек се одређује као уговорни однос јавног и приватног субјекта.
2.	Обавезе јавног и приватног субјекта	Одговорност за обезбеђивање финансирања изградње објекта/постројења/система, изградња, одржавање и управљање је на приватном субјекту. Јавни субјект је најчешће одговоран за мањи део обавеза претежно у вези са издавањем дозвола, лиценци, одобрења, сертификата и др. Такође, јавни субјект поставља стандарде, даје инструкције и директиве.
3.	Власништво	Власништво над објектом/постројењем/системом може да припада јавном субјекту, а приватни субјект га користи током века трајања пројекта. Након истека века трајања пројекта, објект, постројење односно систем предаје се јавном субјекту. Објект, постројење односно систем може да буде и у власништву приватног субјекта, током века трајања пројекта, а приватни субјект га, након истека уговора, предаје без накнаде јавном субјекту. Третман власништва зависи од модела <i>ВОТ</i> уговора који се закључује.
4.	Посебан законски оквир који уређује уговор	Најчешће не – у највећем броју законодавстава <i>ВОТ</i> уговор није посебно регулисан уговор, али се у пракси често закључује у складу са прописима који уређују облигационе односе.
5.	Трајање уговора	Разликује се од пројекта до пројекта, најчешће између 5-10 година, а може да се закључује и на дужи временски период – до 25 година.
6.	На коме лежи дужност финансирања	Приватни субјект је у обавези да обезбеди како капитална улагања, тако и да прибави пројектно финансирање.
7.	На коме лежи дужност управљања и одржавања	Приватни субјект –односно лице које он ангажује.
8.	На коме лежи обавеза капиталних улагања	Приватни субјект.
9.	На коме лежи комерцијални ризик исплативости односно неисплативости пројекта	Приватни субјект.

10.	Техника закључења уговора	Из неколико корака: (а) јавни поступак – тендер, (б) преговори око <i>BOT</i> уговора, (в) закључење уговора о концесији
11.	Оснивање посебног субјекта	Да – за потребе реализације пројекта се у највећем броју пројеката који се реализују по <i>BOT</i> моделу оснива посебан субјекат.
12.	Степен изложености наступања ризика	Висок за приватног субјекта. Мали за јавног субјекта, осим код модела који укључују „take or pay“ клаузулу где је ризик потражње израженији.
13.	Врста и извор накнаде и ко је плаћа	Зависно од пројекта клијент друштва које се оснива за потребе реализације пројекта може да буде: <ul style="list-style-type: none"> • јавни субјект као једини клијент, или • крајњи корисници услуга у ком случају се приход остварује од накнада / тарифа коју плаћају крајњи корисници услуга.
14.	Друга накнада и ко је плаћа	Јавни субјект се може, у пројектима који се реализују по <i>BOT</i> систему а где плаћање услуга врше крајњи корисници услуга, обавезати на одређени минимални пакет услуга за који плаћа уговорену накнаду приватном субјекту.
14.	Ексклузивност током трајања уговора	Да.
15.	Конкуренција	Да у иницијалној фази – приликом одабира приватног субјекта. Уговори који се накнадно закључују се најчешће преговарају непосредно.
16.	Осигурање	Да. Закључење уговора о осигурању је обавеза приватног субјекта.
17.	Средства обезбеђења	Да: (а) према јавном субјекту– гаранције за добро извршење посла, (б) према финансијерима – залога на уделу/акцијама у друштву посебне намене, ако се оснива, залога на опреми, и др.
18.	Предности	Обезбеђивање бољег квалитета у пружању услуга, повећање оперативности, утицај на развој локалне средине, ангажовање значајне радне снаге посебно у фази изградње нарочито домаћих фирми.
19.	Недостаци	Несигурност у финансијску исплативост пројекта.

Табела бр. 6: Основни елементи уговора заснованог на моделу поверавања обављања делатности од општег интереса

Ред. бр.	Критеријум	Особеност уговора заснованог на моделу поверавања обављања делатности од општег интереса
1.	Врста односа јавног и приватног субјекта	Уговор јавног и приватног субјекта према моделу поверавања обављања делатности од општег интереса увек се одређује као уговорни однос јавног и приватног субјекта.
2.	Обавезе јавног и приватног субјекта	<ul style="list-style-type: none"> • Обавеза на страни јавног субјекта састоји се у обезбеђивању контроле над извршењем уговора – обавеза анализе извештаја који се подносе, повремене најављене или ненајављене посете, посебно у вези са провером стања имовине у јавној својини и начина њеног коришћења. • Обавеза на страни приватног субјекта састоји се у извођењу потребних радова на изградњи или реконструкцији објеката, постројења, односно система, обезбеђивању финансирања за овакве радове, управљању и одржавању, пружању услуга од општег интереса.

3.	Власништво	Власништво над добром у општој употреби/ објектом/постројењем/системом све време трајања уговора искључиво припада јавном субјекту. Пружање услуга од стране приватног субјекта у појединим случајевима подразумева коришћење опреме, технологије, у ком случају се претпоставља да приватни учесник у пројекту користи своја средства.
4.	Посебан законски оквир који уређује уговор	Да. Уговори о поверавању обављања делатности од општег интереса су именовани уговори регулисани посебним законом.
5.	Трајање уговора	У пракси се уговори по моделу поверавања обављања делатности од општег интереса најчешће закључују на период од 20 до 30 година.
6.	На коме лежи дужност финансирања	Приватни субјект.
7.	На коме лежи дужност управљања и одржавања	Приватни субјект.
8.	На коме лежи дужност капиталних улагања	Приватни субјект.
9.	На коме лежи комерцијални ризик исплативости односно неисплативости пројекта	Приватни субјект.
10.	Техника закључења уговора	Из неколико корака: (а) јавни поступак – тендер, (б) преговори око уговора, (в) закључење уговора.
11.	Оснивање посебног субјекта	Зависно од пројекта.
12.	Степен изложености наступања ризика	<ul style="list-style-type: none"> • Низак за јавног субјекта, осим репутационог. • Значајан за приватног субјекта.
13.	Врста и извор накнаде и ко је плаћа	<ul style="list-style-type: none"> • Јавни субјект приходује непосредно од корисника услуга од општег интереса. • Приватни субјект приходује од накнаде коју му, у складу са уговором, исплаћује јавни субјект..
14.	Друга накнада и ко је плаћа	Није применљиво.
15.	Ексклузивност током трајања уговора	Да.
16.	Конкуренија	Да, најчешће у иницијалној фази.
17.	Осигурање	Може да буде обавеза на страни приватног субјекта.
18.	Средства обезбеђења	Најчешће да. У зависности од природе услуге, јавни субјект за поједине услуге најчешће захтева од приватног субјекта гаранције за добро извршење посла, корпоративне гаранције или менице.
19.	Предности	Обезбеђивање бољег квалитета у пружању услуга, повећање оперативности, утицај на развој локалне средине.
20.	Недостаци	Несигурност у финансијску исплативост пројекта.

Табела бр. 7: Основни елементи уговора заснованог на моделу заједничког привредног друштва

Ред. бр.	Критеријум	Особеност уговора заснованог на моделу заједничког привредног друштва
1.	Врста односа јавног и приватног субјекта	Уговор јавног и приватног субјекта према моделу заједничког привредног друштва увек се одређује као институционални однос јавног и приватног субјекта.
2.	Обавезе јавног и приватног субјекта	Обавезе на страни јавног и приватног субјекта су узајамне у делу који се односи на само оснивање заједничког привредног друштва и обезбеђивање његовог пословања. Међутим, уговор о оснивању заједничког привредног друштва најчешће не представља уговор <i>per se</i> , већ је део шире пословно-комерцијално-финансијско-правне конструкције која укључује друге обавезе јавног и приватног субјекта, на пример: (а) обавезу улагања, (б) обавезу стављања на располагање свог стручног кадра заједничком привредном друштву, (в) обавезу стављања на располагање заједничком привредном друштву свог <i>know-how</i> -а, технологије, референци, опреме, пројектне документације, и др., у зависности од природе конкретног пројекта у чију сврху се оснива заједничко привредно друштво.
3.	Власништво	Власништво над добром у општој употреби/ објектом/постројењем/системом све време трајања уговора припада заједничком привредном друштву, а уговор којим се уређује оснивање заједничког привредног друштва уређује третман имовине заједничког привредног друштва у случају доношења одлуке о престанку заједничког привредног друштва, уз пуно уважавање права поверилаца на намирење њихових потраживања, најчешће уређујући да ће свакој страни, након намирења поверилаца, у мери у којој је то могуће, и пропорционално њиховом учешћу у капиталу, бити враћено оно што је свака страна дала.
4.	Посебан законски оквир који уређује уговор	Најчешће не. Уговор о оснивању заједничког привредног друштва није посебно уређен уговор већ се на оснивање заједничког привредног друштва примењују правила која уређују оснивање привредних друштава.
5.	Трајање уговора	Заједничко привредно друштво се формално-правно оснива на неодређено време, али будући да је исто у функцији пројекта у чију сврху се оснива, заједничко привредно друштво најчешће траје док се пројекат у целости не реализује. Након пуне реализације пројекта, уговорне стране се могу споразумети да се трајање уговора продужи, у ком случају друштво наставља да постоји и послује, а могу донети одлуку о ликвидацији заједничког привредног друштва, најчешће праћеној одлуком о растављању објекта, постројења, односно система. Уговор, међутим, може предвидети откуп удела/акција приватног субјекта од стране јавног субјекта, па чак и цену по којој ће удео/акције бити купљени.
6.	На коме лежи дужност финансирања	Јавни и приватни субјект, пропорционално свом учешћу у капиталу. Уговор јавног и приватног субјекта може предвидети и давање зајмова друштву, а у зависности од пројекта може предвидети и могућност пројектног финансирања.
7.	На коме лежи дужност управљања и одржавања	Јавни и приватни субјект, пропорционално свом учешћу у капиталу.
8.	На коме лежи дужност капиталних улагања	Јавни и приватни субјект, пропорционално свом учешћу у капиталу.

9.	На коме лежи комерцијални ризик исплативости односно неисплативости пројекта	Јавни и приватни субјект, пропорционално свом учешћу у капиталу.
10.	Техника закључења уговора	Из неколико корака: (а) јавни поступак – тендер, (б) преговори о уговору којим се установљава обавеза оснивања заједничког привредног друштва, (в) закључење уговора којим се уређује обавеза оснивања заједничког привредног друштва, и (г) закључење уговора о оснивању заједничког привредног друштва.
11.	Оснивање посебног субјекта	Најчешће није применљиво. Међутим, у циљу обезбеђивања повољнијег пореског третмана, јавни и приватни субјект могу предвидети да се заједничко привредно друштво оснује у јурисдикцији која пружа одређене пореске олакшице (најчешће постојање уговора о избегавању двоструког опрезивања, нижа стопа пореза на капиталну добит, и др.) а да потом заједничко привредно друштво оснује своје зависно друштво у држави у којој ће се реализовати конкретан пројекат. Овај модел се по правилу примењује код трансакција које укључују више држава које учествују у реализацији пројекта.
12.	Степен изложености наступања ризика	Значајан и за јавног и за приватног субјекта.
13.	Врста и извор накнаде и ко је плаћа	Накнаду, најчешће, плаћају крајњи корисници услуга. Овај модел може да буде проблематичан када накнаду приватном субјекту плаћа јавни субјект.
14.	Друга накнада и ко је плаћа	Није применљиво. Јавни и приватни субјекти као чланови/акционари заједничког привредног друштва остварују право на дивиденду.
15.	Ексклузивност током трајања уговора	Да. Уговор који уређује оснивање заједничког привредног друштва најчешће уређује ограничења за излазак из друштва или различите опције.
16.	Конкурентност	Да, најчешће у иницијалној фази приликом одабира приватног субјекта, будући да је овај уговор најчешће пратећи уговор који обезбеђује реализацију дугорочних и сложених пројеката.
17.	Осигурање	Да, обавеза је заједничког привредног друштва.
18.	Средства обезбеђења	Најчешће да. Јавни и приватни субјект међусобно размењују средства обезбеђења, а и на корпоративном нивоу се уређују ограничења права располагања уделима/акцијама, уређује право прече куповине, када природа пројекта то омогућава и др.
19.	Предности	Обезбеђивање улоге јавног субјекта у управљању привредним друштвима која најчешће обављају делатност од стратешког и геополитичког значаја, обезбеђивање континуитета у обављању делатности од општег интереса, бољег квалитета у пружању услуга, повећање оперативности, утицај на развој локалне средине.
20.	Недостаци	Несигурност у финансијску исплативост пројекта

Табела бр. 8: Основни елементи приватизационог уговора

Ред.бр.	Критеријум	Особеност приватизационог уговора
1.	Врста односа јавног и приватног субјекта	Уговор јавног и приватног субјекта према моделу приватизације увек се одређује као уговорни однос јавног и приватног субјекта.
2.	Обавезе јавног и приватног субјекта	Одговорност за обезбеђивање финансирања спровођења инвестиционих обавеза, инвестиционо улагање, социјални програм, обезбеђивање професионалне управе, што се уговором обавезно уређује као обавеза приватног субјекта. Јавни субјект је дужан да обезбеди кроз корпоративно управљање овакво поступање приватног субјекта.
3.	Власништво	<ul style="list-style-type: none"> • Власништво над добром у општој употреби/ објектом/постројењем/системом припада привредном друштву, субјекту приватизације • Власништво над капиталом привредног друштва које обавља делатност од општег интереса – јавни и приватни субјект, у својству чланова друштва односно акционара.
4.	Посебан законски оквир који уређује уговор	Да – у највећем броју законодавстава приватизациони уговор је посебно регулисан уговор чији су битни елементи и поступак закључења уређени посебним законом.
5.	Трајање уговора	У пракси се уговори најчешће закључују на период од неколико година – обавеза приватног субјекта на извршење инвестиционе обавезе је најчешће подељена на неколико сукцесивних година (у пракси најчешће три до пет година, у зависности од вредности инвестиције). Приватни субјект је због вредности инвестиције заинтересован за дугорочну сарадњу, једнако као и јавни субјект који након приватизације остаје члан, односно акционар друштва са одређеним процентом учешћа у капиталу.
6.	На коме лежи дужност финансирања	Приватни субјект је у обавези да спроведе инвестициону обавезу која се најчешће састоји у набавци нове опреме, увођењу нових технологија, изградњи нових постројења, унапређењу оперативно-технолошког процеса и др. Средства за извршење инвестиционе обавезе обезбеђује приватни субјект, а извршење инвестиционе обавезе контролише надлежни државни орган који контролише спровођење уговора о приватизацији.
7.	На коме лежи дужност управљања и одржавања	Управљање и одржавање врши или само привредно друштво – субјект приватизације или се ова делатност поверава посебним уговором посебном правном лицу специјализованом за обављање ових делатности. Одлуку о начину управљања и одржавања доноси професионална управа друштва – субјекта приватизације, коју, најчешће, чине представници приватног и јавног учесника у пројекту.
8.	На коме лежи инвестициона обавеза	Инвестициона улагања обавезно врши приватни субјект – чиме извршава своје обавезе из уговора о приватизацији.
9.	На коме лежи комерцијални ризик исплативости, односно неисплативости пројекта/инвестиције	Приватни субјект – купац капитала у субјекту приватизације. Модел приватизације је један од модела у коме приватни субјект власнички и управљачки преузима већ постојећи субјект – субјект приватизације – са свим његовим иманентним предностима, манама, преузетим обавезама и проблемима у пословању.
10.	Техника закључења уговора	Из неколико корака: (а) јавни поступак – тендер или аукција, (б) преговори о приватизационом уговору, (в) закључење приватизационог уговора.

11.	Оснивање посебног субјекта	Не – делатност од општег интереса наставља да обавља субјект приватизације. Међутим, кроз стицање акција/удела у субјекту приватизације од стране приватног субјекта, субјект приватизације практично постаје заједничко привредно друштво у мешовитом власништву (<i>joint venture</i>) са свим специфичностима у управљању које су предмет конкретног договора..
12.	Степен изложености наступања ризика	Релативно висок за приватног субјекта будући да се наслеђују ризици везани за пословање субјекта приватизације који су генерисани у периоду пре приватизације. Готово да не постоји за јавног субјекта, који уз власништво пропорционално преноси на приватног субјекта и управљање над друштвом.
13.	Врста и извор накнаде и ко је плаћа	Накнаду за обављање делатности од општег интереса плаћају корисници производа, односно услуга, јавни и приватни субјект приходују кроз дивиденду, ако буду испуњени услови да се иста исплаћује.
14.	Друга накнада и ко је плаћа	Није применљиво.
15.	Ексклузивност током трајања уговора	Да, на основу спроведеног поступка приватизације у складу са законом.
16.	Конкуренција	Да у иницијалној фази – прилогом одабира приватног субјекта. За разлику од осталих модела, овим се на трајнијој основи уређује однос јавног и приватног субјекта те се питање конкуренције касније не поставља.
17.	Осигурање	Уговор о осигурању је због природе делатности, најчешће, дужно за закључи привредно друштво које се бави делатношћу од општег интереса – субјект приватизације.
18.	Средства обезбеђења	Јавни субјект, по правилу захтева одређене гаранције приватног субјекта – гаранције за добро извршење посла, корпоративне гаранције и слично.
19.	Предности	Обезбеђивање бољег квалитета у пружању услуга, повећање оперативности, професионална управа.
20.	Недостаци	Није применљиво.

ПРИЛОГ БР. 3

УПОРЕДНИ ПРИКАЗ ПРЕДМЕТА ТИПИЧНИХ УГОВОРА КОЈИ СЕ ЗАКЉУЧУЈУ У ПОЈЕДИНИМ ЈУРИСДИКЦИЈАМА

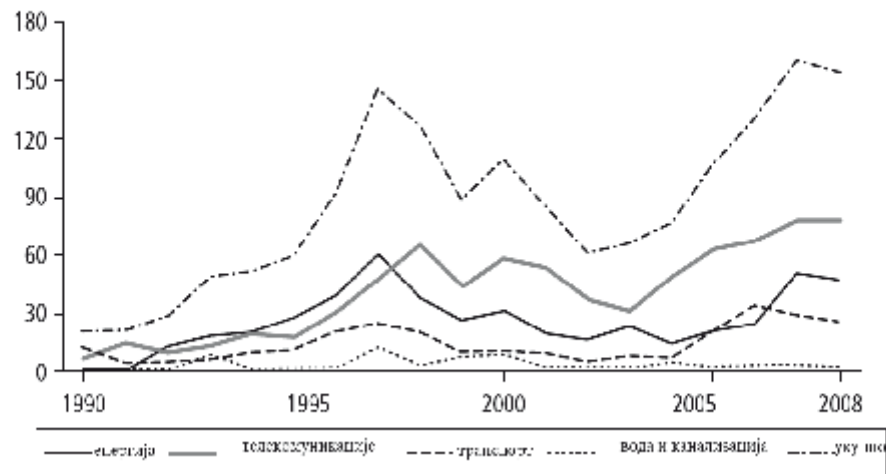
Табела бр. 9: Преглед модела уговора према сектору у коме су пројекти реализовани у развијеним земљама

Сектор	Предмет уговора	Државе у којима се пројекти најчешће покрећу и реализују	Најтипичнији и најчешћи модели	Изазови и проблеми у реализацији пројекта – ризици на које посебно указују финансијери који обезбеђују екстерно финансирање
Транспорт - изградња путева, ауто-путева, железничких транспортних система, аеродрома, лука	Пројектовање, изградња, финансирање и управљање и одржавање (обавеза чињења, делом и обавеза давања)	Аустралија, Канада, Француска, Грчка, Ирска, Италија, Нови Зеланд, Шпанија, Велика Британија, Сједињене Америчке Државе (САД)	<i>BOT, BOOT, концесија</i>	Неизвесност исплативости пројекта; алтернативни путни правци који можда не укључују обавезно наплату путарина; околност да ли постоји могућност повезивања на транспортну мрежу и будуће планиране транспортне мреже; извесност и динамика у обезбеђивању материјала за изградњу, квалитет приступних путева и други битни елементи који могу да буду од утицаја на поштовање рокова изградње.
Вода - производња и пречишћавање воде, третман отпадних вода	Изградња, управљање и одржавање (обавеза чињења, делом и обавеза давања)	Аустралија, Француска, Ирска, Велика Британија, САД, Канада	<i>BT, BTO, BOOT</i>	Ови пројекти су, по правилу, везани за веома деликатно питање (општи интерес великог значаја) али и уз велике политичке ризике на локалном нивоу; додатно осетљиво питање може да буде питање стандарда који треба да се примени и технике пречишћавања воде (пракса показује значајан број спорова у вези са овим питањем); ови пројекти су обично локалног карактера, нису неке посебно велике вредности, а трошкови у вези са припремом поступка су најчешће несразмерно високи у односу на укупну вредност пројекта.
Отпад – сакупљање, третирање и одлагање отпада	Изградња, управљање и одржавање (обавеза чињења, делом и обавеза давања)	Аустралија, Француска, Ирска, Велика Британија, САД, Канада	<i>BT, BTO, BOOT</i>	Ови пројекти су, по правилу, веома скупи зато што укључују бројна питања заштите животне средине и санације терена; припрема студије изводљивости и друге потребне припреме, по правилу, трају годинама; ризик прибављања земљишта; захтев за одговарајућом удаљеношћу од градске средине; у пракси, такође, забележени бројни спорови у вези са техничким стандардима, итд.

Школе и друге образовне установе – изградња школа и других здравствених установа	Пројектовање, изградња, финансирање и управљање и одржавање (обавеза чињења, делом и обавеза давања)	Аустралија, Холандија, Велика Британија, Ирска	<i>BT, BTO, BOOT, DBFO/OM</i>	Неизвесност око исплативости пројекта – ризик промене демографске структуре у будућем периоду од неколико деценија; немогућност да се објекти прилагоде другој намени; дуг и скуп поступак припреме; изражена конкуренција која може да нуди повољније услове који утичу на исплативост пројекта (на пример, закуп простора је свакако јефтинији од изградње објекта која мора да се исплати), итд.
Одбрана – изградња постројења за производњу и промет оружја, изградња касарни и других војних објеката	Пројектовање, изградња, финансирање и управљање и одржавање (обавеза чињења, делом и обавеза давања)	Аустралија, Немачка, Велика Британија, САД	<i>DBOM, BOO, BOOT,</i> заједничка привредна друштва	Ови пројекти нису повезани са значајном конкурентношћу – велика већина законодавстава на свету ограничава уплив страног лица у ову индустрију, односно ограничава процентуално учешће у капиталу (због националног и јавног интереса, домаће лице увек мора да буде већински власник, што за стране инвеститоре може да буде неатрактивно); војна индустрија је позната по веома брзом напретку технологија те су са овог становишта ови пројекти веома ризични да ли ће објекат, постројење или производ, односно услуга коју пружа бити довољно техничко-технолошки напредни током читавог века трајања пројекта; ови пројекти, по правилу, захтевају обезбеђивање значајних финансијских средстава унапред и то од стране оснивача заједничког друштва/спонзора; строги регулаторни услови у погледу издавања дозвола, лиценци и значајна континуирана контрола због природе индустрије, итд.
Затвори – изградња затвора	Пројектовање, изградња, финансирање и управљање и одржавање (обавеза чињења, делом и обавеза давања)	Аустралија, Француска, Немачка, Велика Британија, САД	<i>BT, BTO, BOO,</i> уговори о управљању	Неизвесност око исплативости пројекта – ризик промене демографске структуре у будућем периоду од неколико деценија; немогућност да се објекти прилагоде другој намени; дуг и скуп поступак припреме; политички ризик – ризик промене кривичног закона у делу одређивања затворске казне и алтернативних санкција којима се постиже санкција и превенција, итд.

Преглед броја пројеката који су реализовани у земљама у развоју у периоду од 1990. године закључно са 2008. годином садржан је у доњој табели, а према извору Светске банке – публикацији Светске банке из 2011. године.⁹²²

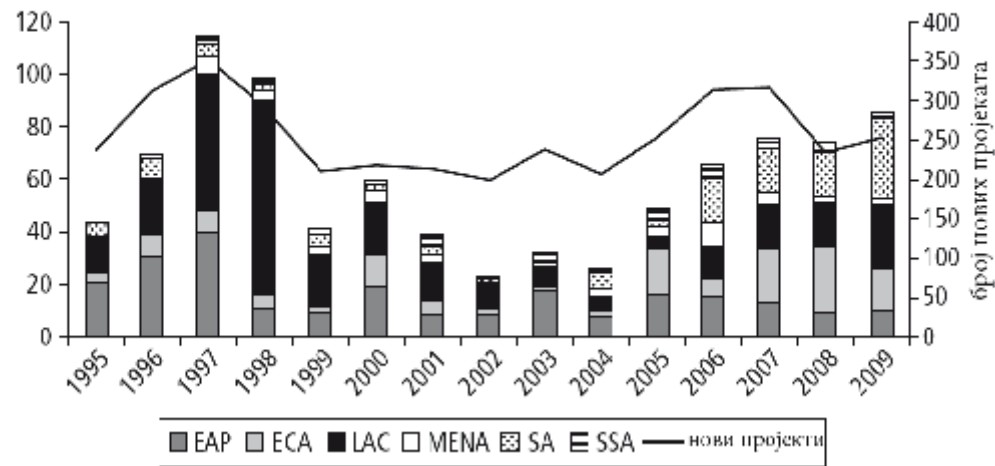
⁹²² Edward Farquharson *et al.*, *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, The World Bank, Washington DC 2011, 2.



Слика бр. 1: Преглед сектора у којима су пројекти сарадње јавног и приватног учесника у пројекту реализованим у земљама у развоју

Преглед вредности инвестиција у пројектима јавног и приватног учесника у пројекту који су реализовани у земљама у развоју у периоду од 1995. године закључно са 2009. годином, садржан је у доњој табели, а а према извору Светске банке – публикацији Светске банке из 2011. године.⁹²³

⁹²³ *Ibid.*, 2.



Слика бр. 2: Преглед вредности инвестиција у пројектима реализованим у земљама у развоју

У Републици Србији не постоји јединствена евиденција пројеката сарадње јавног и приватног субјекта у обављању делатности од општег интереса.

Иако се највећи број пројеката сарадње јавног и приватног субјекта од краја 2011. године иницира и спроводи у складу са Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама, постоје и пројекти који се спровode на основу међународних уговора, али и значајан део пројеката који се заснива на краткорочним уговорима који се спровode у складу са Законом о јавним набавкама.

Иако сви ови уговори по својој суштини представљају јавне уговоре, не постоји њихова обједињена евиденција. У наставку је дат приказ предлога пројеката за које је Комисија за јавно-приватна партнерства Републике Србије дала своје позитивно мишљење у складу са законом,⁹²⁴ у односу на које се очекује да ће бити реализовани у будућем периоду у секторима и са предметом како је наведено у доњој табели.

⁹²⁴ ЗЈПК, чл. 68, ст. 3.

Табела бр. 10: Преглед предлога пројеката које је разматрала Комисија за јавно-приватна партнерства, односно у односу на које је дала позитивно мишљење⁹²⁵

Ред. број	Предлог пројекта јавно-приватног партнерства у односу на који је Комисија за јавно-приватна партнерства дала позитивно мишљење
1.	Предлог пројекта јавно-приватног партнерства поднетог од стране ЈКП Информатика Нови Сад, којим се предлаже реализација пројекта изградње и проширења постојеће оптичке телекомуникационе мреже отвореног типа по принципу <i>FTTH (fiber to the home – оптичко влакно до крајњег корисника)</i> на територији града Новог Сада (дато позитивно мишљење)
2.	Предлог пројекта јавно-приватног партнерства за изградњу луке и друмског терминала поднетог од стране Јавног предузећа за грађевинско земљиште, изградњу и путеве „Дирекција за изградњу Апатин“, на територији општине Апатин (дато позитивно мишљење)
3.	Предлог концесионог акта за поверавање обављања делатности градско-приградског превоза путника на територији града Лознице (дато позитивно мишљење)
4.	Предлог концесионог акта за пројектовање, финансирање, изградњу, одржавање и управљање јавном паркинг гаражом у Шапцу (дато позитивно мишљење)
5.	Предлог пројекта јавно-приватног партнерства поднетог од стране ЈКП Градска топлана Зрењанин, којим се предлаже производња топлотне и електричне енергије из биогаса, односно употреба органских сировина пољопривредне индустрије, као и остатака и нуспроизвода из прехрамбене индустрије у његовој производњи (дато позитивно мишљење)
6.	Предлог концесионог акта за поверавање обављања комуналне делатности приградског превоза путника на територији општине Топола (дато позитивно мишљење)
7.	Предлог концесионог акта за поверавање обављања делатности градско-приградског превоза путника на територији општине Србобран
8.	Предлог пројекта јавно-приватног партнерства за обављање комуналне делатности градског и приградског превоза путника на територији града Ниша
9.	Предлог концесионог акта за поверавање обављања делатности градско-приградског превоза путника на територији града Јагодине
10.	Предлог пројекта јавно-приватног партнерства за финансирање, изградњу, управљање и одржавање канализационе мреже у општини Стара Пазова
11.	Предлог пројекта јавно-приватног партнерства поднетог од стране града Ниша којим се предлаже замена котлова на лож уље и котлова на угаљ, котловима на дрвену биомасу (пелет) у школским и предшколским установама града Ниша са испоруком топлотне енергије
12.	Предлог концесионог акта за поверавање обављања комуналне делатности сакупљања и транспорта комуналног отпада са сеоског подручја општине Топола
13.	Предлог Концесионог акта за поверавање обављања комуналне делатности сакупљања и транспорта комуналног отпада са подручја општине Жагубица
14.	Предлог концесионог акта за обављање комуналне делатности градског и приградског превоза путника на територији града Шапца
15.	Предлог концесионог акта са Анализом финансијско-економских ефеката давања концесије на ауто-пут Е-763, Београд-Пожега
16.	Предлог концесионог акта којим се предлаже поверавање послова производње и дистрибуције топлотне енергије на подручју општине Баточина

⁹²⁵ Подаци преузети са интернет странице Комисије за јавно-приватна партнерства у новембру 2014. године, <http://www.ppp.gov.rs/dok/37/MISLJENJA%20KOMISIJE.pdf>

ПРИЛОГ БР. 4

МАТРИЦА РИЗИКА

Табела бр. 11: Модел матрице ризика у уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта ⁹²⁶

Ред. бр.	Врста ризика	Фаза наступања	Могућа последица	Извесност наступања	Страна која преузима ризик	Мере које се могу предузети у циљу предупредивања наступања ризика или ублажавања последица
1.	Неадекватна припрема пројекта и неадекватно планирање пројекта	Иницијална фаза припреме пројекта	Одлагање започињања пројекта, одлагање покретања поступка одабира приватног учесника у пројекту, значајно повећање трошкова, ограничење могућности планирања финансирања и будућих трошкова пројекта	Средња	Јавни учесник у пројекту	Правила оцена постојања општег интереса, припрема ваљане студије изводљивости засноване на објективним и мерљивим критеријумима, правилна процена ризика, израде објективних студија, анализа и полазних критеријума као и објективних пројекција потражње у датом тренутку и пројекција за будућност.
2.	Ризик одабира приватног учесника у пројекту	Фаза одабира приватног учесника у пројекту	Немогућност обезбеђивања пројектног финансирања услед неадекватних референци, лоше кредитне историје или недовољне финансијске стабилности приватног учесника у пројекту који ће основати друштво које ће реализовати пројекат	Средња	Јавни учесник у пројекту	Конкурентност, компетитивност, транспарентност поступка одабира приватног учесника у пројекту према сету критеријума који треба да буду шире постављени како би што је могуће већи број субјеката могао да поднесе понуду, одсуство јавног поступка скројеног по мери одређеног субјекта, анализа ликвидности учесника у поступку, анализа способности да генерише новац по основу кредитног финансирања, испитивање историје кредитног задужења и начина финансијски <i>due diligence</i> .

⁹²⁶ Предметна табела сачињена је на основу следећих извора: *A Guidebook on Public-Private Partnership in Infrastructure*, United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, United Nations, 2011, 36-38; E. R. Yescombe (2007), 246; *Public-Private Partnerships and Concession Act Serbia, Practitioner's Guide*, Schoenherr 2014, 67-82, и личног доприноса аутора из домаћих Студија случаја и свог вишегодишњег искуства рада на пројектима сарадње јавног и приватног учесника у разлитим пројектима повезаним са остваривањем општег интереса.

3.	Ризик прибављања земљишта	Обезбеђивање предуслова за изградњу, након закључења уговора	Одлагање започињања радова на изградњи, повећање трошкова	Мања/средња	Јавни учесник у пројекту	Адекватно планирање локација земљишта у фази приреме пројекта и свих административно-техничких радњи у вези са прибављањем земљишта у сарадњи са јединицама локалне самоуправе и надлежним државним органима
4.	Ризик услова терена	Обезбеђивање предуслова за изградњу, фаза изградње	Одлагање започињања радова на изградњи, одлагање рока за завршетак радова, повећање трошкова	Мања/средња	Јавни учесник у пројекту/ приватни учесник у пројекту	Адекватно планирање локација земљишта у фази приреме пројекта у сарадњи са приватним учесником у пројекту, ако услови то допуштају, разматрање и предлози алтернативних решења пре започињања пројекта
5.	Ризик повезан са питањем просторног планирања и добијања свих потребних дозвола	Обезбеђивање предуслова за изградњу	Одлагање започињања радова на изградњи, повећање трошкова	Мања/средња	Јавни учесник у пројекту	Адекватно планирање локације земљишта у фази приреме пројекта у сарадњи са јединицама локалне самоуправе и надлежним државним органима уз ангажовање одговарајућих стручних лица/предузећа (по могућству јавних предузећа) на изради нацрта и предлога планских докумената
6.	Ризик процене утицаја на животну средину укључујући и ризик претходне контаминације терена	Обезбеђивање предуслова за изградњу	Одлагање започињања радова на изградњи, повећање трошкова услед одлагања, значајни трошкови за приватног учесника у пројекту за де-контаминацију терена	Мања/средња	Приватни учесник у пројекту	Обезбеђивање адекватне сарадње са јединицама локалне самоуправе укључене у овај процес ради обезбеђивања поштовања законских рокова; ангажовање еколошког експерта у фази припреме пројекта посебно код <i>brownfield</i> инвестиција, уговор треба да обезбеди обавезу јавног учесника у пројекту да сноси одговорност за историјска загађења
7.	Ризик проналажења археолошких ископина	Фаза изградње	Одлагање започињања радова на изградњи, одлагање рока за завршетак радова, повећање трошкова	Мања/средња	Приватни учесник у пројекту	Обезбеђивање адекватне сарадње са јединицама локалне самоуправе укључене у овај процес ради обезбеђивања поштовања законских рокова. Измена планираног распореда на извођењу радова или измена пројектне документације у циљу омогућавања фазне изградње при чему би радови на локацији на којој су пронађене археолошке ископине били изведени након преосталих фаза

8.	Ризик повезан са правом приступа, прелаза и службеностима	Обезбеђивање предуслова за изградњу/фаза изградње	Одлагање започињања радова на изградњи, одлагање рока за завршетак радова, повећање трошкова	Мања/средња	Јавни учесник у пројекту	Обезбеђивање адекватне сарадње са јединицама локалне самоуправе укључене у овај процес ради обезбеђивања ефикасности у поступању
9.	Ризик повезивања на систем	Обезбеђивање предуслова за изградњу али и касније за обезбеђивање услова за почетак оперативне фазе	Одлагање започињања радова на изградњи, повећање трошкова	Мања/средња	Јавни учесник у пројекту	Обезбеђивање адекватне сарадње са јединицама локалне самоуправе укључене у овај процес ради обезбеђивања ефикасности у поступању
10.	Ризик јавних протеста, блокада и опструкције радова	Обезбеђивање предуслова за изградњу	Одлагање започињања радова на изградњи, повећање трошкова, репутациони ризик за приватног учесника у пројекту	Мања/средња	Јавни учесник у пројекту	Ваљана припрема пројекта на објективним параметрима и уз адекватну анализу свих чинилаца који могу да утичу на изградњу, одуство политизовања процеса припреме пројекта и његове реализације
11.	Ризик ангажовања подизвођача на пројектовању	Обезбеђивање предуслова за изградњу након закључења уговора	Одлагање започињања радова на изградњи, повећање трошкова	Мања/средња	Приватни учесник у пројекту	Испитивање референце подизвођача од стране јавног учесника у пројекту, без учешћа јавног учесника у пројекту у преговорима са подизвођачима. Уговарање краћих рокова у уговору приватног учесника у пројекту и подизвођача ради обезбеђивања постизања рокова и евентуалне исправе и корекција на захтев јавног учесника у пројекту, захтевање одговарајућих средстава обезбеђења, омогућавање конкурентности и транспарентности приликом одабира подизвођача, без постављања неконкурентних услова од стране јавног учесника у пројекту

12.	Ризик ангажовања подизвођача на извођењу радова на изградњи	Фаза извођења радова на изградњи	Пробијање рокова за изградњу, непостизање договорених појединачних рокова за изградњу нити постизање крајњег уговореног датума са којим треба да буде окончана фаза изградње, утицај на новчане токове (<i>cash-flow</i>) пројектног друштва, утицај на евентуалну потребу за додатним задуживањем пројектног друштва	Средња/велика	Приватни учесник у пројекту	Испитивање референце подизвођача од стране јавног учесника у пројекту, без учешћа јавног учесника у пројекту у преговорима са подизвођачима, али уз строгу контролу извршења уговора. Уговарање краћих рокова у уговору приватног учесника у пројекту и подизвођача ради обезбеђивања постизања рокова и евентуалне исправе и корекција на захтев јавног учесника у пројекту, захтевање одговарајућих средстава обезбеђења у уговорима са подизвођачима – гаранције, задржавање дела цене и слично, омогућавање конкурентности и транспарентности приликом одабира подизвођача, без постављања не-конкурентних услова од стране јавног учесника у пројекту.
13.	Ризик напуштања пројекта	Фаза извођења радова или касније током оперативне фазе	Штета по јавног учесника у пројекту и финансијске институције које су обезбедиле финансирање (репутациона и материјална)	Средња	Приватни учесник у пројекту	Ризик се може делимично ублажити кроз одабир адекватног модела сарадње који ће бити довољно подстицајан за приватног учесника у пројекту, кроз захтев јавног учесника у пројекту за значајније улагање у капитал пројектног друштва, што умањује спремност да се пројекат напусти, уговарање права „преузимања пројекта“ од стране јавног учесника у пројекту или финансиских институција, и захтевање обезбеђења према приватном учеснику у пројекту.

14.	Ризик раскида уговора од стране приватног учесника у пројекту због промене одлуке приватног инвеститора да учествује у пројекту	Фаза извођења радова или касније током пројекта	Штета по јавног учесника у пројекту и финансијске институције које су обезбедиле финансирање (репутациона и материјална)	Средња/ велика	Приватни учесник у пројекту	Ризик се може делимично ублажити кроз одабир адекватног модела сарадње који ће бити довољно подстицајан за приватног учесника у пројекту, кроз захтев јавног учесника у пројекту за значајније улагање у капитал пројектног друштва, што умањује спремност да се пројекат напусти, уговарање права „преузимања пројекта“ од стране јавног учесника у пројекту или финансијских институција, и захтевање обезбеђења према приватном учеснику у пројекту.
15.	Ризик немогућности обезбеђивања додатног финансирања током фазе изградње	Фаза извођења радова	Немогућност окончања радова на изградњи услед недостајућих средстава. Штета по приватног учесника у пројекту, али и штета за јавног учесника у пројекту и финансијске институције које су обезбедиле финансирање (репутациона и материјална штета)	Средња	Приватни и јавни учесник у пројекту	Јавни учесник у пројекту може да преузме обавезу обезбеђивања додатног финансирања у циљу одржавања пројекта. Настојање да се средства обезбеде од финансијских институција које су већ обезбедиле финансирање јер је очекивано да ће поступак краће трајати.
16.	Окончање радова на изградњи уз одступања у односу на уговорене стандарде и недобијање дозвола и/или лиценци	Сам крај фазе извођења радова	Пробијање рокова за отпочињање оперативе фазе у реализацији пројекта, скраћење период током кога приватни учесник у пројекту и финансијске институције које су обезбедиле финансирање остварују повраћај инвестиције	Средња/велика	Приватни и јавни учесник у пројекту	Ризик се може ублажити уговарањем учестале контроле и учесталих подношења извештаја, ангажовањем независног инжењера и сарадњом и обеју уговорних страна на брзом отклањању утврђених недостатака. Такође, неопходно је да уговор прописује веома јасне и недвосмислене критеријуме и стандарде за извођење радова.

17.	Ризик потражње – потражња мања од очекиване услед спољних фактора који нису у вези са понашањем јавног учесника у пројекту	Оперативна фаза реализације пројекта	Утицај на очекиване приходе пројектног друштва, немогућност измиривања обавеза према финансијским институцијама (кашњење, неплаћање), немогућност приходовања од пројекта кроз дивиденде јер је приход испод очекиваног	Средња/велика	Јавни учесник у пројекту	Ризик се може предупредити у поступку планирања пројекта ангажовањем стручњака који је за потребе пројекта припремити адекватне студије и пројекције потражње у датом тренутку али и у будућности. Такође, јавни учесник у пројекту може да захтев приватног учесника у пројекту дати гаранције у погледу потражње и сносити ризик ако иста буде мања, без утицаја на висину плаћања накнаде приватном учеснику у пројекту.
18.	Ризик потражње - потражња мања од очекиване услед поступања јавног учесника у пројекту – на пример коришћење алтернативних објеката, постројења односно система	Оперативна фаза реализације пројекта	Утицај на очекиване приходе пројектног друштва, немогућност измиривања обавеза према финансијским институцијама (кашњење, неплаћање), немогућност приходовања од пројекта кроз дивиденде јер је приход испод очекиваног	Мања/средња	Јавни учесник у пројекту	Ризик се може предупредити установљавањем обавезе јавног приватног учесника у пројекту на откуп пуног капацитета, односно портфеља производа/услуга од приватног учесника у пројекту (карактеристично код енергетских пројеката) уз пружање одговарајућих гаранција или праву приватног учесника у пројекту на раскид уговора у случају поступања супротно преузетој обавези јавног учесника у пројекту.
19.	Ризик квалитета у вези са обављањем делатности, квалитетом производа односно услуга од општег интереса	Оперативна фаза реализације пројекта	Утицај на критеријума „вредности за новац“ по јавног учесника у пројекту и неиспуњење овог критеријума, незадовољство шире заједнице, односно финалних корисника	Средња	Приватни учесник у пројекту	Овај ризик се може предупредити јасним одређивањем стандарда квалитета у уговору, као и обезбеђивањем континуирање контроле и извештавања. Уколико уговор јавног и приватног учесника у пројекту предвиђа јасне критеријуме и стандарде у погледу квалитета, уговор мора да садржи и право јавног учесника у пројекту да умањи вредност накнаде која се плаћа приватном учеснику услед незадовољавајућег квалитета.

20.	Инфлаторни ризик	Оперативна фаза реализације пројекта	Утицај на очекиване приходе пројектног друштва, немогућност измиривања обавеза према финансијским институцијама (кашњење, неплаћање), немогућност приходовања од пројекта кроз дивиденде јер је приход испод очекиваног	Средња	Приватни и јавни учесник у пројекту	У својој финансијској понуди, приватни учесник треба да обухвати инфлаторни ризик, да га пројектује, обрачуна и укључи у понуду. Ризик се не може потпуно искључити али се његове последице могу ублажити уговарањем обавезе јавног учесника у пројекту да увећа вредност накнаде (најчешће варијабилни, а може и фиксни) за номиналну вредност реализације инфлаторног ризика.
21.	Ризик неадекватног одржавања који утиче на квалитет и континуитет обављања делатности, односно пружања услуге	Оперативна фаза реализације пројекта	Утицај на критеријума „вредности за новац“ по јавног учесника у пројекту и неиспуњење овог критеријума, незадовољство шире заједнице, односно финалних корисника	Средња	Приватни учесник пројекту	Ризик се не може у потпуности искључити, али се може ублажити установљавањем чешћих контрола и извештавања у односу на јавног учесника у пројекту. Будући да приватни учесник у пројекту најчешће ангажује подизвођача за послове одржавања, неопходно је и да он обезбеди одговарајући систем контроле и извешавања, али и адекватна средства обезбеђења (гаранције, и др.)
22.	Ризик застарелости технологије	Оперативна фаза реализације пројекта	Пројекти који користе модерне технологије су посебно изложени овом ризику. Утицај на очекиване приходе пројектног друштва, немогућност измиривања обавеза према финансијским институцијама (кашњење, неплаћање), немогућност приходовања од пројекта кроз дивиденде јер је приход испод очекиваног. Утицај на критеријума „вредности за новац“ по јавног учесника у пројекту и неиспуњење овог критеријума, незадовољство шире заједнице, односно финалних корисника	Мања/средња	Приватни учесник у пројекту	Овај ризик није претерано чест код пројеката сарадње јавног и приватног учесника у пројекту и углавном је везан за војну индустрију, система здравствене заштите и истраживачке пројекте, који се заснивају на модерним технологијама. Овај ризик се може делимично ублажити уговарањем могућности отварања нових преговора везаних за унапређење технологија.

23.	Ризик промене прописа	Ма која фаза реализације пројекта	Утицај на динамику реализације пројекта, а следствено томе и на укупно увећање трошкова пројекта. Утицај на очекиване приходе пројектног друштва, немогућност измиривања обавеза према финансијским институцијама (кашњење, неплаћање), немогућност приходовања од пројекта кроз дивиденде јер је приход испод очекиваног	Средња/велика	Јавни учесник у пројекту	Овај ризик се не може у потпуности искључити будући да пројекти трају по неколико деценија. Приватни учесник у пројекту најчешће инсистира на клаузули кога га штити од промене прописа – што је могуће уговорити међународним уговорима. Као друга опција, остаје могућност да јавни учесник у пројекту увећа накнаду коју плаћа приватном учеснику у пројекту како би се приватни учесник у пројекту довео у финансијски позицију као да промена није било.
24.	Ризик више силе	Ма која фаза реализације пројекта	Утицај на динамику реализације пројекта, а следствено томе и на укупно увећање трошкова пројекта.	Средња	Јавни и приватни учесник у пројекту	Уобичајено је да се уговара да у случају наступања више силе ће наступити застој у извршењу обавеза за који пројектно друштво неће плаћати накнаду за задоцњење нити пенале. Ако догађај више силе наступи у оперативној фази, нема бити обављања делатности нити плаћања накнаде.
25.	Ризик стечаја пројектног друштва	Ма која фаза реализације	Штета по јавног учесника у пројекту и финансијске институције које су обезбедиле финансирање (репутациона и материјална)	Средња	Јавни учесник у пројекту	У односу на овај ризик најчешће се уговара право преузимања пројекта од стране приватног учесника у пројекту и финансијских институција.

ПРИЛОГ БР. 5

ВРЕДНОСТ ПРОЈЕКТНОГ ФИНАНСИРАЊА И ГЛАВНИ УЧЕСНИЦИ У ОБЕЗБЕЂИВАЊУ ПРОЈЕКТНОГ ФИНАНСИРАЊА

Приказ вредности пројеката који су финансирани кро механизам пројектног финансирања приказан је у доњој табели, према регионима, посматрано на глобалном нивоу у периоду од 2000. до 2012. године.

Табела бр. 12: Пресек вредности пројектног финансирања које су обезбедиле комерцијалне банке у периоду 2000. година – 2012. година⁹²⁷

Ред. бр.	Милиони долара	2000	2007	2008	2009	2010	2011	2012
1.	Америка	52.795	44.476	42.086	20.058	25.535	38.383	39.321
2.	Азија - Пацифик	12.085	44.842	70.741	56.614	98.708	91.764	91.523
3.	Европа	36.123	73.485	91.317	38.565	60.726	51.763	37.838
4.	Бивши Совјетски савез	2.077	3.498	11.037	3.121	2.754	11.962	8.010
5.	Блиски Исток и северна Африка	7.255	44.524	31.399	15.042	16.774	13.829	13.142
6.	Суб-сахарска Африка	550	9.161	4.347	5.787	3.678	5.786	8.913
7.	УКУПНО	110.885	219.986	250.928	139.186	208.174	213.487	198.746

У 2000. години 20 водећих банака аранжера пројектног финансирања биле су банке како је приказано у доњој табели.

Табела бр. 13: 20 водећих банака аранжера пројектног финансирања 2000. године⁹²⁸

Ред. бр.	Водећи аранжер	Држава	Износ (у милионима долара)	Број кредита	Просечна вредност кредита (у милионима долара)
1.	<i>Citigroup</i>	САД	11.927	51	234
2.	<i>Société Générale</i>	Француска	9.616	30	321
3.	<i>Bank of America</i>	САД	9.370	33	284
4.	<i>ABN AMRO</i>	Холандија	7.874	31	254
5.	<i>JP Morgan</i>	САД	7.472	24	311
6.	<i>Credit Suisse First Boston</i>	САД	6.719	10	672
7.	<i>Westdeutsche Landesbank</i>	Немачка	6.716	37	182
8.	<i>Deutsche Bank</i>	Немачка	6.487	22	295
9.	<i>BNP Paribas</i>	Француска	3.712	24	155

⁹²⁷ Извор: *Project Finance International* 496 (January 16, 2013), према: E. R. Yescombe (2014), 63.

⁹²⁸ Извор: *Project Finance International*, 496 (January 16, 2013), према: E. R. Yescombe (2014), 65.

10.	<i>Barclays Capital</i>	Велика Британија	3.423	23	149
11.	<i>Dresdner Kleinwort Wasserstein</i>	Велика Британија	3.155	24	131
12.	<i>Merrill Lynch & Co Inc</i>	САД	2.631	4	658
13.	<i>Bank of Nova Scotia</i>	Канада	2.165	6	361
14.	<i>Mizuho</i>	Јапан	1.976	14	141
15.	<i>Goldman Sachs</i>	САД	1.832	3	611
16.	<i>HSBC Bank</i>	Велика Британија	1.464	1	1.464
17.	<i>Credit Lyonnais</i>	Француска	1.339	9	149
18.	<i>Bank of Tokyo-Mitsubishi</i>	Јапан	1.272	7	182
19.	<i>Abbey National</i>	Велика Британија	1.200	7	171
20.	<i>Bank of Montreal</i>	Канада	1.040	5	208

Од 2000. године наовамо прилике на међународном финансијском тржишту су се промениле, тако да је економска криза утицала на то да се највећи број пројеката који су укључивали пројектно финансирање реализује у Азији и на Пацифику, а што је утицало и на пресек 20 водећих банака аранжера пројектног финансирања који у 2012. години изгледа како је приказано у доњој табели.

Табела бр. 14: 20 водећих банака аранжера пројектног финансирања 2012. године⁹²⁹

Ред. бр.	Водећи аранжер	Држава	Износ (у милионима долара)	Број кредита	Просечна вредност кредита (у милионима долара)
1.	<i>Bank of Tokyo-Mitsubishi</i>	Јапан	11.618	96	121
2.	<i>Bank of India</i>	Индија	10.948	32	342
3.	<i>Sumitomo Mitsui Banking Corporation</i>	Јапан	7.576	68	111
4.	<i>Mizuho Financial</i>	Јапан	6.234	51	122
5.	<i>Korea Development Bank</i>	Кореја	5.411	27	200
6.	<i>HSBC</i>	Велика Британија	4.394	34	129
7.	<i>Crédit Agricole</i>	Француска	4.159	36	116
8.	<i>Société Générale</i>	Француска	4.084	35	117
9.	<i>BNP Paribas</i>	Француска	3.793	35	108
10.	<i>Banco Bilbao Viscaya Argentaria</i>	Шпанија	3.521	45	78
11.	<i>Lloyds TSB</i>	Велика Британија	3.251	25	130
12.	<i>Commonwealth Bank of Australia</i>	Аустралија	3.158	21	150
13.	<i>Standard Chartered</i>	Велика Британија	3.035	19	160
14.	<i>ING</i>	Холандија	2.946	29	102
15.	<i>National Bank of Australia</i>	Аустралија	2.920	20	146
16.	<i>ICICI</i>	Индија	2.796	13	215
17.	<i>Unicredit</i>	Италија	2.789	29	96
18.	<i>IDFC</i>	Индија	2.679	22	122
19.	<i>Axis Bank</i>	Индија	2.645	9	294
20.	<i>ANZ</i>	Аустралија	2.457	19	129

⁹²⁹ Извор: *Project Finance International*, 496 (January 16, 2013), према: E. R. Yescombe (2014), 65.

ПРИЛОГ БР. 6

ИНСТРУМЕНИ УМАЊЕЊА ПОСЛЕДИЦА НАСТУПАЊА РИЗИКА

Као инструменти умањења последица наступања ризика појављују се гаранције и осигурање извозних кредита, које обезбеђују мултилатералне и билатералне финансијске организације.

Приказ најважнијих аспеката обезбеђења последица наступања ризика на нивоу мултилатералних организација односно билатералних организација, дат је у доњим табелама.

А) Мултилатералне организације – приказ обезбеђења

Табела бр. 15: Светска банка (енг. *World Bank*)⁹³⁰

	Покриће политичких ризика	Генерално покриће ризика
Врста покрића	Гаранција измирења дуга	Гаранције измирења дуга
Применљиви пројекти	Нове инвестиције, приватизације, концесије	Нове инвестиције, приватизације, концесије
Корисници	Приватни даваоци кредита	Приватни даваоци кредита
Применљиве врсте инвестиција	Кредити, обвезнице, акредитиви	Кредити, обвезнице, акредитиви
Покривени ризици	Политички и регулатони ризици, стандардни политички ризици, различите повреде уговора	Кредитни ризик примаоца кредита
Максималан износ - степен обезбеђења	До 100% дуга	Без посебног одређења процента, у зависности од тржишних услова
Додатни/други услови	Обавезно чланство и потписан уговор о обештећењу	Обавезно чланство и потписан уговор о обештећењу

Табела бр. 16: Међународна финансијска корпорација (енг. *International Financial Corporation*)⁹³¹

	Покриће политичких ризика	Генерално покриће ризика
Врста покрића	-	Гаранција измирења дуга
Применљиви пројекти	-	Пројекти у приватном сектору, нове инвестиције, приватизације, концесије, нема секторног ограничења
Корисници	-	Приватни даваоци кредита
Применљиве врсте инвестиција	-	Кредити, обвезнице
Покривени ризици	-	Кредитни ризик примаоца кредита
Максималан износ	-	Без посебног одређења процента, у зависности од тржишних услова
Додатни/други услови	-	Признање у домаћој држави

⁹³⁰ Вид. <http://www.worldbank.org/guarantees>

⁹³¹ Вид. <http://www.ifc.org>

Табела бр. 17: Мултилатерална инвестициона гарантна агенција
(енг. *Multilateral Investment Guarantee Agency*)⁹³²

	Покриће политичких ризика	Генерално покриће ризика
Врста покрића	Инвестициона гаранција	-
Применљиви пројекти	Нове инвестиције, приватизације, међународни инвестициони пројекти	-
Корисници	Субјекти који послују на комерцијалним основама	-
Применљиве врсте инвестиција	Обезбеђивање оснивачког улога и докапитализација, зајмови оснивача, обвезнице, уговори о закупу и управљању који могу служити као покриће	-
Покривени ризици	Експропријација, ратови и грађански ратови, повреда уговора, немогућност конверзије једне валуте у другу валуту, ограничења преноса новчаних средстава	-
Максималан износ – степен обезбеђења	До 90 % за обезбеђење капитала До 95 % за пројектно финансирање До 200 милиона долара	-
Додатни/други услови	Одобрење државе у којој се пројекат реализује	-

Табела бр. 18: Азијска развојна банка (енг. *Asian Development Bank*)⁹³³

	Покриће политичких ризика	Генерално покриће ризика
Врста покрића	Гаранција измирења дуга по основу политичког ризика	Гаранције измирења дуга
Применљиви пројекти	Нове инвестиције, <i>greenfield</i> пројекти, државни или приватни пројекти, као и пројекти јавних предузећа	Нове инвестиције, <i>greenfield</i> пројекти, државни или приватни пројекти, као и пројекти јавних предузећа
Корисници	Даваоци кредита који послују под комерцијалним условима, државна и приватна осигуравајућа и реосигуравајућа друштва	Даваоци кредита који послују под комерцијалним условима, државна и приватна осигуравајућа и реосигуравајућа друштва
Применљиве врсте инвестиција	Кредити, обвезнице, зајмови оснивача	Кредити, обвезнице, зајмови оснивача
Покривени ризици	Експропријација, ратови и грађански ратови, повреда уговора, немогућност конверзије једне валуте у другу валуту, ограничења преноса новчаних средстава	Комерцијални и политички ризици
Максималан износ	Без посебног одређења процента за гаранције влади; у зависности од тржишних услова, уз могућност ограничења до 75 милиона долара - 25% пројектних трокова односно до 150 милиона евра – 50% пројектних трошкова	Без посебног одређења процента за гаранције влади; у зависности од тржишних услова, уз могућност ограничења до 75 милиона долара - 25% пројектних трокова односно до 150 милиона евра – 50% пројектних трошкова
Додатни/други услови	Обештећење се не тражи за пројекте који укључују владу, односно јавна предузећа, за остале пројекте је потребно да постоји	Обештећење се не тражи за пројекте који укључују владу, односно јавна предузећа, за остале пројекте је потребно да постоји

⁹³² Вид. <http://miga.org>

⁹³³ Вид. <http://www.adb.org>

Табела бр. 19: Европска банка за обнову и развој
(енг. *European Bank for Reconstruction and Development*)⁹³⁴

	Покриће политичких ризика	Генерално покриће ризика
Врста покрића	Гаранција измирења дуга по основу политичког ризика	Гаранције измирења дуга за мала и средња предузећа, подршка пројектима локалне самоуправе
Применљиви пројекти	Пројекти јачања финансијског сектора, пројекти подршке развоју локалне самоуправе, инфраструктурни пројекти (транспорт, прерада воде, прерада отпада, производња електричне енергије)	Пројекти јачања финансијског сектора, пројекти подршке развоју локалне самоуправе, инфраструктурни пројекти (транспорт, прерада воде, прерада отпада, производња електричне енергије)
Корисници	Приватни сектор, локална самоуправа, јавна предузећа	Приватни сектор, локална самоуправа, јавна предузећа
Применљиве врсте инвестиција	Краткорочни кредити, средњорочни кредити, обвезнице, акредитиви, кредити у локалној валути	Краткорочни кредити, средњорочни кредити, обвезнице, акредитиви, кредити у локалној валути
Покривени ризици	Експропријација, ратови и грађански ратови, повреда уговора, немогућност конверзије једне валуте у другу валуту, ограничења преноса новчаних средстава	Комерцијални и политички ризици
Максималан износ	150 милиона евра (може и више предмет, појединачног одобрења) или 35% укупних пројектних трошкова	150 милиона евра (може и више, предмет појединачног одобрења) или 35% укупних пројектних трошкова
Додатни/други услови	Залога и хипотека, посебни наменски рачуни	Залога и хипотека, посебни наменски рачуни

Б) Билатералне организације – приказ обезбеђења

Табела бр. 20: Француска национална агенција за осигурање извозних кредита (*COFACE*)
(фр. *Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur*)⁹³⁵

Врста покрића	Осигурање инвестиционих улагања	Гаранције за извозне кредите
Применљиви пројекти и правни послови	Инвестициони пројекти вредности изнад 15 милиона евра и са веком пројекта 5 – 15 година	Кредити банака у трајању од најмање две године; подршка привредним друштвима која извозе претежно робу француског порекла; извођење радова од стране јавног или приватног субјекта
Корисници	Француска привредна друштва, француске банке и друге финансијске институције које обезбеђују финансирање	Француска привредна друштва, француске банке и друге финансијске институције које обезбеђују финансирање
Применљиве врсте инвестиција	Обезбеђивање капитала (<i>greenfield</i> инвестиције, али и било какво друго обезбеђивање капитала), додатне уплате, зајмови оснивача, концесије, кредити банака, гаранције за изнајмљивање опреме и др.	Уговори о кредиту, гаранције, потраживања

⁹³⁴ Вид. <http://www.ebrd.com>

⁹³⁵ Вид. <http://www.coface.com>

Покривени ризици	Немогућност конверзије једне валуте у другу валуту, ограничења преноса новчаних средстава, ратови, политички немири, грађански сукоби, експропријација, промене закона, повреда уговора, неиздавање дозвола и лиценци	Комерцијални ризици: инсолвентност и банкротство купца, немогућност извршења обавезе плаћања, раскид уговора од стране купца односно наручиоца посла, односно услуге. Некомерцијални ризици: политички ризици у држави у којој се реализује пројекат, политички ризици у ЕУ и Француској, природе катастрофе и ризик више силе
Максимално трајање	15 година	До 14 година за пројектно финансирање. До 15 година за пројекте изградње хидро-централа.
Максималан износ или покриће	За улагање у капитал и кредите банака: максимално 95% од трошкова који се могу признати	Нема посебног ограничења изузев за одређене земље за које се то унапред одређује условима пословања; за кредитни ризик – 95% вредности кредита, 90% за политичке ризике а у вези са кредитом добављача, 85% за комерцијални ризик за добављача (90% уколико постоји и банкарска гаранција)
Додатни/други услови	Француска влада мора да одобри трансакцију Пословање у складу са ОЕЦД правилима.	Француска влада мора да одобри трансакцију. Пословање у складу са ОЕЦД правилима.

Табела бр. 21: Немачка приватна компанија *EULER HERMES*⁹³⁶

Врста покрића	Гаранције за инвестициона улагања	Гаранције за извозне кредите
Применљиви пројекти и правни послови	Нове директне инвестиције у иностранству, дугорочна капитална улагања у новцу односно у неновчаном улогу. Право на подношење захтева за издавање гаранција за инвестициона улагања имају само немачки предузетници, односно привредна друштва са седиштем у Немачкој или са центром пословних интереса у Немачкој. Издају се у вези са извозом и производњом немачких производа, обезбеђивањем пројектног финансирања у различитим трансакцијама.	Нове директне инвестиције у иностранству, дугорочна капитална улагања у новцу односно у неновчаном улогу. Издају се у вези са извозом и производњом немачких производа, обезбеђивањем пројектног финансирања у различитим трансакцијама.
Корисници	Приватне компаније, даваоци кредита, јавни учесници у пројекту који се задужују, локалне самоуправе које се задужују за реализацију пројеката	Приватне компаније, даваоци кредита, јавни учесници у пројекту који се задужују, локалне самоуправе које се задужују за реализацију пројеката
Применљиве врсте инвестиција	Дуговања по основу кредита банке, зајма оснивача; обвезнице, улагање у капитал (оснивачки улог у пројектном друштву), приходи (дивиденде, камата, порез на добит)	Дуговања по различитим основама

⁹³⁶ Вид. <http://www.eulerhermes.com>

Покривени ризици	Политички ризици: немогућност конверзије једне валуте у другу валуту, политички ризици, експропријација, ризик мораторијума, повреда уговора	Комерцијални ризици: инсолвентност и банкротство и др. Политички ризици.
Максимално трајање	До 15 година уз могућност продужења за додатних 5 година у изузетним случајевима	До 12 година у складу са ОЕЦД уговором
Максималан износ или покриће	Нема посебног ограничења	Нема посебног ограничења
Додатни/други услови	Посебни захтеви у погледу заштите животне средине; обавезна правна заштита директних инвестиција се мора обезбедити на основу уговора државе у којој се трансакција одвија и Немачке.	Обавезан самопридржај 5-15%.

Табела бр. 22: Италијанска национална агенција за осигурање извозних кредита (*SACE*)⁹³⁷

Врста покрића	Обезбеђење покрића осигурања за инвестициона улагања	Обезбеђење покрића осигурања за извозне кредите
Применљиви пројекти и правни послови	Извоз роба и услуга од стране италијанских компанија; италијанске инвестиције у иностранству без ограничења везано за индустријски сектор, вредност инвестиције, и сл.	Извоз роба и услуга од стране италијанских компанија; италијанске инвестиције у иностранству без ограничења везано за индустријски сектор, вредност инвестиције и сл.
Корисници	Банке и приватни учесници у пројекту	Банке и приватни учесници у пројекту
Применљиве врсте инвестиција	Улагање у капитал, кредити, корпоративне обвезнице, дуговања по основу пројектног финансирања.	Улагање у капитал, кредити, корпоративне обвезнице, дуговања по основу пројектног финансирања.
Покривени ризици	Политички ризици: немогућност конверзије једне валуте у другу валуту, експропријација, политички ризици, ратови, природне катастрофе, промене курса изазване променом прописа у држави дужника, ембарго и др.	Комерцијални ризици: инсолвентност и банкротство, немогућност купца односно наручиоца услуга да изврши плаћање, раскид уговора од стране куца односно наричиоца посла; некомерцијални ризици.
Максимално трајање	12 година, осим ако се посебно одобри другачији рок	12 година, осим ако се посебно одобри другачији рок
Максималан износ или покриће	До 95% вредности	Нема посебног ограничења
Додатни/други услови	За све обавезе <i>SACE</i> -а гарантује Република Италија.	За све обавезе <i>SACE</i> -а гарантује Република Италија.

⁹³⁷ Вид. <http://www.sace.it>

Табела бр. 23: Јапанска национална корпорација за осигурање извозних кредита (*JBIC*)⁹³⁸

Врста покрића	Обезбеђење покрића осигурања за политичке ризике	Обезбеђење покрића осигурања за све врсте ризика
Применљиви пројекти и правни послови	Пројекти којима се подстиче пословање јапанских компанија, како у вези са извозним пословањем, тако и у вези са увозом робе, односно услуга; инвестициона улагања; промоција пословних активности.	Пројекти којима се подстиче пословање јапанских компанија, како у вези са извозним пословањем, тако и у вези са увозом робе, односно услуга; инвестициона улагања; промоција пословних активности.
Корисници	Приватне финансијске институције (јапанска друштва или филијале страних финансијских институција са присуством у Јапану); приватни учесници у пројекту; јавни учесници у пројекту.	Приватне финансијске институције (јапанска друштва или филијале страних финансијских институција са присуством у Јапану); приватни учесници у пројекту; јавни учесници у пројекту.
Применљиве врсте инвестиција	Кредити и обвезнице.	Кредити и обвезнице.
Покривени ризици	Политички ризици, немогућност конверзије једне валуте у другу валуту, експропријација, повреда уговора од стране јавног учесника у пројекту.	Све врсте комерцијалних и некомерцијалних ризика.
Максимално трајање	У зависности од пројекта, генерално до 15 година.	У зависности од пројекта, генерално до 15 година.
Максималан износ или покриће	До 100% дуговања.	У зависности од пројекта.
Додатни/други услови	Обезбеђење покрића осигурања за политичке ризике или за ризике на страни приватних учесника у пројекту који се задужују може да захтева гаранцију јапанске Владе, у зависности од случаја. У појединим случајевима могу се истицати и додатни захтеви посебно у вези са заштитом животне средине.	Обезбеђење покрића осигурања за политичке ризике или за ризике на страни приватних учесника у пројекту који се задужују може да захтева гаранцију јапанске Владе, у зависности од случаја. У појединим случајевима могу се истицати и додатни захтеви посебно у вези са заштитом животне средине.

⁹³⁸ Вид. <http://www.jbic.go.jp>

Табела бр. 24: Национална агенција за осигурање извозних кредита Уједињеног Краљевства (ECGD)⁹³⁹

Врста покрића	Обезбеђење покрића осигурања за инвестициона улагања	Обезбеђење покрића осигурања за извозне кредите
Применљиви пројекти и правни послови	Стране директне инвестиције (улагање у капитал, зајмови оснивача, гаранције оснивача); подршка кредитима за инвестиције у иностранству када пројекат финансира оснивач из Уједињеног краљевства; инвестициони зајмови у случају када инвеститор нема власничко учешће у друштву основаном у иностранству; гаранције банкама које дају извозне кредите; пројектно финансирање које се обезбеђује извозницима са држављанством Уједињеног краљевства.	Стране директне инвестиције (улагање у капитал, зајмови оснивача, гаранције оснивача); подршка кредитима за инвестиције у иностранству када пројекат финансира оснивач из Уједињеног краљевства; инвестициони зајмови у случају када инвеститор нема власничко учешће у друштву основаном у иностранству; гаранције банкама које дају извозне кредите; пројектно финансирање које се обезбеђује извозницима са држављанством Уједињеног Краљевства.
Корисници	Даваоци кредита и приватни учесници у пројекту.	Даваоци кредита и приватни учесници у пројекту.
Применљиве врсте инвестиција	Улагање у капитал и задужења по различитим основама.	Улагање у капитал и задужења по различитим основама.
Покривени ризици	Политички ризици: немогућност конверзије једне валуте у другу валуту, експропријација, повреде уговора, регулаторни ризици.	Све врсте комерцијалних и политичких ризика.
Максимално трајање	До 15 година. За пројектно финансирање – до 14 година ако је просечан век пројекта 7,25 година	До 15 година. За пројектно финансирање – до 14 година ако је просечан век пројекта 7,25 година
Максималан износ или покриће	За осигурање инвестиција у иностранству – до 90% осигуране суме; За извозно осигурање – до 95% вредности штете; За кредит купца односно наручиоца услуге – 100% гаранције УК банци; За пројектно финансирање – до 100% гаранције за политичке и комерцијалне ризике, и др.	За осигурање инвестиција у иностранству – до 90% осигуране суме; За извозно осигурање – до 95% вредности штете; За кредит купца односно наручиоца услуге – 100% гаранције УК банци; За пројектно финансирање – до 100% гаранције за политичке и комерцијалне ризике, и др.
Додатни/други услови	Без посебних додатних услова.	Без посебних додатних услова.

Осигурање извозних кредита ретко када обезбеђује 100% покрића ризика. Франшиза, односно осигураников самопридржај се разликује од осигуравача до осигуравача, и зависи од тога да ли се осигурава краткорочан, средњерочан или дугорочан извозни посао, а креће се у распону од 2-20%, с тим да је најчешћа стопа франшизе између 10-20%.

⁹³⁹ Вид. <http://www.ecgd.gov.uk>

Доња табела садржи приказ стопе самопридржаја у различитим јурисдикцијама, доступним према анализи Dun & Bradstreet (www.dnb.co.uk)

Табела бр. 25: Процент самопридржаја код осигурања извозних кредита

Држава	Ризици	Предмет основног уговора у чију сврху се закључује уговор о осигурању извозних кредита	Франшиза
Велика Британија	Рат између државе дужника односно државе у којој се реализује пројекат и Велике Британије; Рат, револуција, грађански рат и немири у земљи дужника; Повреда уговора од стране дужника односно стране која учествује у реализацији пројекта; Други ризици.	Инвестициона улагања и радови у иностранству;	20 %
		Уговор о међународној продаји;	10 - 20 %
		Уговор о међународној продаји;	10 – 25 %
		Уговор о међународној продаји.	5 %
Сједињене Америчке Државе	Рат, револуција, грађански рат и немири у држави дужника односно држави у којој се реализује пројекат; Увођење ограничења на извоз/увоз; Повреда уговора од стране дужника односно стране која учествује у реализацији пројекта.	Инвестициона улагања и радови у иностранству;	10 – 20%
		Уговор о међународној продаји;	- 10 % за приватне учеснике у пројекту - 5 % за правне послове обезбеђене акредитивом 5 – 10 %
Француска	Рат, револуција, грађански рат и немири у земљи дужника односно држави у којој се реализује пројекат; Повреда уговора од стране дужника, односно стране која учествује у реализацији пројекта.	Инвестициони радови и капитални пројекту;	10 – 20 % - 10 % за јавне дужнике
		Уговор о међународној продаји.	10 – 20 %
Белгија	Повреда уговора од стране дужника, односно стране која учествује у реализацији пројекта	Инвестициони радови.	10 %
Мексико	Повреда уговора од стране дужника, односно стране која учествује у реализацији пројекта	Инвестициони радови.	10 – 25 %

ПРИЛОГ БР. 7

ПРИКАЗ УПОРЕДНОПРАВНИХ РЕШЕЊА

1. АУСТРИЈА

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта према моделу јавно-приватног партнерства нису посебно уређени аустријским Општим грађанским закоником, нити Трговачким закоником као посебна врста уговора.

Ови уговори се у Аустрији закључују у следећим областима, посматрано по „секторима“: изградња инфраструктурних објеката за превоз шинским саобраћајем, изградња путева и одржавање улица, пружање услуга здравствене заштите, управљање отпадом, пречишћавање отпадних вода, и др.

Јавни субјект у овим уговорима може да буде носилац јавних овлашћења на свим нивоима, а у пракси су то најчешће територијалне јединице (покрајине или општине), као и јавна предузећа која су основали република, покрајине, односно јединице локалне самоуправе.

У Аустрији се најчешће закључују уговори о концесији код којих држава даје концесију приватном субјекту за финансирање, изградњу, управљање и одржавање инфраструктурних објеката. Заједничка карактеристика свих појединачних уговора закључених по овом моделу сарадње јавног и приватног субјекта је да концесионар преузима обавезу искључивог финансирања, изградње, управљања и одржавања објекта, постројења, односно система, а по протеку рока на који је уговор закључен (у пракси, најчешће између 25 и 30 година), јавни субјект преузима објекат, постројење, односно систем.

Пројекти се, најчешће, разликују само по томе на коме лежи обавеза плаћања накнаде за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса – на јавном субјекту или на крајњим корисницима.

Код тзв. „оперативног“ модела сарадње јавног и приватног субјекта (нем. *Betreibermodell*) накнаду пројектном друштву плаћају крајњи корисници услуга. Овај модел је могућ и код концесија (нем. *Konzessionsmodell*), код којих се неретко уговара и плаћање накнаде од стране јавног субјекта кроз плаћање годишњих уговорених износа. Код мешовитих модела (нем. *Mischmodell*) накнаду плаћа јавни субјект, у зависности од степена потражње и коришћења објекта/постројења/система. Код модела закупа (нем. *Leasingmodell*) годишњу накнаду, такође, плаћа јавни субјект, а накнада се исплаћује на месечном нивоу.

Посебан облик сарадње јавног и приватног субјекта представља тзв. „модел сарадње“ (нем. *Kooperationsmodell*). Њега карактерише оснивање заједничког друштва (нем. *Sondergesellschaft*) које преузима обављање делатности које традиционално припадају јавном сектору.

Од важнијих закона који уређују област сарадње јавног и приватног субјекта посебно се издвајају Закон о брзим железницама (нем. *Hochleistungsstreckengesetz* – скр. *HIG*) из 1989. године и Савезни закон о путевима (нем. *Bundesstraßengesetz*) из 1971. године. Могућност реализације ових пројеката у области брзих железница предвиђена је изменама и допунама поменутог закона из 1999. године, кад је омогућено учешће приватних субјеката.

За потребе финансирања инвестиција у области железничке инфраструктуре основано је Друштво за финансирање железничке инфраструктуре (нем. *Schieneinfrastrukturfinanzierungs-Gesellschaft* – скр. *SCHIG*), у коме Аустрија, у складу са прописима, има најмање 51% учешћа у капиталу. Задатак *SCHIG*-а је финансирање инвестиција у инфраструктуру и сарадња приликом закључења уговора са трећим субјектима о суфинансирању, изградњи, односно реализацији пројеката у области железничке инфраструктуре.

Земљиште које служи за одржавање савезних путева пренето је у својину Акционарског друштва за финансирање ауто-путева и брзих путева (нем. *Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungsaktiengesellschaft* – скр. *ASFİNAG*). Накнада за коришћење путева регулисана је Законом о путарини на савезним путевима (нем. *Bundesstraßen-Mautgesetz*), који је ступио на снагу 1.1.2003. године. Путарина је накнада за коришћење путева која се уређује према приватноправним начелима. За комплетну мрежу савезних путева начелно важи обавеза плаћања путарине, осим уколико је другачије предвиђено посебном уредбом.

Приватни субјект се у Аустрији одабира у поступку јавних набавки у складу са Савезним законом о јавним набавкама (нем. *Bundesvergabegesetz* – скр. *BvergG*) из 2006. године, и с тим у вези донетим уредбама на савезном и регионалном нивоу.

На набавке у области одбране и безбедности од 2012. године примењује се Савезни закон о јавним набавкама у области одбране и безбедности (нем. *Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit* – скр. *BVergGVS*).

Савезни закон о јавним набавкама се примењује на све „јавне наручиоце“, а ту спадају: (а) носиоци јавних овлашћења на свим нивоима власти (република, покрајина, општина, месне заједнице), (б) јавне установе, и (в) удружења (савези).

Савезни закон о јавним набавкама дефинише врсте набавки и садржи правила разграничавања у случају кад постоје елементи више различитих врста јавних набавки.

Јавне набавке испоруке робе (нем. *Lieferaufträge*) су набавке које за предмет имају куповину робе, лизинг, закуп или куповину на рате, са опцијом куповине или без те опције.

Јавне набавке грађевинских радова (нем. *Baufaufträge*) су набавке које за предмет имају спровођење и/или планирање намере грађења, спровођење грађевинских радова или испуњење обавеза грађења ангажовањем трећих лица у складу са захтевима јавног наручиоца.

Јавне набавке услуга (нем. *Dienstleistungsaufträge*) су набавке које не спадају у категорију испоруке робе и грађевинских радова, и чији је предмет уговора пружање услуга, које се, према *BvergG*, деле на „приоритетне“ и „неприоритетне“ услуге. Приоритетне услуге су нпр. обрада података и повезане делатности, као што је софтверско програмирање, израда и одржавање *web-*

страница, рекламно-пропагандне услуге, саветовање предузећа и повезане делатности, као што су: пројектни менаџмент, истраживачки и развојни пројекти, и сл. У неприоритетне услуге спада правно саветовање.

Наручилац је дужан да поступак јавне набавке организује и спроведе у складу са следећим начелима: (а) начелом једнаког приступа, (б) начелом равноправности, (в) начелом поштовања основних слобода у складу са комунитарним правом, (г) начелом слободне тржишне утакмице /конкуренције, (д) начелом доделе уговора самом оним субјектима који испуњавају прописане критеријуме набавке, и (ђ) начелом транспарентности.

Јавне набавке се најопштије могу поделити на јавне набавке које премашују прописане вредности, односно утврђене финансијске прагове, и јавне набавке које не достижу прописане вредности. Вредност јавне набавке опредељује поступак који ће бити спроведен. Као прописане вредности, односно финансијски прагови, који опредељују врсту поступка одређене су следеће вредности: (а) за грађевинске радове – вредност од пет милиона евра, (б) за испоруке робе/производа – вредност од 200.000 евра, и (в) за пружене услуге – вредност од 200.000 евра.

Јавна набавка се, у случају кад вредност набавке премашује прописане износе, може организовати у следећим поступцима: (а) отвореном поступку, (б) рестриктивном поступку са претходним оглашавањем, и (в) преговарачком поступку. У случају кад вредност набавке не премашује прописане износе, јавна набавка се може организовати у следећим поступцима: (а) отвореном поступку, (б) рестриктивном поступку са претходним оглашавањем, и (в) преговарачком поступку са претходним оглашавањем.

2. БРАЗИЛ

У Федералној Републици Бразил уговори о сарадњи јавног и субјекта према моделу јавно-приватног партнерства су регулисани Савезним законом о јавно-приватним партнерствима 11.079 (порт. *Lei No 11.079, de 30 de dezembro de 2004*) из 2004. године, који настоји да имплементира неколико концепата и најбоље међународне праксе, као и различите начине исплате накнаде приватном субјекту, у складу са његовим учинком, објективном расподелом ризика између уговорних страна и јавног гарантног фонда.

Поменути закон уређује општа правила за јавно надметање у поступцима јавно-приватног партнерства и ангажовања приватног субјекта на федералном, државном и општинском нивоу. Савезна влада покушала је да уведе и институт приватне финансијске иницијативе, међутим, Савезни закон о јавно-приватним партнерствима дефинише ограничене пословне моделе (спонзорисану и административну концесију), те још увек није на одговарајући начин постигнут овај циљ. Штавише, врло је мали број закључених и спроведених уговора на Савезном нивоу, док су, са друге стране, неке бразилске државе, радећи на основу својих локалних закона имале више успеха.

Сарадња јавног и приватног субјекта остварује се по моделу уговора о концесији, и може бити субвенционисана/спонзорисана концесија или административна концесија.

Субвенционисана/спонзорисана концесија представља концесију јавних услуга или јавних радова, у складу са Законом бр. 8987 од 13.02.995. године (Закон о концесијама). У случају ове врсте концесије, приватни субјект поред накнаде за пружене услуге коју убира од крајњих корисника услуга, добија и одговарајућу накнаду коју му исплаћује јавни субјект. У пракси реализације пројеката сарадње јавног и приватног субјекта у Бразилу, субвенционисана/спонзорисана концесија се најчешће среће у случају изградње путева, железничких транспортних система, и слично.

Административна концесија, са друге стране, представља уговор директног или индиректног пружања услуга јавном субјекту/јавној управи, а примењује се најчешће у пројектима који укључују извођење радова на изградњи, односно радова на инсталирању опреме. Код ове врсте концесије једини извор прихода приватног субјекта представља накнада коју му плаћа јавни субјект. У пракси реализације пројеката сарадње јавног и приватног субјекта у Бразилу, административна концесија се најчешће среће у случају изградње болница, школа и других сличних јавних објеката.

Поред субвенционисане/спонзорисане концесије и административне концесије, законом је уређена и обична концесија. Обична концесија, као концесија јавних услуга или јавних радова из Закона о концесијама, не сматра се јавно-приватним партнерством уколико приватни субјект не прима никакву накнаду од јавног субјекта.

На субвенционисане/спонзорисане и административне концесије примењују се Закон о јавно-приватним партнерствима (11.079/2004) и Закон о концесијама (8.987/1995), којим се уређује давање дозвола за пружање јавних услуга, но уколико се на одређени случај не може применити ни један од наведених закона, примениће се Савезни закон бр. 8.666/1993, који поставља општа правила о јавним набавкама и јавним уговорима (Закон о јавним набавкама).

Према бразилском Савезном закону основно обележје уговора о јавно-приватном партнерству је дугорочност односа јавног и приватног субјекта, а основна обележја јавно-приватног партнерства су: (а) дужина трајања уговора – од пет до 35 година, и (б) минимална вредност уговора који се закључује – 20.000.000,00 бразилских реала. Сарадња јавног и приватног субјекта уобичајено се заснива на неком од модела који укључује извођење радова на изградњи, односно по моделу управљања.

Јавно-приватно партнерство не може бити уговорено уколико: (а) вредност уговора износи мање од 20.000.000,00 бразилских реала, (б) време трајања уговора је краће од пет година, или (в) уколико је једини предмет уговора испорука и монтажа опреме или извођење јавних радова.

Поступак реализације пројеката јавно-приватног партнерства у Бразилу врши се под надзором Савезног органа надлежног за надзор и унапређење области јавно-приватног партнерства, који представља посебно одељење формирано при Министарству просторног планирања.

Уговори који уређују јавно-приватно партнерство обавезно садрже одредбе које уређују: (а) висину накнаде која се исплаћује приватном субјекту и начин плаћања; (б) приказ трошкова који ће се презентовати у поступку одобравања исплате накнаде; (в) спецификацију делатности, односно услуга које приватни субјект треба да обавља, односно да пружа; (г) додатне обавезе приватног и јавног субјекта у односу на иницијално преузете ризике уговорних страна; (д) методологију која ће се примењивати у поступку оцене испуњења уговорених стандарда и пружања уговореног квалитета услуга од стране приватног субјекта; (ђ) услове за преговарање измена и допуна уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта; и (е) гаранције плаћања накнаде коју је јавни субјект дужан по уговору да исплати приватном субјекту.

Додатно, уговор о јавно-приватно партнерству у складу са одредбама члана 23 Закона о концесијама, треба да садржи и: (а) уговором прописано време трајања уговора (у распону од пет до 35 година); (б) уговорене санкције за случај непоштовања уговорних обавеза, које се одређују сразмерно тежини повреде уговорне обавезе; (в) одредбе које детаљно уређују расподелу ризика између уговорних страна (матрица ризика); (г) одредбу о накнади штете; (д) механизме за обезбеђивање квалитета и стандарда у пружања услуга; (ђ) одредбе којима се осигурава благовремено плаћање накнаде од стране јавног субјекта; (е) објективне критеријуме за оцену начина извршења уговора од стране приватног субјекта и поступак за утврђивање испуњености уговорених стандарда обављања делатности, односно пружања услуга; и др.

Уговором се, такође, могу уредити и: (а) услови и поступак у коме јавни субјект може да одобри преузимање пројекта од стране финансијера пројекта, у циљу осигуравања преживљавања пројекта; (б) могућност да јавни субјект преузме обавезу плаћања доспелих анuitета према финансијерима пројекта, а по основу кредитног задужења пројектног друштва; (в) обрачун и исплату накнаде финансијерима пројекта у случају раскида уговора, као и исплату од стране фондова и јавних предузећа, која делују као гаранти јавно-приватног партнерства. Уговором се могу предвидети различити начини плаћања накнаде приватном субјекту за обављене делатности, односно пружене услуге од општег интереса, који се оцењују у односу на прописане стандарде.

Пре доделе уговора, понуђачи оснивају друштво посебне намене (порт. „*sociedade de propósito específico*“) које ће бити одговорно за спровођење пројекта. Промена контроле над друштвом посебне намене је условљена давањем претходног одобрења од стране јавног субјекта, на начин и у поступку који је прописан у позиву за достављање понуда и у уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта.

Јавни субјект не може бити већински власник друштва посебне намене, али се овакво право, у случају неблаговременог измирења обавеза пројектног друштва по основу кредитног финансирања, може установити у корист финансијера пројекта који је под контролом јавног субјекта, односно државе.

Одабир приватног субјекта врши се у поступку јавне набавке или конкурентног дијалога.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта могу бити предмет измена и допуна, ако се за тим укаже потреба, што се уговором посебно уређује.

О значају пројеката јавно-приватног партнерста у Бразилу говори и околност да је на савезном нивоу основан тзв. међуминистарски савет за управљање програмом јавно-приватних партнерстава са следећим задацима: (а) дефинисање приоритетних пројеката који ће се реализовати кроз јавно-приватно партнерство; (б) покретање поступка набавке; (в) давање одобрења за упућивање позива за достављање понуда; (г) анализа извештаја о спровођењу уговора. Овај Савет чине избрани представници следећих министарстава: (а) Министарства просторног планирања, буџета и управљања, који је одговоран за координацију активности; (б) Министарства финансија; и (в) Цивилног кабинета Председништва. Представник јавног субјекта који је специјализован за конкретну врсту пројеката који се реализују под покровитељством јавно-приватног партнерства обавезно учествује на састанцима Савета. Савет на годишњем нивоу представља Националном конгресу и Савезној ревизорској канцеларији извештаје о спровођењу пројеката јавно-приватног партнерства.

Савезна влада може да закључи уговор о јавно-приватном партнерству само кад збир текућих издатака изведених из већ закључених партнерских уговора у претходној години не премашује 1% нето текућих прихода фискалне године, а годишњи трошкови уговора на снази, у десет наредних година, према прогнози не премаше 1% нето текућег прихода за одговарајућу фискалну годину.

3. ДАНСКА

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта се у Данској, најчешће, закључују у пројектима који укључују извођење јавних радова на изградњи грађевинских објеката. Приватни субјект је одговоран не само за изградњу, већ и за касније одржавање и управљање објектом, постројењем, односно системом.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезно уређују финансирање, пројектовање, изградњу, управљање и одржавање објекта/постројења/система.

Финансирање пројекта обезбеђује приватни субјект, односно пројектно друштво које он оснива, док се обавеза јавног субјекта састоји у плаћању накнаде за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта уобичајено се закључује на период између 15 и 25 година.

Основно питање које се налази у средишту уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта је финансијска исплативост пројекта. Ризик повезан са обезбеђивањем финансирања пројекта преузима на себе искључиво приватни субјект, коме уговор треба да обезбеди довољно подстицаја да преузме ризик финансирања. Јавни субјект се превасходно руководи вредношћу објекта/постројења/система, односно корисношћу истих како у датом тренутку, тако и у

будућности. Јавни субјект се, приликом одабира приватног субјекта не руководи једино понуђеном ценом, већ у складу са одговарајућом методологијом испитује могућност да пројекат дугорочно обезбеди испуњење критеријума „вредности за новац“.

У Краљевини Данској не постоји посебан правни оквир који уређује сарадњу јавног и приватног субјекта, а у претходних десетак година закључено је свега неколико уговора који носе обележја јавно-приватног партнерства. Ови пројекти су се реализовали у складу са Законом о јавним грађевинским радовима (дан. *Lov om offentlig byggevirkksomhed udbudsdirektivet*), директивама Европске уније које уређују област јавних набавки, Законом о локалној самоуправи и другим прописима који уређују финансијске аранжмане, односно закључивање уговора о кредиту (дан. *låne- og deponeringsreglerne*), порезе, осигурања и др.

Непостојање посебних правила која уређују уговоре о сарадњи јавног и приватног субјекта представља отежавајућу околност и кад је реч о опредељењу за конкретног јавног субјекта који би иницирао пројекат и старао се о његовој реализацији.

Додатно, један од разлога зашто је у Данској до сада започет или реализован веома ограничен број пројеката заснованих на сарадњи јавног и приватног субјекта јесте и околност да је последњих година у Данској било лакше обезбедити финансирање великог пројекта који би самостално реализовао јавни субјект, него пројекта који би се заснивали на сарадњи јавног и приватног субјекта, код којих би главни носилац финансијске обавезе био приватни субјект, односно пројектно друштво.

Сви до сада започети, односно реализовани пројекти обавезно су укључивали извођење радова на изградњи, а претежним делом су за предмет имали изградњу, односно реконструкцију различитих објеката у јавне сврхе (школе, болнице и др.).

Надлежни јавни орган надзора у претежном делу реализованих пројеката била је државна Агенција за изградњу, а у пројектима који су садржали обележја концесије, надзор над реализацијом пројекта вршило је Министарство финансија Краљевине Данске.

Одабир приватног субјекта обавља се најчешће у поступку јавне набавке.

У случају кад се одабир приватног субјекта врши у поступку јавне набавке, у поступак одабира је укључен и дански орган надлежан за заштиту конкуренције и потрошача, који је 2012. године припремио стандардни модел уговора о јавно-приватном партнерству, који уређује посебна правила за изградњу новог и за реконструкцију, односно оперативно-техничко унапређење већ постојећег објекта/ постројења/система.

Стандардни модел уговора уређује следеће четири фазе у реализацији пројекта: (а) фаза 1 – доношење одлуке о започињању пројекта јавно-приватног партнерства, (б) фаза 2 – дефинисање конкретног пројекта, (в) фаза 3 – поступак јавне набавке и закључење уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, и (г) фаза 4 – извођење радова на изградњи новог, односно радова на реконструкцији већ постојећег објекта/постројења/система.

Дански орган надлежан за заштиту конкуренције и потрошача бави се секторском анализом тржишта и саветује надлежне државне органе кроз смернице о правним и практичним питањима.

У поступак надзора над извршењем уговора о јавно-приватном партнерству укључен је и недавно формиран Савет за јавно-приватну сарадњу (дан. *Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde*), који заједно са органом надлежним за заштиту конкуренције и потрошача, управља данским *online* порталом за јавне набавке (www.udbud.dk) и одговоран је за давање смерница у вези са реализацијом пројеката сарадње јавног и приватног сектора.

4. ЕНГЛЕСКА

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта најдужу историју закључивања имају у Енглеској. Иако је системска сарадња јавног и приватног субјекта започела тек 90-их година XX века, уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта су се спорадично закључивали још од 50-их година XX века. Ти први уговори су углавном представљали споразуме о сарадњи мањих компанија, чија је делатност била повезана са извођењем радова на изградњи стамбених блокова у сарадњи са јединицама локалне самоуправе. Тек 90-их година XX века овим уговорима се посвећује значајнија пажња и они постају део политике и стратегије јавних субјеката на различитим нивоима деловања.

У Енглеској се у контексту уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта користе два термина – јавно приватно партнерство (енг. *public private partnership*) и приватна финансијска иницијатива (енг. *private finance initiative*). Јавно приватно партнерство представља генерички појам који има шире значење, док приватна финансијска иницијатива представља један од модела сарадње јавног и приватног субјекта, који је у Енглеској, уз приватизацију, један од најчешће практикованих модела сарадње јавног и приватног субјекта.

Гледано по индустријама у којима се у Енглеској реализују пројекти сарадње јавног и приватног субјекта, током последњих 15 година најчешћи су били пројекти повезани са изградњом нових, односно реконструкцијом већ постојећих болница и других здравствених установа, пројекти изградње/реконструкције школа и инфраструктурни пројекти у области саобраћаја.

У Енглеској не постоји посебан законски оквир који уређује пројекте сарадње јавног и приватног субјекта. На уговоре о сарадњи јавног и приватног субјекта примењују се правила комунитарног права, смернице, упутства и други званични документи Европске уније који уређују ову област. Поступак одабира приватног субјекта (поступак јавних набавки) спроводи се у свему у складу са правилима уређеним комунитарним правом, у свему на једнак начин на који се овај поступак примењује у односу на друге уговоре на које се примењују јавне набавке. У Енглеској је 1997. године донет Закон о локалној самоуправи (енг. *Local Government/Contracts/*

Act) на основу кога су јединице локалне самоуправе добиле законско овлашћење да закључују уговоре о сарадњи са приватним субјектима.

Модел сарадње јавног и приватног субјекта у Енглеској опредељује пре свега предмет пројекта, али и степен овлашћења који се са јавног субјекта преноси на приватног. У случају кад јавни субјект преноси ограничен обим овлашћења на приватног субјекта, закључују се уговори по моделу пружања услуга (енг. *input-based service* или *outsourcing contracts*), док се у пројектима у којима се приватном субјекту поверава већи степен овлашћења закључују уговори по моделу *BOT* послова, односно под-моделу *BOT* послова (енг. *output-based design, build, operate and finance contracts*). Степен преношења овлашћења директно утиче и на питање вредности инвестиције и извора финансирања.

У Енглеској се уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта закључују по једном од следећих шест модела:

(а) приватна финансијска иницијатива (енг. *private finance initiative*), код које је тежиште, баш како је то означено и у самом називу овог модела, у обезбеђивању финансирања које у целости пада на терет приватног субјекта, односно више удружених приватних субјеката. Приватна финансијска иницијатива је веома слична пројектном финансирању и може се са њим и изједначити, будући да је сам пројекат и извор прихода (из делатности пројектног друштва се исплаћује обавеза према финансијским институцијама), а и основно средство обезбеђења уговора (потраживање финансијера пројекта се најчешће обезбеђује кроз залагање будућих потраживања пројектног друштва, рачуне посебне намене (енг. *escrow accounts*) и директни уговор. По овом моделу реализује се претежан број уговора који за свој предмет имају изградњу нових, односно реконструкцију постојећих путева, железница, мостова, болница, школа и затвора;

(б) стратешко партнерство (енг. *strategic partnership* или *strategic partnering*) код кога приватни субјект има мање учешће у пројекту у односу на приватног субјекта. Наиме, код пројекта који се реализују по овом моделу приватни субјект најчешће приступа друштву које је основао јавни субјект, тако што у том друштву стиче мањинско учешће у капиталу и право да пропорционално свом власничком учешћу именује своје представнике у управу друштва. Овим моделом, јавни субјект задржава контролу над друштвом, али надомешта недостатак искуства и знања најчешће у вези са професионалним управљањем и одржавањем, које представља најважнију предност оваквог модела сарадње. Овакав облик сарадње не представља пуно поверавање управљања и одржавања приватном субјекту, већ извесни степен таквог поверавања уз задржавање и власничке и управљачке контроле од стране јавног субјекта. Овом моделу сарадње се прибегава у пројектима од стратешког интереса, најчешће у индустријама у којима јавни сектор жели да задржи контролу (власничку и управљачку), као, на пример, у војним и другим стратешким пројектима;

(в) поверавање контроле (енг. *contractorisation*) код кога јавни субјект поверава управљање и одржавање објекта/постројења/система приватном субјекту, а након истека трајања уговора

јавни субјект преузима управљање и одржавање објекта/постројења/система, или нови уговор закључује са другим или истим приватним субјектом под конкурентним условима. Код овог модела уговора јавни субјект најчешће задржава власништво над објектом/постројењем/системом за време док приватни субјект њиме управља, односно одржава га. Овакав облик сарадње јавног и приватног субјекта може представљати одвојен модел сарадње, а може бити и у функцији припреме јавног субјекта за приватизацију;

(г) модел заједничког привредног друштва (енг. *joint venture*) који је типичан за пројекте у којима јавни и приватни субјект своју сарадњу заснивају на заједничком сношењу ризика и погодности реализације пројекта, кад сваки од њих преузима одређене обавезе у погледу реализације пројекта, равноправно између себе деле ризике заједничког привредног друштва, с тим што је и код овог модела типично да финансирање заједничког привредног друштва преузима на себе приватни субјект, који обезбеђује и технолошка унапређења које пројекат захтева и потребан *know-how*, док јавни субјект најчешће има значајније учешће у управљању и одржавању пројекта, односно објекта/постројења/система који је предмет пројекта. Овај модел сарадње најчешће укључује уступање одређеног броја запослених јавног и приватног субјекта, који заснивају радни однос у заједничком привредном друштву;

(д) модел сарадње по основу већинског учешћа приватног субјекта (енг. *majority sale*) који је по својим обележјима веома сличан моделу стратешког партнерства, с тим што је код овог модела однос јавног и приватног субјекта другачије постављен. Код овог модела, приватни субјект има значајније учешће у капиталу и у управљању друштвом. У зависности од пројекта, као и од природе општег интереса, чијем испуњењу је намењен конкретан пројекат, овај модел може да има и одређене варијације у погледу овлашћења јавног и приватног субјекта, те се тако може уговорити да систем корпоративног управљања буде избалансиран, а да се целокупно свакодневно управљање повери приватном субјекту; и

(ђ) приватизација (енг. *privatisation*) која представља модел сарадње у коме приватни субјект, један или више њих, постају власници капитала субјекта у државној својини, који стицањем власништва преузимају и управљање и одржавање, али и старање о заштити општег интереса кроз обављање делатности, односно пружање услуга који морају да испуне уговорене стандарде. Модел приватизације је један од најређе заступљених модела сарадње јавног и приватног субјекта. Пројекат приватизације који је предмет најинтензивнијих критика у јавности је приватизација британске железнице, која је представљала комплексан пројекат који је укључивао раздвајање делатности превоза железничким путем и који је подразумевао оснивање великог броја привредних друштава која су преузела раније дужности јединственог система, и веома компликоване сарадње између нових правних ентитета.

Осим горе наведених модела сарадње јавног и приватног субјекта, у Енглеској су заступљени и другачији модели сарадње јавног и приватног субјекта који као заједнички именулац имају сарадњу која се реализује трастом (енг. *trust*), који представља структуру која је карактеристична за англосаксонско право, који је власник објекта/постројења/система који је

предмет пројекта. За трастове је карактеристично да се пројекти најчешће реализују кроз обезбеђивање пројектног финансирања, односно кроз хибридне моделе сарадње који највише подсећају на приватну финансијску иницијативу. Као најпознатији примери овакве сарадње истичу се *NHS LIFT (National Health Service Local Improvement Finance Trust)* у области пружања здравствених услуга, *BSF Programme (Building Schools for Future)* у области просвете и *MOD Programme (UK Military Flying Training System project/UKMFTS)*.

Како је велики број пројеката сарадње јавног и приватног субјекта реализован по неком од горе наведених модела сарадње, то је у Енглеској дошло до стандардизације уговора који су применљиви на одређене области. Документа којим је таква стандардизација извршена су: (а) *PFI Standardization of Contracts*, (б) *NHS Local Improvement Finance Trust (LIFT)*, (в) *Standardization of MOD Private Finance Initiative Contracts*, (г) *Highway Agency DBFO Contract*, (д) *Building Schools for the Future standard documents*, и (ђ) водич за локалне самоуправе којим је извршена стандардизација уговора. Стандардизација је имала за циљ да поједностави и олакша поступак преговарања ових веома комплексних уговора, али је значајно превазишла своју основну намену будући да су стандардна документа добила готово међународну примену и данас се користе широм света као уобичајени модели уговора. Оваквом стандардизацијом су модели, ипак, остављени довољно флексибилним да дају могућност уговорним странама да модел прилагоде потребама конкретног случаја и најбоље одговоре захтевима општег интереса у појединачном пројекту. Сваки од ових стандардних модела заснован је на критеријуму „вредности за новац“ и уважава сву деликатност ризика који су типични за одређене врсте пројеката.

Основни елементи свих ових модела уговора су: (а) одређење уговорних страна; (б) одређење конкретне делатности који се поверава на обављање приватном субјекту; (в) прецизирање начина плаћања накнаде за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса у случају када се накнада за обављену делатност/пружене услуге исплаћује из буџета јавног субјекта; (г) расподела ризика; (д) догађаји коју дају различита права уговорним странама; (е) осигурање; (ж) критеријуми за одређивање накнаде која се плаћа за обављање делатности/пружање услуга; (з) надлежни орган који прати спровођење уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса; (и) обавезу подношења извештаја; (ј) трајање уговора; (к) основе за раскид и поступак раскида уговора, као и услов давања отказног рок, у случају кад се уговор раскида једнострано; (л) права која има орган надзора над спровођењем уговора у случају раскида уговора, а све у циљу обезбеђивања континуитета у обављању делатности од општег интереса; и др.

Одабир приватног субјекта се најчешће врши у преговарачком поступку односно конкурентном дијалогу, а значајно ређе се примењују други поступци које уређује комунитарно право (отворени поступак, рестриктивни поступак, иновативно партнерство и др).

5. ЕСТОНИЈА

Сарадња јавног и приватног сектора у области концесија и јавно-приватног партнерства у Републици Естонији није уређена јединственим законом, већ се на ове поступке примењују системски закони, и то: (а) Закон о јавним набавкама из 2007. године, са изменама и допунама из 2014. године, и (б) Закон о административној сарадњи из 2003. године, са последњим изменама из 2014. године. Додатно, Закон о заштити конкуренције из 2001. године, са последњим изменама из 2012. године предвиђа да, уколико закон који регулише доделу посебног или ексклузивног права не предвиђа поступак доделе права, такво право ће се доделити у складу са поступком уређеним актом донетим од стране Владе Републике Естоније. У складу са наведеним, Влада Републике Естоније је усвојила 2001. године документ под називом Поступак јавног надметања приликом доделе посебног или ексклузивног права (енг. *Procedure for organizing a public competition for special or exclusive rights*) од 25.09.2001 бр. 303/ РТ И 2001, 78, 469; 2002, 88, 510; 2006, 13, 103). Уз наведене прописе, у Естонији се на сарадњу јавног и приватног учесника у пројекту у обављању делатности од општег интереса примењује низ системских закона који уређују посебне области.

У складу са Законом о јавним набавкама, јавно-приватно партнерство представља извођење јавних радова или пружање услуга на основу јавног уговора додељеног у поступку јавних набавки или на основу додељене концесије за јавне радове или концесије за услуге, при чему морају бити испуњени следећи услови: (а) сврха сарадње је извођење радова или пружање услуга у јавном интересу; (б) сарадња траје минимум 20 година; (в) наручилац и понуђач заједнички користе/улажу средства неопходна за сарадњу, као што су услуге, новац, стручност и искуство; (г) наручилац и понуђач заједно сnose одговорност за ризик сарадње.

Државни орган у Републици Естонији надлежан за примену и контролу над спровођењем поступка јавних набавки је Министарство финансија.

Закон о јавним набавкама не предвиђа изричито облике јавно-приватног партнерства.

У Републици Естонији се уобичајено користе следећи облици: (а) *BOT* модел и облици који су сродни *BOT* моделу, (б) концесија, (в) модел приватне финансијске иницијативе, и (г) институционални модел јавно-приватног партнерства.

Закон о јавним набавкама под јавним уговором подразумева уговор којим се регулишу узајамне обавезе, који се додељује једном или већем броју приватних субјеката од стране једног или више јавних субјеката као наручилаца, и то у поступку јавне набавке, чији је предмет набавка робе/производа, услуга или јавних радова.

Закон уређује следеће врсте поступака јавних набавки: (а) отворени поступак, (б) рестриктивни поступак, (в) конкурентни дијалог, и (г) преговарачки поступак са и без објављивања позива за подношење понуда.

Уговор о јавним радовима подразумева ангажовање приватног субјекта за: (а) извођење радова на изградњи, или извођење радова на изградњи и пројектовању који су уређени Анексом

V Правила ЕУ бр. 213/2008 које допуњује Правило ЕУ о заједничком речнику набавки бр. 2195/2002 Европског парламента и Савета и Директиве о поступцима јавних набавки 2004/17/ЕС и 2004/18/ЕС Европског парламента и Савета, (б) извођење радова на изградњи или на пројектовању и изградњи објекта/постројења/система, или (в) давање у закуп непокретности од стране наручиоца, или давање на коришћење непокретности по другом основу, извођење грађевинских радова у вези са непокретношћу, а у складу са условима одређеним од стране наручиоца. Законом о јавним набавкама није прописана садржина јавног уговора.

Поменути закон уређена је и концесија и то као: (а) концесија за јавне радове, и (б) концесија за јавне услуге.

У складу са Законом о јавним набавкама који регулише доделу и измену јавног уговора, наручилац може да измени додељен јавни уговор само под условом ако су потребе измена настале као последица објективних чињеница које наручилац није могао да предвиди приликом доделе уговора и уколико би се, у случају да се такве измене не изврше, у потпуности или значајнијем обиму озбиљно довела у питање сврха јавног уговора. Наручилац не може изменити уговор уколико би се циљ који би се желео постићи таквим изменама могао остварити доделом новог јавног уговора. У складу са Законом о јавним набавкама критеријуми за оцењивање понуде су: 1) економски најповољнија понуда или 2) најнижа понуђена цена.

Закон о административној сарадњи уређује поступак који ће се примењивати на јавне уговоре чији је предмет поверавање обављања послова од општег интереса који изворно потпадају под надлежност државе, односно јединица локалне самоуправе. Поверавање обављања делатности од општег интереса приватном субјекту може се разматрати уколико: (а) је економски оправдано, узимајући у обзир, између осталог, трошкове повезане са обављањем делатности и њихову могућу контролу; (б) неће утицати на квалитет у обављању делатности, односно пружању услуга од општег интереса; (в) неће угрозити јавни интерес, и др.

Исти закон као обавезне елементе уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса прописује: (а) уговорне стране; (б) одређење конкретне делатности који се поверава на обављање приватном субјекту; (в) прецизирање начина плаћања накнаде за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса у случају кад се накнада за обављену делатност/пружене услуге исплаћује из државног буџета, односно буџета јединица локалне самоуправе; (г) критеријуме за одређивање накнаде која се плаћа за обављање делатности/пружање услуга; (д) надлежни орган који прати спровођење уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса; (ђ) обавезу подношења годишњег извештаја у вези са обављањем поверених делатности; (е) трајање уговора; (ж) основе за раскид и поступак раскида уговора, као и услов давања отказног рока, у случају кад се уговор раскида једнострано; (з) права која има орган надзора над спровођењем уговора у случају раскида уговора, а све у циљу обезбеђивања континуитета у обављању делатности од општег интереса; (и) обезбеђења које јавном субјекту даје/полаже приватни субјект; (ј) друге услове предвиђене законом, а чије испуњење је неопходно у вези са поверавањем обављања делатности од општег интереса.

6. ЛИТВАНИЈА

Област јавно-приватног партнерства у Литванији је регулисана Законом о улагањима из 1999. године, са каснијим изменама и допунама из 2009. и 2014. године, Законом о јавним набавкама из 1996. године, са последњим изменама и допунама из 2011. године, Законом о концесијама из 2006. године, са последњим изменама и допунама из 2012. године, и Законом о управљању, коришћењу и располагању државном својином и својином општина из 2009. године.

У складу са Законом о улагањима, јавно-приватно партнерство представља однос државе или општине, са једне стране, и приватног субјекта, са друге стране, на основу кога држава или општина преноси на приватног партнера овлашћења у вези са обављањем одређене делатности која изворно спада у њену надлежност. Са друге стране, приватни субјект улаже средства у обављање делатности која му је поверена, за шта, у складу са уговором, добија утврђену накнаду (чл. 2 Закона о улагањима).

Врсте улагања зависе од: (1) утицаја инвеститора (власничког и/или уговорног) на привредно друштво које обавља делатност/пружа услуге од општег интереса, и могу бити: (а) директне инвестиције усмерене на оснивање привредног друштва и стицање удела/акција у истом, докапитализације, давање зајма и субординисаног зајма на основу кога ће имати контролу или битан утицај на конкретно привредно друштво; и (б) индиректне инвестиције, где инвеститор на основу удела нема значајан утицај на конкретно привредно друштво; (2) домицила инвеститора, према ком критеријуму поделе инвестиције могу да буду домаће или стране; (3) статуса инвеститора, према ком критеријуму поделе инвестиције могу да буду државне, приватне и инвестиције стране државе и међународних организација; (4) предмета инвестиције, према ком критеријуму инвестиције могу да буду капиталне инвестиције (инвестиције које се састоје у стварању, стицању или повећању вредности основних средстава) и финансијске инвестиције (подразумева се све осим наведеног за капиталне инвестиције).

Инвеститори могу улагати у Републику Литванију на основу следећих модела улагања: (а) оснивањем привредног субјекта регистрованог у Републици Литванији и стицањем удела у истом, (б) стицањем хартија од вредности свих врста, (в) стварањем, стицањем основних средстава и повећањем њихове вредности, (г) давањем зајма у виду новца или друге имовине привредном субјекту у коме инвеститор има удела у капиталу који му омогућава контролу или значајан утицај над привредним субјектом; (д) закључењем концесионог уговора, уговора о финансијском лизингу (лизинг) и основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.

Закон о страним улагањима посебним одредбама уређује концепт сарадње јавног и приватног субјекта. Сарадња јавног и приватног субјекта представља облик јавно-приватног партнерства на основу кога приватни субјект, под условима предвиђеним уговором, улаже средства у делатност коју традиционално обавља јавни сектор. Додатно, државна или општинска имовина, која је неопходна за обављање делатности од општег интереса, се даје приватном субјекту на управљање и коришћење. Приватни субјект остварује право на накнаду утврђену

уговором. Сарадња јавног и приватног субјекта се заснива закључењем уговора на период који не може бити краћи од три године, ни дужи од 25 година.

На основу уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, приватни субјект може остварити право на обављање радова, односно пружање услуга везаних за пројектовање, извођење радова на изградњи, односно реконструкцији објекта/постројења/система, управљање, коришћење и одржавање инфраструктуре и друге имовине коју је јавни субјект уговором пренео на приватног субјекта, дајући му овлашћење на управљање и коришћење таквом имовином, као и овлашћење за пружање јавних услуга у областима: (а) транспорта, (б) образовања, (в) здравствене заштите и социјалне сигурности, (г) културе, (д) туризма, (ђ) јавног реда и јавне заштите, и (е) других области које спадају у активности и функције државног органа.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта садржи: (а) одређење делатности од општег интереса, коју обавља приватни субјект, односно одређење врсте и обима радова и/или услуга које пружа; (б) одређење извора инвестиција и процењену вредност инвестиција; (в) одређење периода важења уговора и механизма његовог продужења, ако је уговорена могућност продужења трајања уговора; (г) одређење рокова у којима се радови који су наведени у уговору морају извршити, механизам продужења истих, рок у коме пружање услуга мора бити започето и механизам продужења истих, ако је уговорен; (д) одређење околности и услова под којима јавни субјект може, у циљу обезбеђивања континуираног пружања услуга и/или извођења радова, привремено преузети и/или пренети трећим лицима испуњење неке обавезе приватног субјекта (у случају кад уговор извршава група лица, а кад неко лице из групе која извршава уговор привремено не може да изврши своју обавезу); (ђ) поступак остваривања права и обавеза уговорних страна, као и рокове и услове под којима се остварују та права, односно извршавају обавезе; (е) начине обезбеђивања испуњења обавеза приватног субјекта; (ж) обавезу да приватни субјект закључи уговор о осигурању имовине јавног субјекта која му је поверена у вези са обављањем делатности од општег интереса; (з) одговорност приватног субјекта за испуњење обавеза трећих правних лица, кад се трећа лица ангажују од стране приватног субјекта у циљу испуњења обавеза из уговора; (и) одређење рокова, услова и поступка преузимања/примопредаје имовине у функцији обављања делатности од општег интереса након истека, односно раскида уговора; (ј) прописане стандарде у вези са обављањем делатности, односно пружањем услуга од општег интереса; (к) (рас)поделу ризика; (л) поступак и услове извршења обавеза на плаћање из уговора; (љ) одговорност уговорних страна у случају повреде уговорних обавеза; (м) надзор и контролу над извршењем уговора коју спроводи јавни субјект; (н) одредбе о догађајима који могу да утичу на извршење уговора; (њ) услове измена уговора, ако је тендер предвиђао могућност измене; (о) раскид уговора; (п) поступак решавања спорова.

Одабир приватног субјекта врши се у поступку јавних набавки. Закон о јавним набавкама предвиђа следеће поступке: (а) отворени, (б) рестриктивни, (в) конкурентни дијалог, и (г) преговарачки поступак са или без објављивања позива за подношење понуда.

Закон о концесијама прописује да се концесија додељује у отвореном поступку јавне набавке, осим у случајевима кад закон предвиђа могућност додељивања концесије без тендерског поступка. Закон о концесијама предвиђа услове и поступак спровођења тендера, тј. фазе тендера (објављивање намере, претходну квалификацију, подношење необавезујуће понуде, оцена необавезујућих понуда, подношење обавезујућих понуда, оцена обавезујућих понуда, преговори и закључење уговора о концесији). Закон о концесијама предвиђа и под којим условима се може концесија доделити без тендерског поступка.

Концесионар може бити привредно друштво било које правне форме, конзорцијум, удружење, агенција, организација или било који други субјект друге правне форме основан и који послује у складу са законима Републике Литваније или стране државе. Уговор о концесији се може закључити са физичким лицем.

Уговор о концесији, у складу са Законом о концесијама обавезно уређује: (а) природу и обим радова које треба извршити и/или јавне услуге које се пружају од стране концесионара, као и друге елементе који одређују предмет уговора о концесији; (б) услове ступања на снагу уговора о концесији; (в) трајање уговора о концесији и механизма, ако је уговорен, за продужење трајања уговора, при чему трајање уговора о концесији мора бити такво да обезбеди повраћај инвестиција, а укупно трајање уговора о концесији не може бити дуже од 25 година; (г) поделу ризика између концесионара и концедента, а у вези са обавезама страна из уговора о концесији; (д) степен ексклузивности права додељених концесионару у складу са законима Републике Литваније; (ђ) имовинско-правне односе у погледу имовине која је у функцији обављања делатности од општег интереса (право својине концедента, третман имовине која настане реализацијом концесионог пројекта, и др); (е) рокове у којима се радови морају извести и услове за продужење рока/рокова; (ж) ограничења или услове, који могу бити уговорени, који се односе на пренос контролног учешћа у пројектном друштву/концесионару (или било које друге промене у контролном субјекту концесионара); (и) плаћања које су стране дужне да изврше једна према другој у складу са уговором (укључујући плаћање концедента за услуге или радове пружене од стране концесионара) и начин плаћања накнаде; (ј) право концесионара да накнаду наплаћује од трећих лица – крајњих корисника услуге; (к) обавезе концесионара, ако су уговором посебно уређене, да обезбеди трајни и недискриминаторни приступ трећим лицима – физичким и правним лицима – објектима и/или услугама које пружа на основу уговора о концесији; (л) право и услове на пренос права из уговора о концесији, на друго лице; (м) услове који се односе на гаранције за пружање услуга које је концесионар обавезан да пружи; (н) полисе осигурања које концесионар мора да обнавља, а у вези са извршењем концесионог пројекта; (о) обавезе концесионара које се односе на заштиту животне средине; (п) обавезе концедента у вези са прибављањем земљишта за реализацију концесионог пројекта; (р) надзор концедента над реализацијом пројекта; (с) примењиве одредбе о вишој сили и последице промена закона или измена уговора, укључујући право странака да траже преговоре или раскид уговора о концесији или накнаду штете настале услед таквих промена, под условом да је таква

надокнада предвиђена; (т) средства која су на располагању странкама у случају неиспуњења обавеза друге стране; (у) основ и поступак раскида уговора о концесији; (ф) околности под којима концедент или треће лице може преузети испуњење било које обавезе концесионара у сврху обезбеђивања ефикасног и континуираног пружања услуга; (х) порези; (ч) меродавно право и решавање спорова; (ц) у случају да се уговор о концесији односи на експлоатацију природних ресурса, одредбе које се односе на опис географског подручја на које се односи уговор о концесији, одредбе о одређивању или плаћању накнада и других трошкова од стране концесионара за количине природних ресурса које искључиво или заједнички искоришћава (у мери у којој су такви споразуми дозвољени у складу са законима и међународним уговорима Републике Литваније), право својине над природним ресурсима и начин продаје природних ресурса; (ш) друге одредбе.

Уговор о концесији се може раскинути: (а) уколико друга страна не изврши уговор тако да представља материјалну повреду уговора, при чему је страна која раскида уговор претходно обавестила о неизвршењу уговора о концесији другу страну, а друга страна није отклонила материјалну повреду уговора на начин и у року одређеним у концесионом уговору и/или наведеном обавештењу; (б) уколико је извршење концесионог уговора немогуће с обзиром на околности које није могла да предвиди или контролише страна која раскида уговор, а у време додељивања уговора, и околности или последице нису могле да се спрече. Уколико концесиони уговор не предвиђа другачије, концедент може додатно једнострано раскинути уговор о концесији под следећим условима: (а) уколико је концесионар поднео нетачне податке органу који додељује концесију, а који се односе на његов финансијски положај и/или економску и комерцијалну активност и то је обелодањено тек након закључења уговора о концесији; и (б) концесионар је у ликвидацији или је над њим покренут стечајни поступак, а концедент је мишљења да верује да концесиони пројекат неће бити реализован у складу са закљученим уговором о концесији.

7. МАЛТА

Сарадња јавног и приватног субјекта у пројектима од општег интереса у Републици Малти није уређена посебним законом, тако да се уговорни однос уређује у складу са важећим законима који уређују грађанскоправну и привредну област, као и другим посебним законима који би се могли применити, као што је на пример закон који регулише располагање имовином у власништву Републике Малте. Пропис који се такође примењује на сарадњу јавног и приватног субјекта је и Закон о јавним набавкама, према коме се уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта и приватна финансијска иницијатива помињу у контексту одабира приватног субјекта у поступку конкурентног дијалога, у коме се преговарају „посебно сложени уговори“.

Закон о јавним набавкама Републике Малте уређује да се у поступку конкурентног дијалога јавни уговор закључује искључиво на основу критеријума економски најповољније понуде.

Наручилац покреће поступак објављивањем јавног позива за достављање понуда којим утврђује своје потребе и захтеве, а које ће дефинисати у предметном позиву или у описном документу. Наручилац ће потом отворити, уз изабране кандидате, дијалог чији ће циљ бити да пронађе и дефинише најбољи начин за задовољавање његових потреба. Током овог дијалога наручилац може са изабраним кандидатима разматрати све аспекте уговора. Током дијалога, наручилац ће обезбедити једнак третман свих понуђача, а нарочито ће водити рачуна да не пружа информације на дискриминаторан начин, који би одређеним понуђачима могао обезбедити предност у односу на друге. Наручилац не сме откривати другим учесницима предложена решења или друге поверљиве информације саопштене од стране кандидата који учествује у дијалогу, без његове дозволе. Наручилац може предвидети да се поступак одвија у неколико фаза, како би се смањио број предлога о којима ће се расправљати током фазе дијалога применом критеријума за доделу уговора из позива или описног документа, а дужан је да настави такав дијалог док год не успе да пронађе решење или решења која могу да испуне његове потребе. Након што објави да је дијалог завршен и о томе обавести учеснике, наручилац ће их замолити да поднесу своје коначне понуде на основу решења понуђених током дијалога. Ове понуде морају садржати све елементе неопходне за спровођење пројекта. На захтев наручиоца ове понуде се могу појаснити, прецизирати и дорадити. Међутим, таква појашњења, спецификације, дорада или пружање било каквих додатних информација не смеју подразумевати промене основних елемената понуде или позива за достављање понуде, варијације које би могле да наруше конкуренцију или имају дискриминаторски ефекат. Наручилац цени добијене понуде на основу критеријума утврђених у позиву или описном документу и изабраће економски најповољнију понуду. На захтев наручиоца, од понуђача који је доставио економски најповољнију понуду може се тражити да појасни одређене аспекте понуде или да потврди обавезе садржане у понуди, под условом да то нема ефекат измена значајних аспеката понуде или позива и не повлачи ризик ометања конкуренције или изазивања дискриминације. Наручилац има право да у поступку конкурентног дијалога одреди и накнаду која ће се плаћати приватном учеснику у складу са уговором.

8. НЕМАЧКА

У Немачкој не постоји јединствена и свеобухватна законска регулатива у области јавно-приватних партнерстава и других облика сарадње јавног и приватног субјекта у вези са обављањем делатности од општег интереса. Ову област уређују превасходно прописи који уређују облигационе односе, јавне набавке, управни поступак, порески поступак, а у одређеним случајевима и норме уставног права.

Доношењем Закона о убрзању примене јавно-приватних партнерстава и побољшању законских оквира за јавно-приватна партнерства (нем. *Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften* /скр. *ÖPPBeschIG*) из 2005. године унапређен је законски оквир који уређује јавно-приватно партнерство, у циљу отклањања различитих препрека и нејасноћа. Измене се, пре свега, односе на прописе из области јавних набавки. Изменом Закона о забрани ограничења конкуренције (нем. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - скр. *GWB*) обезбеђена је правна сигурност приликом спровођења поступка јавних набавки у оквиру пројеката јавно-приватног партнерства и то у вези са закључењем уговора о пружању услуга и уговора о грађењу. Додатно, измењен је и Савезни закон о буџету (нем. *die Bundeshaushaltsordnung*) који надлежним органима налаже да приликом доношења одлука у вези са реализацијом пројеката сарадње јавног и приватног субјекта посебну пажњу посвете анализи ризика приликом процене економске исплативости пројекта, уз поштовање свих ограничења која произлазе из буџетских прописа. Ово је од нарочитог значаја за јавно-приватна партнерства зато што се адекватном расподелом ризика код уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта обезбеђује економска равнотежа обавеза уговорних страна. Додатно, Савезни закон о буџету сада допушта и отуђење непокретности у својини државе, чак и у случају кад постоји потражња за њом у циљу реализације пројеката јавно-приватног партнерства. До ових измена, забрана отуђења непокретности у државној својини чинила је тзв. „*sale-and-leaseback*“ уговоре немогућим.

О значају који се у Немачкој придаје пројектима сарадње јавног и приватног субјекта говори и установљавање независног саветодавног тела (нем. *ÖPP Deutschland AG /Partnerschaften Deutschland/*), које јавним субјектима треба да обезбеди подршку у вези са реализацијом пројеката сарадње јавног и приватног сектора, укључујући и помоћ у реализацији пројеката јавно-приватног партнерства. Ово тело је основано крајем 2008. године у сарадњи Савезног министарства финансија и Савезног министарства за саобраћај, грађевинарство и градски развој.

Највећи број пројеката сарадње јавног и приватног субјекта у обављању делатности од општег интереса у Немачкој везује се за извођење радова на реконструкцији, тј. оперативнотехничком унапређењу и проширењу делова немачких ауто-путева (нем. *Autobahnen*). Код ових пројеката могућа су два модела: (а) „А-модел“, и (б) „Ф-модел“.

Код „А-модела“ (А је скраћеница за *Autobahnausbau*, што значи „развој, проширивање ауто-пута“) приватни партнер преузима обавезу извођења радова на реконструкцији тј. оперативнотехничком унапређењу и проширењу ауто-пута, као и одржавање и управљање већ изграђених деоница ауто-пута, а накнаду за обављање преузетих делатности најчешће наплаћује од крајњих корисника услуге, односно из наплаћене путарине.

„Ф-модел“ пројеката се реализује у складу са Савезним законом о приватном финансирању путева (нем. *Fernstrassenbauprivatfinanzierungsgesetz*), и то, најчешће, у вези са изградњом мостова, тунела и планинских прелаза, који послови се поверавају приватном

субјекту, најчешће кроз концесију, при чему приватни субјект добија од јавног субјекта одређена средства као неку врсту *start-up* финансирања, а током трајања уговора наплаћују се непосредно од крајњих корисника услуга. Уговори по „А“ и „Ф“ моделу закључују се најчешће на период од 30 година.

Осим пројеката у области изградње и реконструкције путева/ауто-путева, у Немачкој се реализује и значајан број пројеката у другим секторима. Уговори јавног и приватног субјекта, у зависности од модела сарадње, могу да трају у распону од пет до 30 година, али највећи број уговора се закључује на период између 20 и 30 година, и то према следећим моделима: (а) моделу стицања, који подразумева изградњу објекта/постројења/система по систему „кључ у руке“ и потом стицање имовине која ће бити у функцији реализације пројекта – имовина је док пројекат траје у власништву приватног субјекта, а након истека века трајања пројекта, иста се аутоматски преноси јавном субјекту; овај модел се најчешће примењује у пројектима изградње школа и болница; (б) модел закупа, код кога након истека уговора имовина не прелази аутоматски на јавног субјекта, већ је он или откупљује или се закуп продужава, (в) модел издавања, (г) модел задржавања својине, према коме јавни субјект, све време реализације пројекта, задржава својину над објектима, постројењима/системима, (д) уговорни модел, код кога се приватном субјекту поверава извођење одређених радова – најчешће уградња техничких инсталација у објектима/постројењима/системима који припадају јавном субјекту, као и управљање и одржавање објекта/постројења/система, (ђ) концесиони модел, и (е) корпоративни модел, који подразумева оснивање заједничког привредног друштва од стране јавног и приватног субјекта.

Одабир приватног субјекта спроводи се у поступку јавних набавки, увек кад јавни субјект/наручилац, прибавља одређене радове или услуге од стране приватног субјекта, а вредност набавке достиже, односно премашује, прописане граничне вредности (нем. *Schwellenwerte*), и то у једном од следећих поступака: (а) отвореном поступку, (б) рестриктивном поступку, (в) преговарачком поступку, или (г) конкурентном дијалогу.

Уредба о јавним набавкама (нем. *die Vergabeverordnung* – скр. *VgV*), Уредба о секторима (нем. *die Sektorenverordnung* – скр. *SektVO*), која регулише поступак јавних набавки у области водoprивреде, енергетике и саобраћаја, затим Уредба о јавним набавкама у области одбране и безбедности (нем. *die Verordnung über die Vergabe in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit* – скр. *VSVgV*) и Уредба о јавним набавкама и уговорима о грађевинским радовима (нем. *die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen* – скр. *VOB/A*) регулишу појединости поступка јавних набавки.

Посебни поступци јавних набавки у области грађевинских радова детаљније су регулисани Уредбом о јавним набавкама и уговорима о грађевинским радовима. Уредба о јавним набавкама за слободне професије (нем. *die Vergabeverordnung für freiberufliche Leistungen* – скр. *VOF*) регулише поступак јавних набавки у области слободних професија, као нпр. ангажовање архитеката или инжењера.

На набавке у области изнад граничних вредности примењују се пре свега Закон о забрани ограничавања конкуренције (нем. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) и Уредба о јавним набавкама (нем. *die Vergabeverordnung*).

9. ПОРТУГАЛ

Прописи који уређују сарадњу јавног и приватног субјекта у Португалу настали су, претежним делом, усклађивањем националног законодавства Португала са прописима Европске уније о јавним набавкама, који уређују и регулишу поступке јавних набавки у области енергије, вода, транспорта, ПТТ сектора, као и поступака за доделу уговора о јавним радовима, уговора о јавним набавкама и уговора о пружању јавних услуга. Кључни пропис којим се имплементирају поменуте директиве Европске уније у португалско законодавство представља Законик о јавним уговорима (порт. *Código dos Contratos Públicos*, DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro) из 2008.године. Осим овог акта, постоје и бројне уредбе којима је основана Национална агенција за јавне набавке (порт. *Agência Nacional de Compras Públicas*), и којима је установљен правни оквир за уређење јавне потрошње и поступка спровођења јавних набавки у области одбране и безбедности. Додатно, значајна су и правила која се примењују на активности јавног сектора у вези са препознавањем потребе за иницирањем пројеката сарадње јавног и приватног субјекта, дефинисањем конкретног пројекта, припремом поступка одабира приватног субјекта, почетком реализације пројекта, закључењем уговора након спровођења јавног поступка, предлагањем или одобравањем евентуалних каснијих измена и допуна уговора, као и правила у вези са уређењем надзора и контроле над спровођењем пројеката сарадње јавног и приватног субјекта, укључујући и пројекте јавно-приватног партнерства.

Законик о јавним уговорима прописује да се у својству јавног субјекта, односно у својству наручиоца у поступку одабира приватног субјекта, могу појавити држава, аутономне покрајине, општине, јавне институције, јавне установе и фондације, јавна удружења и друге асоцијације основане од стране једног или више таквих органа. Страна привредна друштва нису у обавези да оснују огранке или зависна друштва или да на други начин закључе било какве комерцијалне уговоре са локалним партнерима, како би учествовали у поступцима јавних набавки. Ипак, након доделе уговора, у зависности од облика и модела сарадње јавног и приватног субјекта и особености конкретног пројекта, може се захтевати оснивање посебног привредног друштва – друштва посебне намене. Тако, у случају сарадње јавног и приватног субјекта по моделу концесије, Законик о јавним уговорима прописује обавезу оснивања привредног друштва – концесионог предузећа, са седиштем на територији Португала, које ће бити непосредно одговорно за извршење обавеза преузетих закључењем уговора о концесији.

Приватни субјект се обавезно бира у поступку јавних набавки. Законик о јавним уговорима прописује следеће врсте поступака јавних набавки: (а) отворени поступак, (б) рестриктивни поступак, (в) преговарачки поступак, и (г) конкурентни дијалог.

Законик о јавним уговорима садржи опште одредбе које се примењују на све уговоре на које се примењује, као и посебна правила у погледу битних елемената појединих врста уговора, у зависности од њиховог предмета и модела сарадње јавног и приватног субјекта (на пример, уговора о јавним радовима, уговора о пружању услуга, концесије за јавне радове/услуге, и уговора о закупу).

Кад је реч о трајању уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, рокови су различити, у зависности од предмета и модела сарадње јавног и приватног субјекта. Тако, Законик о јавним уговорима прописује да уговори о набавци, закупу и уговори о пружању услуга не могу трајати дуже од три године, осим у изузетним случајевима када се трајање уговора може продужити, под условом да је исто захтевано особеностима конкретног пројекта. Дужина трајања концесије условљена је тренутком постизања финансијске исплативости конкретног пројекта. Уколико самим уговором није одређено трајање уговора, сматраће се да је уговор закључен на период од 30 година.

Као опште правило, јавни субјект има следећа права у односу на приватног субјекта: (а) право да спроводи контролу над извршењем уговора; (б) право да даје инструкције и смернице у вези са извршењем уговора; (в) право да једнострано измени уговор, у прописаном поступку, у складу са законом, и условима и поступком прописаним конкретног уговором; (г) право да уговори различите врсте уговорних обезбеђења (уговорну казну, пенале и др.); (д) право да једнострано раскине уговор из разлога заштите јавног интереса; (ђ) право на откуп (карактеристично за уговор о концесији); и (е) право да спроведе конфискацију имовине пројектног друштва (такође специфично за уговоре о концесији).

Висина уговорне казне и пенала ограничена на максимално 20% од уговорене вредности посла.

Јавни субјект има право да раскине уговор у случају кад вредност уговорне казне или пенала премаши 20% уговорене вредности посла, осим ако јавни интерес налаже да се такав уговор остави на снази, у ком случају се увећава уговорени максимални праг висине уговорне казне/пенала на 30% укупне вредности посла.

Такође, Законик о јавним уговорима допушта могућност да се уговор може уступити дугом приватном субјекту, под условом да је такво уступање претходно одобрено од стране јавног субјекта, под условом да субјект који би преузео даље извршење уговора испуњава све техничке, кадровске и финансијске услове чија је испуњеност иницијално захтевана у поступку одабира приватног субјекта.

10. РУСИЈА

Јавно-приватно партнерство у Руској Федерацији представља релативно нови вид сарадње јавног и приватног субјекта. Појам јавно-приватног партнерства, уколико се не ограничава само

на појам концесије, први пут се појавио у законском акту 2006. године у Санкт-Петербургу. Закључно са 2013. годином донето је 69 оваквих закона, који су махом декларативног карактера.

У Руској Федерацији концесија је тренутно најзаступљенији вид јавно-приватног партнерства. Врло често под јавно-приватним партнерством подразумевају се и „уговори животног циклуса“ (енг. *life cycle contract*), посебно дугорочни уговори на основу којих приватни субјект закључењем уговора преузима обавезу на извршење низа активности, почев од пројектовања и извођења радова на изградњи објекта/постројења/система, па све до управљања и одржавања објекта/постројења/система, и обављања делатности од општег интереса. Други, у пракси често заступљен облик сарадње јавног и приватног субјекта представља институционално јавно-приватно партнерство, које подразумева оснивање заједничког привредног друштва од стране јавног и приватног субјекта.

Основне обавезе јавног субјекта у уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта су: (а) поверавање/предаја имовине јавног субјекта у државину и на коришћење приватном субјекту, ради обезбеђивања услова за обављање делатности од општег интереса; (б) контрола над извршењем уговора; (в) преузимање/примопредаја имовине од стране јавног субјекта након истека пројекта. Додатне обавезе јавног субјекта су да: (а) на приватног субјекта пренесе права на коришћење интелектуалне својине и других ексклузивних или неексклузивних права, која су неопходна за реализацију уговора; (б) обезбеди државне гаранције у складу са условима уговора; (в) обезбеди погодности приватном субјекту, у оквиру своје надлежности и у складу са условима уговора; (г) обезбеди плаћање накнаде приватном субјекту за обављену делатност, односно пружене услуге у поступку и динамиком прописаном уговором.

Основне обавезе приватног субјекта у уговорима о сарадњи јавног и приватног субјекта су: (а) изградња, реконструкција или модернизација објекта/постројења/система који је је предмет пројекта; (б) целокупно или делимично финансирање изградње објекта/постројења/система и његово техничко одржавање; (в) обавезан пренос права својине над објектом/постројењем/системом који је предмет уговора на јавног субјекта, у року, под условима и на начин прописан уговором. Додатне обавезе приватног субјекта, у складу са условима уговора, су: (а) израда пројектне документације; (б) коришћење, управљање и одржавање објекта/постројења/система који је предмет пројекта (в) обављање делатности/ пружање услуга од општег интереса посредством израђеног, односно реконструисаног објекта/постројења/система, у складу са условима уговора; и (г) друге обавезе предвиђене уговором.

У Руској Федерацији до сада није реализован значајнији број уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Као основне препреке за коришћење различитих модела сарадње јавног и приватног субјекта истичу се: (а) непостојање јединственог законског одређења јавно-приватног партнерства, као и начина остваривања јавно-приватног партнерства (непостојање јединствене законске дефиниције јавно-приватног партнерства у федералном законодавству доводи до различитог схватања и тумачења овог вида сарадње јавног и приватног субјекта, што отежава

реализацију пројеката заснованих на оваквој сарадњи); (б) непостојање могућности да приватни субјект стекне право својине над објектом који је предмет уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Додатно, прописи који уређују заштиту конкуренције прописују обавезу спровођења посебних јавних поступака којим се врши одабир приватног субјекта коме се имовина јавног субјекта даје у закуп, односно предаје на коришћење, чиме се инвеститор значајно ограничава у погледу могућности прибављања финансијских средстава за реализацију пројекта; (в) буџетска ограничења у погледу извршења дугорочних обавеза државе, односно другог јавног субјекта у вези са реализацијом комплексних инвестиционих пројеката; и (д) непостојање законског основа за обезбеђење гаранције и других средстава обезбеђења која приватном партнеру даје, односно полаже јавни субјект. У складу са прописима који уређују заштиту конкуренције и јавни буџет, јавни субјект нема право да обезбеди било како допунске гаранције или каква друга средства обезбеђења у корист приватног субјекта.

У складу са важећим прописима у Руској Федерацији, само се концесија може сматрати регулисаним моделом сарадње јавног и приватног субјекта. Услови за давање концесије, предмет концесије, њено трајање и битни елементи уговора о концесији уређени су Законом о концесијама из 2005. године.

Уговор о концесији обавезно уређује трајање концесија, приликом чијег одређења се посебно узимају у обзир фактори као што су: услови и рок изградње, односно реконструкције објекта/постројења/система који је предмет концесије, вредност инвестиција и тренутак постизања исплативости пројекта. Период на који се може дати концесија законом није посебно уређен. Трајање концесије, након закључења уговора, може се продужити за максимално пет година, и то на основу одлуке Владе Руске Федерације (уколико је јавни партнер Руска Федерација), вишег органа извршне власти субјекта Руске Федерације или надлежног органа локалне самоуправе (уколико је јавни субјект општина). Код уговора о концесији у којима се у својству јавног партнера појављује Руска Федерација или јединица локалне самоуправе, за продужење трајања концесије неопходно је прибавити претходну сагласност органа надлежног за заштиту конкуренције. Влада одређује шта може бити основ за продужење рока на који је уговор закључен, као и поступак давања сагласности на продужење рока од стране органа надлежног за заштиту конкуренције.

Ограничене могућности за реализацију пројеката сарадње јавног и приватног субјекта по моделу јавно-приватног партнерства условиле су и одговарајућу законодавну активност у правцу предлагања закона који би допринео увећању потенцијала за реализацију значајнијих инвестиционих пројеката и обезбедио сигурност и континуитет у обављању делатности од општег интереса. Тако је 26 априла 2013. године руској Думи први пут поднет на разматрање нацрт федералног закона „О основама јавно-приватног партнерства у Руској Федерацији“ (пројекат *No* 238827-6). Сврха доношења овог закона је стварање услова за привлачење инвестиција по основу дугорочне сарадње јавног и приватног субјекта, повећање квалитета и доступности услуга које крајњим корисницима традиционално пружа јавни сектор. Наведени

циљ произлази и из саме дефиниције јавно-приватног партнерства, под којим се подразумева сарадња јавног и приватног субјекта, заснована на уговору који се закључује након јавно спроведеног поступка одабира приватног субјекта, а који има за циљ повећање квалитета и доступности услуга које се пружају крајњим корисницима. Закључењем уговора, приватни субјект преузима на себе финансирање, пројектовање, изградњу, управљање и одржавање објекта/постројења/система, преузимајући истовремено претежан број ризика повезаних са реализацијом пројекта.

Једна од важних новина која се уводи нацртом закона о јавно-приватном партнерству је укидање одвојених јавних тендера у вези са располагањем имовином јавног субјекта у корист приватног субјекта. Ова новина претпоставља спровођење јединственог јавног поступка у коме ће сва имовина неопходна за реализацију пројекта бити дата у закуп, односно додељена приватном субјекту чија понуда буде оцењена најповољнијом, у свему у складу са критеријумима и условима конкретног тендера. Такође, интересантно је да у тексту нацрта закона постоји тачка којом се искључује његова примена у односу на пројекте јавно-приватног партнерства код којих ће средства за реализацију пројекта прибављати инвестициони фондови. На ове пројекте ће се примењивати Закон о концесијама.

Приватни субјект се обавезно бира у поступку прикупљања понуда (тендер). Тендер може да буде јавни или затворени (тајни), који се спроводи у случају кад се ради о објекту, који представља државну тајну.

Обавезни елементи уговора о концесији су: (а) предмет уговора, (б) обавезе концесионара у вези са изградњом, односно реконструкцијом објекта/постројења/система; (в) обавезе концесионара у погледу начина, квалитета и стандарда у обављању делатности/пружању услуга од општег интереса; (г) трајање концесије; (д) опис и техничка спецификација објекта/постројења/система; (е) поступак и рок за предају имовине јавног субјекта на коришћење приватном субјекту у циљу реализације пројекта; (ж) рокови за извођење радова на изградњи, односно реконструкцији објекта/постројења/система; (з) дужина трајања оперативне фазе пројекта; (и) начин обезбеђења испуњења обавеза концесионара; (к) висина концесионе накнаде и рок/динамика њеног плаћања; (л) поступак раскида уговора и начин одређења накнаде у случају раскида уговора пре пуне реализације пројекта, и др.

11. СЛОВАЧКА

Сарадња јавног и приватног субјекта у Словачкој Републици није уређена посебним законом који уређује ову област.

Пројекти сарадње јавног и приватног субјекта заснивају се на, и реализују применом (а) системских прописа који уређују јавне набавке, буџет, управљање државном имовином, општинску својину, својину самоуправних једница, управљање државним институцијама,

Грађанским закоником и Привредним закоником, и (б) прописима који уређују посебне области и секторе као што су: прописи о путевима, ваздушном саобраћају, и др.

Надлежни орган у Словачкој задужен за примену, надзор као и унапређење реализације предметних пројеката је Министарство финансија Словачке Републике у сарадњи са другим министарствима, као и управом за јавне набавке, и удружењем за јавно-приватно партнерство, које представља асоцијацију представника приватног сектора заинтересованих за учешће у реализацији пројеката јавно-приватног партнерства.

Област јавно-приватног партнерства и концесија пре свега је уређена законом о јавним набавкама од 01.02.2006. године бр. 25/2006. Приватни субјект се бира у поступку јавне набавке добара, уговора о грађевинским радовима, уговора о услугама, уговора о концесији и уговора о пројектовању, увек кад је процењена вредност радова на објекту/постројењу/систему једнака или прелази износ од 5,923,000 евра, и то у једном од следећих поступака јавних набавки: (а) отвореном поступку; (б) рестриктивном поступку; (в) преговарачком поступку са или без објављивања позива за подношење понуда; и (г) конкурентном дијалогу.

У својству јавног субјекта могу се појавити: (а) Словачка Република коју заступају надлежни органи; (б) општина; (в) виша територијална јединица.

У складу са Законом о јавним набавкама, концесија представља уговор којим се приватном субјекту поверава финансирање, пројектовање, извођење радова на изградњи, управљање и одржавање, код кога се вредност радова на изградњи, односно реконструкцији објекта/постројења/система, компензује уговарањем права коришћења, односно управљања и одржавања објекта/постројења/система на уговорено време.

У складу са Законом о јавним набавкама време концесије се одређује уговором, а период на који се концесија закључује не може бити дужи од 30 година.

Законом о јавним набавкама није предвиђен обавезан садржај уговора о концесији.

12. СЛОВЕНИЈА

Сарадња јавног и приватног субјекта у пројектима од општег интереса у Републици Словенији уређена је Законом о јавно-приватном партнерству (*Закон о јавно-засебном партнерству – ЗЈЗП, Урадни лист РС, шт. 127/06*) из 23.11.2006. године.

Закон о јавно-приватном партнерству уређује сврху и принципе приватних инвестиција у јавне пројекте, односно јавно финансирање приватних пројеката који се спроводе у јавном интересу. Закон уређује услове за установљавање сарадње јавног и приватног субјекта и поступке спровођења јавно-приватног партнерства.

У складу са Законом о јавно-приватном партнерству, јавно-приватно партнерство означава дугорочан однос јавног и приватног субјекта који подразумева обезбеђивање финансирања и улагање у пројекат од јавног интереса, од стране приватног субјекта. Предмет јавно-приватног партнерства чини изградња, односно оперативно-техничко унапређење

објекта/постројења/система јавне инфраструктуре, његово управљање и одржавање, и обављање делатности/пружање услуга од општег интереса од стране приватног субјекта.

Јавно-приватно партнерство представља дугорочан однос. У односу на иницијално уговорено време трајања, предметни закон допушта продужења уговора о јавно-приватном партнерству кад: (а) услед мера предузетих од стране јавног субјекта или од стране другог органа, приватни субјект није могао да изврши своје уговорне обавезе; (б) је продужење рока неопходно у циљу додатног улагања од стране приватног субјекта, на основу захтева јавног субјекта, или су такве мере у јавном интересу. Уговор јавног и приватног субјекта не може да буде продужен за више од половине времена на које је иницијално закључен.

Закон о јавно-приватном партнерству предвиђа да јавно-приватно партнерство може бити уговорно партнерство и институционално партнерство.

Уговорна партнерства се реализују на основу: (а) уговора о концесији, којим се концесионару даје право на ексклузивно обављање делатности, односно пружања услуге од општег интереса, а који најчешће укључује обавезу приватног субјекта на финансирање и изградњу, односно реконструкцију објекта/постројења/система у власништву јавног субјекта, или (б) уговора о јавној набавци добара, извођења радова или пружања услуга.

Институционално јавно-приватно партнерство установљава се: (а) оснивањем новог привредног друштва; (б) продајом удела/акција у привредном друштву, односно стицањем власничког учешћа у другом правном лицу у власништву јавног субјекта; (в) куповином удела/акција у привредном друштву у власништву јавног субјекта, односно докапитализацијом таквог субјекта; (г) на други начин који је сличан наведеним моделима, и путем преноса права и обавеза из јавно-приватног партнерства на одређено лице (нпр. обављање комерцијалних јавних услуга). Институционално партнерство може да има облик: (а) „партнерства путем оснивања привредног друштва“; (б) партнерства путем продаје власничког учешћа“; или (в) „партнерства путем куповине власничког учешћа“.

Уговор о институционалном партнерству садржи одредбе које уређују: (а) организациони облик, односно форму институционалног партнерства; (б) врсту и вредност улога у заједничко привредно друштво, односно врсту и вредност капитала уложеног по основу докапитализације; (в) учешће у капиталу; (г) план и динамику коришћења уложених средстава у заједничко привредно друштво; (д) начин контроле трошења средстава уложених у друштво у циљу реализације конкретног пројекта; (ђ) план и динамику даљих сукцесивних улагања у капитал друштва и испуњење других обавеза према заједничком привредном друштву; (е) третман имовине заједничког привредног друштва; (ж) услове под којима се извршење поједних обавеза из уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта може поверити подизвођачима; (з) промене у оквиру институционалног партнерства за које се мора тражити сагласност јавног субјекта; (и) основи за раскид уговора и права и обавезе јавног и приватног субјекта у том случају; (к) уступање уговора и могућност промене приватног субјекта.

Уговор о концесији садржи одредбе које уређују: (а) предмет концесије; (б) однос средстава финансирања које приватни субјект обезбеђује кроз капитално улагање у односу на средства финансирања која се прибављају кроз пројектно финансирање; (в) однос концедента и концесионара; (г) распоред коришћења јавних средстава; (д) начин вршења контроле над трошењем средстава за реализацију пројекта; (ђ) рокове и динамику извођења радова на изградњи објекта/постројења/система, као и за извршавање других обавеза уговорних страна; (е) имовинско-правни третман објекта/постројења/система који је предмет пројекта, (ж) услове под којима се део обавеза из уговора може поверити подизвођачима; (з) промене у концесионом предузећу за које се мора прибавити сагласност јавног субјекта; (и) могућност преузимања извршења обавеза концесионара (*step-in*); (ј) основи за раскид уговора и и права и обавезе уговорних страна у таквим случајевима.

13. ТУРСКА

Сарадња јавног и приватног субјекта у пројектима од општег интереса у Турској није регулисана на јединствен начин, већ посебним законима који регулишу поједине области/гране права као што су области здравства, енергетике, саобраћаја, инфраструктуре, туризма, заштите животне средине, водовода и канализације, рударства, пољопривреде, производње, телекомуникације и слично, којима се регулишу питања јавно-приватног партнерства само у односу на тај сектор. Управо се као главни недостатак у реализацији пројекта сарадње јавног и приватног субјекта у Турској истиче шаролико регулисање њихове сарадње различитим законима. Додатно, као недостатак се истиче и значајнији број модела сарадње јавног и приватног субјекта.

Модел по којима се реализују пројекти сарадње јавног и приватног субјекта у Турској су:

(а) *ВОТ* модел – на основу кога приватни субјект преузима обавезу финансирања и изградње најчешће потпуно новог објекта/постројења/система, којим потом управља, да би објекат/постројење/систем након истека века трајања пројекта предао јавном субјекту. Током периода управљања објектом/постројењем/системом кад обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса, приватни субјект, односно пројектно друштво приходује од накнаде за обављање делатности/пружање услуге коју му плаћају крајњи корисници услуга. Овај модел у Турској се најчешће користи за компликоване и дугорочне пројекте као што су: изградња аутопутева, изградња аеродрома и изградња комплекснијих технолошких постројења. Закони који уређују сарадњу јавног и приватног субјекта по *ВОТ* моделу су: (i) Закон о уступању производње, испоруке, дистрибуције и продаје електричне енергије осим турским органима надлежним за електричну енергију бр. 3096 од 19.12.1984. године објављен под бројем 18610; (ii) Закон о изградњи, одржавању и управљању аутопутева бр. 3465 од 02.06.1988. године објављен под бројем 19830; и (iii) Закон о реализацији одређених пројеката на основу *ВОТ* модела бр. 3996 од 13.06.1994. године.

(б) *ВО* модел – на основу кога приватни субјект такође преузима обавезу финансирања и изградње објекта/постројења/система, који потом користи у сврху обављања делатности/пружања услуга од општег интереса, односно њиме управља. Разлика у односу на *ВОТ* модел је та што се својина над објектом/постројењем/системом не преноси на јавног субјекта након истека рока на који је уговор закључен. *ВО* модел се у Турској уобичајено користи за изградњу постројења, нарочито у енергетском сектору. Закон о оснивању и управљању фабрика за производњу електричне енергије на основу *ВО* модела од 19.06.1997. године објављен под бројем 23054 уређује *ВО* модел.

(в) Модел сарадње путем преноса права управљања – на основу кога јавни субјект, за одређено време и за одговарају накнаду, преноси право управљања објектом/постројењем/системом приватном субјекту. Право својине се не преноси на приватног субјекта, односно јавни субјект све време трајања уговора остаје титулар права својине. Модел сарадње путем преноса права управљања се најчешће користио за изградњу постројења и лука. Овај модел је уређен следећим законима: (i) Законом о приватизацији бр. 4046 од 27.11.1994. године, објављеним под бројем 22124; (ii) Законом о преносу права управљања аеродромима и путничким терминалима од стране државног органа за ваздухопловство бр. 5335 од 27.04.2005. године, објављеним под бројем 25798; (iii) Законом о изградњи, одржавању и управљању ауто-путевима бр. 3465 од 02.06.1988. године, објављеним под бројем 19830; и (iv) Законом о уступању производње, испоруке, дистрибуције и продаје електричне енергије осим турским органима надлежним за електричну енергију бр. 3096 од 19.12.1984. године, објављеним под бројем 18610.

(г) Модел дугорочног закупа – на основу кога приватни субјект финансира изградњу објекта/постројења/система и даје га у закуп јавном субјекту, који обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса. Објекат се даје у закуп на период од најдуже 49 година и на основу тог закупа јавни субјект плаћа закупнину приватном субјекту. Понекад након истека закупа приватни субјект преноси право својине над објектом/постројењем/системом јавном субјекту. Овај модел се најчешће користи за објекте у функцији образовања и здравствене заштите. Овај модел је уређен следећим законима: (i) Законом о високом образовању бр. 351 од 17.08.1961. године и објављен под бројем 10883; и (ii) Законом о организацији и дужностима Министарства националног образовања бр. 652 од 14.09.2011. године.

(д) БЛО модел – на основу кога приватни субјект финансира, изводи радове и управља објектом/постројењем/системом који је изграђен на земљишту у својини јавног субјекта. Истеком трајања уговора, приватни субјект предаје објекат/постројење/систем јавном субјекту. Уговор на основу овог модела се закључује на период од најдуже 30 година. Овај модел сарадње јавног и приватног субјекта је уређен (i) Законом о изградњи и обнови објеката на основу јавно-приватног партнерства од стране Министарства здравља бр. 6428 од 09.03.2013. године, објављеним под бројем 28582, и (ii) Законом о БЛО моделу у области здравства бр. 5396 од 15.06.2005. године, објављеним под бројем 25876.

Наведени модели су најчешћи модели сарадње јавног и приватног субјекта који се примењују у Турској.

Један од најважнијих закона који регулише ову област је Закон о уступању производње, испоруке, дистрибуције и продаје електричне енергије осим турским органима надлежним за електричну енергију бр. 3096 од 04.12.1984. године (енг. *Law 3096 on the Assignment of Institutions other than Turkish Electricity Administration for Electricity Production, Transmission, Distribution and Trade*). Предметни закон уређује принципе и поступак у коме јавни субјект поверава приватном субјекту обављање делатности производње, снабдевања, дистрибуције и трговине електричне енергије. Закон уређује сарадњу јавног и приватног субјекта по *BOT* моделу или по моделу сарадње путем преноса права управљања. У складу са предметним законом, Савет Министарства, на захтев Министарства енергетике и природних ресурса и мишљења државне организације за планирање у тој области, може поверити приватном субјекту – привредном друштву основаном ради обављања горе наведених енергетских делатности, изградњу објекта/постројења/система за производњу, снабдевање, дистрибуцију и трговину електричне енергије, као и управљање таквим објектима. Савет Министарства може одлучити да приватном субјекту – пројектном друштву повери само управљање објектом/постројењем/системом за производњу, снабдевање, дистрибуцију и трговину електричне енергије, а који су изграђени или ће бити изграђени од стране јавног субјекта. Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта се закључује на период до 99 година. Са друге стране, минимални период на који се закључује уговор се одређује на основу процене амортизације постојећих објеката/постројења/система за производњу, снабдевање, дистрибуцију и трговину електричне енергије. Уговор може бити раскинут пре истека рока на који је закључен у случају повреде уговорних обавеза или у случају неспособности плаћања на страни пројектног друштва.

Приватни субјект се бира у поступку јавне набавке, који може бити: (а) отворени поступак, (б) рестриктивни поступак, и (в) преговарачки поступак. Под одређеним условима додела уговора се може извршити путем директне погодбе или у поступку конкурса за дизајн/пројектовање, у свему у складу са Законом о јавним набавкама бр. 4734 од 22.01.2002. године, објављеним под бројем 24648.

14. ФИНСКА

У Републици Финској не постоје посебни прописи који уређују сарадњу јавног и приватног субјекта у пројектима од општег интереса. Једини пропис који непосредно уређује сарадњу јавног и приватног субјекта је кратка пореска одредба која уређује тренутак када настају опорезиви приходи у пројектима јавно-приватног партнерства. Међутим, и ова одредба у пракси има ограничен домен примене и најчешће се непосредно примењује у пројектима

сарадње јавног и приватног субјекта у вези са извођењем радова на изградњи, односно реконструкцији јавних путева.

У Финској је од јавних субјеката, у највећем броју пројеката учествовала финска Агенција за саобраћај (ФТА), која је протеклих година започела неколико пројеката у области саобраћаја, користећи јавно-приватно партнерство као основ сарадње јавног и приватног субјекта. Иначе, у финској јавности постоји општа сагласност у погледу потребе за спровођењем већег броја пројеката јавно-приватног партнерства. Како је коришћење модела јавно-приватног партнерства у овој земљи од скора интензивирано, Агенција за саобраћај активно учествује у промовисању јавно-приватног партнерства кроз неколико истраживачких иницијатива у сарадњи са општинама и јавним агенцијама. Повећањем броја инфраструктурних пројеката који примењују модел јавно-приватног партнерства, актери који обично учествују у пројектима се надају да ће се успоставити стабилан правни оквир за даљи развој сарадње јавних и приватних учесника у пројектима од општег интереса, у намери да на овај начин привуку стране инвестиције. Приметан је тренд повећања интересовања за јавно-приватно партнерство и код општина, које се у све већем броју опредељују за овакав вид сарадње са приватним инвеститорима.

У Финској је углавном држава носилац великих инфраструктурних пројеката, а кад је изградња јавних путева у питању, државу репрезентује горе поменута Агенција за саобраћај. У својству приватног субјекта у пројекту најчешће се јављају страни инвеститори и конзорцијуми финских и иностраних грађевинских компанија, док су главни кредитори и финансијери оваквих пројеката у Финској домаће комерцијалне банке, Европска инвестициона банка, као и Нордијска инвестициона банка.

За пројекте сарадње јавног и приватног субјекта уобичајено је оснивање друштва посебне намене, које се најчешће оснива у форми друштва са ограниченом одговорношћу. Држава, по правилу, нема власничко учешће у друштву посебне намене, а однос између државе и друштва за посебне намене регулисан је уговором о пружању услуга, којим се друштво за посебне намене обавезује да спроведе пројекат. Нека јавна предузећа, као што је на пример бивше владино предузеће за путеве (*Destia Ou*), су укључена у инфраструктурне пројекте и делују у конзорцијуму са појединим финским грађевинским компанијама на страни извођача.

Друштво за посебне намене се углавном оснива у циљу куповине, набавке опреме и контроле над извођењем радова на изградњи објекта/постројења/система, као и његовог каснијег управљања и одржавања.

Уговором о пружању услуга између друштва за посебне намене и јавног субјекта уређују се међусобне обавезе, као и расподела одговорности, ризика и погодности које пројекат пружа, између главних учесника у пројекту. У већини пројеката сарадња се реализује према ДБФО моделу. Конзорцијум за изградњу и друштво за посебне намене углавном закључују уговор о пројектовању и изградњи, а често се закључују и уговори са подизвођачима. Додатно, закључује се и уговор о управљању и одржавању, којим се уређује управљање и одржавање изграђеним објектом/постројењем/системом.

Искуство и пракса реализације пројеката сарадње јавног и приватног субјекта у Финској показали су завидне резултате, будући да је код великог броја пројеката фаза изградње била окончана пре уговорених рокова, чиме је додатно повећана профитабилност пројекта.

У пракси реализације сарадње јавног и приватног субјекта у Финској уобичајено је закључивање директног уговора, који установљава право преузимања пројекта у корист финансијских институција које обезбеђују финансирање пројекта.

Одабир приватног субјекта врши се у складу са поступком јавних набавки. Јавни субјекти, попут владиних агенција и општина, морају да поступају у складу са прописима који уређују јавне набавке у случају кад су носиоци инфраструктурних пројеката. Фински Закон о јавним набавкама уређује скоро све врсте јавних набавки. Општине и други јавни партнери су у обавези да иницирају поступак јавних набавки кад вредност пројекта прелази праг постављен у закону, а прописан праг за изградњу износи 150.000 евра. Поменути Закон предвиђа различите поступке јавних набавки. Отворени или рестриктивни поступак су примарни поступци који се користе за доделу уговора. Одабир приватног субјекта путем преговарачког поступка, конкурентног дијалога, оквирног споразума, или непосредне погодбе су предмет даљих захтева наручиоца током спровођења јавних набавки.

15. ФРАНЦУСКА

Француско право не познаје општу дефиницију јавно-приватног партнерства, али разликује две врсте уговора, који претпостављају тесну сарадњу јавног и приватног субјекта, и који се према предмету уговора и начину плаћања накнаде приватном субјекту деле на: (а) концесије и сродне уговоре, и (б) уговоре о партнерству.

А. Концесије и сродни уговори (фр. *concessions et contrats assimilés*)

Група уговора који су насловљени као „концесије и сродни уговори“ представља широку скупину различитих уговора, који се даље могу поделити како следи:

1. Концесије од општег интереса

(фр. *concessions support d'une activité d'intérêt general*)

Концесије од општег интереса за свој предмет најчешће имају коришћење каквог општег добра – коришћење природног богатства, односно добара у општој употреби, извођење истраживања и експлоатације минералних сировина и геолошких ресурса, као и извођење радова на изградњи објекта/постројења/система инфраструктуре у општем интересу (јавни путеви, луке, аеродроми, јавни превоз и др.).

Ова група уговора укључује, такође, и концесије додељене субјектима који су „под јавним утицајем“, као што су, на пример, државна, односно јавна предузећа, или привредна друштва у

већинском власништву државе, чиме се ове концесије приближавају моделу уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса.

Унутар ове групе даље се издвајају:

- Концесија радова (фр. *La concession de travaux*) – код којих приватни субјект, односно пројектно друштво, закључењем уговора преузима обавезу да изведе радове на изградњи објекта/постројења/система, обезбеди финансирање извођења ових радова и реализације пројекта, те да, потом, за одређено време које је предвиђено уговором, управља објектом/постројењем/системом, односно да посредством њега обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса. Приватни субјект, односно пројектно друштво, за обављање делатности, односно пружање услуга прима одговарајућу накнаду, коју му најчешће плаћају крајњи корисници услуга, а може му је плаћати и јавни субјект.

- Уговори уз пренос (*t-Transfer*), који се даље деле на:

- Уговоре по *DBFOMT* моделу – код којих приватни субјект, односно пројектно друштво, закључењем уговора преузима обавезу пројектовања, извођења радова на изградњи, финансирања, управљања и одржавања објекта/постројења/система који је предмет уговора, да би, након извршења уговора, односно реализације пројекта, објекат/постројење/систем без накнаде био предат јавном субјекту. Приватни субјект посредством изграђеног објекта/постројења/система обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса крајњим корисницима услуга, који му плаћају одговарајућу накнаду, из које приватни субјект, односно пројектно друштво исплаћује своје обавезе по основу задужења за изградњу објекта/постројења/система;

- Уговоре по *BOOT* моделу – код којих приватни субјект, односно пројектно друштво, закључењем уговора преузима обавезу да обезбеди финансирање пројекта, изведе радове на изградњи објекта/постројења/система, након изградње задржава у власништву објекат/постројење/систем и управља њиме, да би по реализацији пројекта, односно извршењу уговора предао, односно пренео у својину јавном субјекту, без накнаде, изграђени објекат/постројење/систем. Током управљања изграђеним објектом/постројењем/системом, приватни субјект, односно пројектно друштво сноси све оперативне трошкове објекта/постројења/система али уједно и приходује од обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, кроз накнаду коју му плаћају крајњи корисници услуга;

- Уговоре по *BOT* моделу – код којих приватни субјект, односно пројектно друштво, закључењем уговора преузима обавезу да обезбеди финансирање пројекта, изведе радове на изградњи објекта/постројења/система, управља изграђеним објектом/постројењем/ системом и након истека уговора, односно реализације пројекта, преда јавном субјекту без накнаде објекат/постројење/систем. Током фазе управљања објектом/постројењем/системом, приватни субјект, односно пројектно друштво, остварује приход од обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса, кроз накнаду коју му плаћају крајњи корисници услуга.

- Уговоре без преноса (т-Трансфер), који се даље разврставају на:

- Уговоре по *DBFOM* моделу – код којих приватни субјект, односно пројектно друштво, закључењем уговора преузима обавезу да пројектује, изведе радове на изградњи објекта/постројења/система, обезбеди финансирање пројекта, управља и одржава изграђени објекат/постројење/ системом;

- Уговоре по *BOO* моделу – код којих приватни субјект, односно пројектно друштво, закључењем уговора преузима обавезу да изгради објекат/постројење/систем, управља изграђеним објектом/постројењем/системом, задржавајући право својине над њим;

- Уговоре по *BO* моделу – код којих приватни субјект, односно пројектно друштво, закључењем уговора преузима обавезу да изгради објекат/постројење/систем, задржавајући право својине над њим;

- Концесију пружања јавних услуга (фр. *La concession de service*) – код које јавни субјект, поверава приватном субјекту, односно концесионом предузећу, као концесионару, да за одређено време које је уређено уговором управља објектом/постројењем/системом у власништву јавног субјекта, како би концесионар коришћењем и управљањем истим обављао делатност, односно пружао услуге од општег интереса. Закључењем овог уговора приватни учесник у пројекту преузима на себе целокупан оперативни ризик;

- Уговоре по моделу закупа – код којих јавни субјект предаје приватном субјекту, односно пројектном друштву у закуп објекат/постројење/систем који је изградио јавни субјект, којим приватни субјект, односно пројектно друштво, управља и које одржава за период који је уређен уговором. Јавни субјект код оваквог уговора приходује од закупнине коју му плаћа приватни субјект, односно пројектно друштво, а приватни субјект, односно пројектно друштво приходују од накнаде коју наплаћују за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса, коју им плаћају крајњи корисници услуга.

2. Концесије и сродни уговори који подразумевају делегирање/поверавање обављање делатности од општег интереса (фр. *Concessions et contrats assimilés support de la délégation de service public - DSP*)

Ова врста уговора означава уговоре код којих јавни субјект поверава приватном субјекту обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса које спадају у његову надлежност. Закључењем уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса, јавни субјект у целини преноси на приватног субјекта овлашћење на обављање одређене делатности од општег интереса, преносећи на приватног субјекта тако и сва права и обавезе повезане са конкретном делатношћу. Приватни субјект ће, под контролом и надзором јавног субјекта, за период на који је закључен конкретни уговор обављати делатност, односно пружати услуге од општег интереса, за шта му накнаду плаћају крајњи корисници.

Поверавање обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса (фр. *La délégation de service public – DSP*) заснива се на административном/управном уговору закљученом на одређени период.

Накнада која се приватном субјекту исплаћује за обављање поверене му делатности, у непосредној је повезаности са успехом у обављању поверене делатности од општег интереса.

Поверавање обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса може имати више облика:

а) Концесија јавних услуга које укључује радове о трошку концесионара ((фр. *La concession de service public (incluant des travaux à la charge du concessionnaire)*) које могу бити даље подељене на:

- Концесије јавних услуга (уз извођење радова) (фр. *La concession de service public (avec travaux)*) које представљају концесију којом јавни субјект поверава приватном субјекту, односно пројектном друштву, у својству концесионара, пружање услуга од општег интереса на одређени временски период уређен уговором. Током трајања концесије, концесионар је дужан да изведе и потребне радове, односно изврши неопходна инвестирања којим би обезбедио услове за пружање услуга од општег интереса, за шта му је дата концесија;

- Уговоре по *DBFOMT* моделу;
- Уговоре по *BOOT* моделу; и
- Уговоре по *BOT* моделу.

б) Концесија јавних услуга и сродни уговори (без почетне инвестиције на терет концесионара) (фр. *La concession de service public et les contrats assimilés (sans investissement initial à la charge du concessionnaire)*)

- Концесија јавних услуга (без почетне инвестиције) (фр. *La concession de service public (sans investissement initial)*) представља концесију којом јавни субјект поверава приватном субјекту, односно пројектном друштву, у својству концесионара, пружање услуга од општег интереса, које традиционално спадају у надлежност јавног сектора, и то уз право да користи постојеће јавне објекте. Концесионар обавља делатност, односно пружа услуге и управља јавним објектом о сопственом ризику, уз право да му се за обављену делатност, односно пружене услуге исплати накнада коју плаћају крајњи корисници производа/услуга.

- Уговор по *LO* моделу – код кога јавни субјект предаје у закуп приватном субјекту, односно пројектном друштву одређени објекат/постојење/систем и пратећу опрему, како би приватни субјект управљао објектом/постројењем/систем и њима управљао.

- Сродни уговори (фр. *Contrats assimilés*) се даље могу поделити на:

- а) уговор о управљању (фр. *La régie intéressée*) – представља уговор код кога јавни субјект сам финансира изградњу инфраструктуре за пружање услуге од општег интереса, а затим поверава приватном субјекту, односно пројектном друштву, управљање изграђеним систеом у

циљу оптимизације у обављању делатности, односно пружању услуга од општег интереса. Приватни субјект за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса остварује накнаду коју му плаћа јавни субјект, а висина накнаде је у директној повезаности са резултатима обављања делатности, односно у вези је са постизањем уштеде у трошковима, као и са унапређењем продуктивности и побољшањем квалитета пружених услуга.

б) Закуп пољопривредног земљишта (фр. *L'affermage*) – представља уговор којим јавни субјект предаје у закуп приватном субјекту, односно пројектном друштву објекат/постројење/систем у функцији обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса. Приватни субјект плаћа јавном субјекту закупнину, а он остварује приход од обављања делатности, односно пружања услуга од општег интереса и то од крајњих корисника услуга, који му најчешће плаћају основни износ накнаде, а често и додатну накнаду за обављање делатности/пужање услуга од општег интереса. Овај модел се најчешће среће у вези са подстицајима који се дају пољопривредницима који су поштеђени да лично инвестирају у изградњу објекта/постројења/система у функцији обављања делатности од општег интереса.

Б. Уговори о партнерству (фр. *Contrats de partenariat*)

Уговор о партнерству представља уговор којим јавни субјект поверава приватном субјекту пројектовање, финансирање, извођење радова на изградњи новог, односно реконструкцији постојећег објекта/постројења/система, управљање и одржавање објекта/постројења/система и само обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса, за одређени период који је уговором прецизиран. Приватни субјект, односно пројектно друштво остварује право на накнаду у вези са обављањем делатности/пужањем услуга од општег интереса, коју му плаћа јавни субјект и која је у директној повезаности са достигнутим стандардима и постигнутим квалитетом који је уговорен.

У оквиру ове групе уговора уобичајена је и даља подела уговора на : (а) уговоре уз пренос (*t-Transfer*), где се најчешће среће уговор по *DBFOMT* моделу, и (б) уговоре без преноса (*t-Transfer*), где се најчешће среће уговор по *DBFOM* моделу. У оба случаја накнаду плаћа јавни субјект и то најчешће кроз уговорена периодична плаћања која су у непосредној повезаности са оствареним квалитетом у пружању услуга.

Уговори о партнерству се након закључивања обавезно пријављују надлежном органу управе у оквиру Министарства финансија, тзв. Мисији за подршку јавно-приватним партнерствима (фр. *Mission d'appui aux partenariats public-privé - MAPPP* <http://www.economie.gouv.fr/ppp/accueil>) који ће ове информације користити у сврху статистике и економске анализе.

Пропис којим се регулишу уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта по моделу партнерства у Француској је Ордонанса бр. 2004-559 од 17.06.2004. године о уговорима о партнерству (фр. *Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat*)).

Према овој Ордонаси, уговор о партнерству представља административни/управни уговор којим јавни субјект поверава приватном субјекту, на одређени временски период који се одређује у складу са уговореним условима финансирања и тренутком постизања финансијске исплативости пројекта, извођење конкретног пројекта који подразумева извођење радова на изградњи, односно реконструкцији објекта/постројења/система, управљања и одржавања објекта/постројења/система и обављање делатности, односно пружања услуга од општег интереса. Приватни субјект сноси одговорност за реализацију пројекта, а за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса финансира се из накнаде коју му исплаћује јавни субјект. Износ накнаде се везује за остварени учинак, а уговором може уредити да приватни субјект, уз накнаду коју прима од јавног субјекта, део накнаде убира и од крајњих корисника услуга.

Уговор о партнерству захтева прелиминарну анализу потребе за иницирањем пројекта заснованог на партнерству јавног и приватног субјекта, коју припремају стручне службе јавног субјекта. Пројекат се иницира доношењем одлуке о покретању пројекта партнерства, која се заснива на анализи економских, пословних, секторских, финансијских рација, као и анализи правних аспеката реализације конкретне трансакције. Одлука се заснива и на компаративној анализи различитих опција и модела реализације сарадње јавног и приватног субјекта, и њихових споредних предности и недостатака.

Уговор о партнерству може бити закључен само у оним случајевима у којима прелиминарна анализа оправданости и целисходности конкретног пројекта покаже да: (а) с обзиром на степен сложености пројекта, јавни субјект није у могућности да самостално, без помоћи приватног субјекта обезбеди техничке услове за задовољење општег интереса, нити је у могућности да обезбеди финансирање таквог пројекта; (б) да је реализација пројекта повезана са разлозима хитности; (в) да ова врста уговора има значајне предности у односу на друге облике сарадње јавног и приватног субјекта, као и да одређење за овај модел уговора, уз техничке предности има и финансијску предност будући да обезбеђује већу вредност за новац.

Кад је реч о поступку доделе уговора о партнерству путем јавне набавке Ордонаса бр. 2004-559 предвиђа могућност избора приватног субјекта и то путем конкурентног дијалога, позива за достављање понуда и преговарачког поступка.

Уговор о партнерству уобичајено садржи одредбе које се односе на следеће: (а) трајање уговора; (б) критеријуме за (рас)поделу ризика између јавног и приватног субјекта; (в) обавезе приватног субјекта у погледу испуњења захтеваних стандарда обављања делатности, укључујући квалитет пружених услуга, квалитет радова, опреме, односно нематеријалних средстава у функцији обављања делатности/пружања услуга од општег интереса; (г) плаћање накнаде приватном субјекту, (д) услове под којима ће, у складу са чланом Л. 313-29-1 Монетарног и финансијског кода, јавни субјект потврдити да су инвестиције извршене у складу са одредбама уговора; (ђ) начин и поступак у коме ће јавни субјект вршити надзор над извршењем уговора; (е) права јавног субјекта у случају поступања приватног учесника у пројекту супротно уговору; (ж)

услове под којима је допуштена измена уговора; (з) раскид уговора и последице раскида уговора, посебно у вези са преносом власништва над објектом/постројењем/системом на јавног субјекта; (и) решавање спорова и меродавно право.

Уговори о концесији у Француској регулисани су Ордонансом бр. 2009-864 од 15.07.2009. године о уговорима о концесији јавних радова (фр. *Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics*). У складу са наведеним прописом уговори о концесији јавних радова представљају административне/управне уговоре који за предмет имају извођење радова на изградњи објекта/постројења/система од стране концесионара. Концесионар током трајања уговора има право да обавља делатност, односно пружа услуге од општег интереса, користећи објекат/постројење/систем, за шта му припада накнада коју му плаћају непосредно корисници услуга од општег интереса, а може се уговорити и да део накнаде приватном субјекту исплаћује и јавни субјект.

16. ХРВАТСКА

Сарадња јавног и приватног субјекта у Републици Хрватској уређена је Законом о јавно-приватном партнерству (*Народне новине*, бр. 78/12 и 152/2014) и Уредбом о спровођењу пројеката јавно-приватног партнерства (*Народне новине*, бр. 88/12), Законом о концесијама (*Народне новине*, бр. 143/12), као и Законом о јавним набавкама (*Народне новине*, бр. 90/11 и 83/13) у вези са поступцима доделе уговора о јавним набавкама и уговора о концесијама.

Државни орган надлежан за примену Закона о јавно-приватном партнерству у Републици Хрватској је Агенција за инвестиције и конкурентност, док за оцену пројектних предлога уз Агенцију кључну улогу има и Министарство финансија Републике Хрватске.

Давалац концесије, односно доносилац одлуке о давању концесије може бити: (а) Хрватски парламент, Влада Републике Хрватске, органи државне управе, у име Републике Хрватске (у ком случају све припремне радње као и поступак давања концесије, осим доношења одлуке о давању концесије, могу спроводити надлежна министарства у Републици Хрватској); (б) надлежни органи јединица локалне и регионалне самоуправе, у име јединица локалне и регионалне самоуправе; и (в) правна лица која су посебним прописима овлашћена за давање концесија.

У складу са Законом Републике Хрватске, јавно-приватно партнерство представља дугорочан уговорни однос између јавног и приватног субјекта чији је предмет изградња и/или реконструкција и одржавање јавног објекта/постројења/система, у сврху пружања јавних услуга из оквира надлежности јавног субјекта.

Закон познаје две врсте јавно-приватног партнерства: (а) уговорно јавно-приватно партнерство, које представља модел јавно-приватног партнерства у коме се међусобни однос јавног субјекта и друштва за посебне намене уређује уговором о јавно-приватном партнерству, и (б) статусно јавно-приватно партнерство, које представља модел јавно-приватног партнерства

који се темељи на односу између јавног и приватног субјекта као власника у заједничком привредном друштву, које је носилац пројекта јавно-приватног партнерства.

Избор приватног субјекта спроводи се у складу са прописима којима се уређују јавне набавке. С друге стране, уколико се у сврху спровођења пројекта јавно-приватног партнерства даје концесија, поступак избора приватног субјекта спроводи се у складу са прописима којима се уређује поступак давања концесије. Критеријум за избор понуде, односно одабира приватног субјекта и за доделу уговора је искључиво економски најповољнија понуда.

Плаћање накнаде, као и њен износ се уређује уговором о јавно-приватном партнерству.

Уговор о јавно-приватном партнерству закључује се у писаном облику и на одређено време које не може бити краће од три нити дуже од 40 година, осим ако посебним законом није прописан дужи временски период.

Уговор о јавно-приватном партнерству мора садржати најмање одредбе којима се уређују: (а) сврха и предмет уговора; (б) рок на који је уговор закључен; (в) подела ризика између уговорних страна; (г) финансирање и рефинансирање; (д) имовинска права уговорних страна и начин њиховог решавања; (ђ) јемства и полисе осигурања, плаћања уговорних страна; (е) догађаји који дају право на накнаду и догађаји који обезбеђују додатно време за извршење уговорних обавеза; (ж) право надзора над извршењем уговора од стране јавног субјекта; (з) уговорне казне; (и) последице неиспуњења уговорних обавеза; (ј) превремени раскид уговора; (к) начин решавања односа у случају превременог раскида уговора; (л) виша сила; (љ) заштита интелектуалне својине; (м) пословна тајна и тајност података; (н) поступак и услови преузимања објекта/постројења/система, ако уговор о јавно-приватном партнерству обухвата извођење радова на изградњи објекта/постројења/система; (њ) поступак решавања спорова између уговорних страна; (о) друга права, обавезе и одговорности уговорних страна. Додатно, уговор о јавно-приватном партнерству, такође, мора минимално садржати и прилоге који се односе на: стандарде услуга, табелу поделе ризика, гаранције за извршење уговора, гаранције приватног субјекта за друштво посебне намене, као и финансијски модел.

17. ШВАЈЦАРСКА

У Швајцарској не постоји посебан законски оквир који уређује сарадњу јавног и приватног субјекта у вези са обављањем делатности од општег интереса. Такође, у Швајцарској до сада није реализован већи број пројеката сарадње јавног и приватног субјекта према моделима јавно-приватног партнерства који су доста чести у суседним земљама.

Најпознатији пројекат јавно-приватног партнерства у Швајцарској је *Нојмат пројекат*. Овај пројекат је уједно први швајцарски пројекат јавно-приватног партнерства који се реализује по међународно признатим стандардима. Пројекат обухвата изградњу четири управне зграде, депоа и регионалног затвора. У поступку јавне набавке, кантон Берн је у својству наручиоца

поверио комплетно извршење предметног пројекта приватном субјекту – привредном друштву „Zeughaus PPP AG“.

Приватни субјект се уговором обавезао на пројектовање, извођење радова на изградњи објеката, финансирање и управљање изграђеним објектима, а уговор је закључен на период од 25 година. Пројектно друштво за то од кантона Берн прима тзв. накнаду за коришћење, којом се надокнађују трошкови финансирања и инвестирања, као и трошкови одржавања и управљања предметним објектима. Целокупно земљиште и објекти који се граде се за све време трајања уговора налазе у својини кантона Берн.

Нојмат пројекат јавно-приватног партнерства сматра се успешним и позитивним примером за будуће пројекте јавно-приватног партнерства у Швајцарској. Кантонални Управни центар Нојмат у Бургдорфу (нем. *Neumatt in Burgdorf*) започео је са радом 30. марта 2012. године, само две и по године након закључења уговора.

У досадашњој пракси реализације пројеката јавно-приватног партнерства у Швајцарској, издвојила су се посебно следећа два облика јавно-приватног партнерства: (а) јавно-приватно партнерство као алтернатива јавних набавки (нем. *Beschaffungs-PPP*), према ком моделу јавни субјект одређује пројектни задатак и наручује од приватног субјекта за фиксну цену, путем јавних набавки или давања концесије, пројектовање, извођење радова на изградњи објекта/постројења/система, финансирање и оперативно управљање и одржавање изграђеног објекта/ постројења/система, и (б) јавно-приватно партнерство као заједничко извршење посла (нем. *Aufgabenerfüllungs – PPP*), према ком моделу јавни субјект бира приватног субјекта, да би се удруженим напорима на најоптималнији начин обезбедили услови за обављање делатности које традиционално обавља јавни сектор.

У швајцарској правној пракси отвориле су се одређене недоумице у вези са питањем у којим случајевима јавно-приватно партнерство потпада под јавне набавке, а у којим не. Деликатности овог питања додатно доприноси још једна нејасноћа. Наиме, у оквиру пројеката јавно-приватног партнерства је од пресудног значаја могућност преговора између наручиоца (јавни субјект) и понуђача (приватни субјект) о комплексној структури пројекта и садржини уговора које је потребно реализовати, односно извршити. Прописи који уређују јавне набавке у Швајцарској, међутим, забрањују овакве преговоре, а уз то је и могућност комбиновања различитих врста набавки оспорена најновијим одлукама швајцарских судова. По правилу, поступку јавне набавке код пројеката јавно-приватног партнерства претходи претквалификациони поступак, како би се већ у раној фази испитале основне карактеристике понуђача (приватног субјекта) и у складу с тим сузио круг оних који испуњавају услове да постану партнер јавном субјекту у реализацији конкретног пројекта. Особеност уговора јавно-приватног партнерства је и у уговарању свеобухватног и дугорочног пакета различитих послова. За разлику од традиционалних јавних набавки, код уговора о јавно-приватном партнерству се не додељују уговори за појединачне радове, већ се у обједињеном поступку бира приватни субјект који ће закључењем уговора са јавним субјектом преузети на себе различите уговорне обавезе

(пројектовање, извођење радова на изградњи, финансирање, управљање и одржавање, и обављање делатности/пужање услуга од општег интереса). Због тога је неопходно све битне елемете овог комплексног и дугорочног односа јавног и приватног субјекта уредити једним уговором чије трајање се у пракси најчешће протеже на 30 година.

Јавни субјект закључује уговор о сарадњи најчешће са пројектним друштвом/друштвом посебне намене које се оснива у сврху реализације конкретног пројекта и чије се постојање ограничава на реализацију тог пројекта.

Пројектно друштво у складу са уговором, преузима улогу инвеститора који је задужен за извођење радова на изградњи објекта/постројења/система. У ту сврху пројектно друштво најчешће мора да ангажује и одговарајуће подизвођаче, што је према швајцарском праву дозвољено.

Пројекат *Hojmat* је показао да пројекти јавно-приватног партнерства у Швајцарској ипак могу да се реализију и без посебног правног оквира.

Приватни субјект се, по правилу, бира у поступку јавне набавке. Швајцарско право се у домену јавних набавки ослања на „Темеље швајцарског права о јавним набавкама“, који су засновани на Споразуму Светске трговинске организације (*WTO*) о јавним набавкама (енгл. *Government Procurement Agreement, GPA*), који је ступио на снагу 01. јануара 1996. године. Имплементација овог споразума у швајцарско право уследила је на два нивоа: савезном и кантоналном. Кантонални прописи у појединачним случајевима ипак могу одступати од савезних прописа.

Јавне набавке су на савезном нивоу уређене Савезним законом о јавним набавкама (нем. *Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen – скр. BöB*) из 1994. године. Овај закон се примењује на све јавне набавке у надлежности швајцарске конфедерације у вези са набавком робе/производа, услуга и извођењем радова на изградњи објеката/постројења/система. Закон се не примењује на уговоре код који се на основу посебног поступка, уговор додељује међународним организацијама, нити се примењује на набавке у области безбедности, одбране и војне индустрије. Савезни закон о јавним набавкама разликује три врсте поступака јавних набавки: (а) отворени, (б) рестриктивни/селективни, и (в) поступак слободне доделе. У отвореном поступку сва заинтересована лица могу поднети понуду. У рестриктивном/селективном поступку, који се спроводи из две фазе, сва заинтересована лица поднесе пријаву, за чим наручилац признаје квалификацију подносиоцима пријава за које утврди да испуњавају претходно одређене услове за квалификацију. Одлучујући критеријум за доделу уговора је „економски најповољнија“ понуда. То не мора бити нужно и најјефтинија понуда. Приликом одабира најповољније понуде узимају се у обзир различити критеријуми као што су: квалитет, цена, економичност, услуга, али и заштита животне средине.

Уредбом о јавним набавкама (нем. *Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen – скр. VöB*) из 1995. године детаљније су уређена правила прописана Савезним законом о јавним набавкама.

Набавке у надлежности кантона, општина или других носилаца кантоналних или локалних овлашћења регулишу се кантоналним или интеркантоналним правом. Осим савезних норми, у Швајцарској је на снази 26 различитих кантоналних прописа који уређују јавне набавке. Извесна усклађеност је постигнута интеркантоналним споразумом од 25. новембра 1994. године, који је имао за циљ да осигура јединствену имплементацију обавезујућег Споразума Светске трговинске организације (*WTO*) о јавним набавкама у оним кантонима који су приступили овом споразуму. При томе, кантонални прописи морају бити у складу са Савезним законом о унутрашњем тржишту (нем. *Bundesgesetz über den Binnenmarkt*) од 06. октобра 1995. године. На јавне набавке које се односе на извођење јавних радова, испоруке и пружање јавних услуга у вези са изградњом и одржавањем националних путева примењује се Уредба о националним путевима (нем. *Nationalstraßenverordnung*) од 18. децембра 1995. године.

18. ШПАНИЈА

У Краљевини Шпанији сарадња јавног и приватног субјекта уређена је Законом 30/2007 о уговорима из јавног сектора (шпан. *Leu 30/2007 de Contratis del Sector Público*) из 2007. године, као и Краљевским Декретом 817/2009 о уговорима из јавног сектора (шпан. *Real Decreto 817/2009*) из 2009. године, којим се обезбеђује спровођење поменутог закона.

Закон прописује седам врста уговора и то: (а) уговоре о извођењу јавних радова, (б) уговоре о концесији јавних радова, (в) уговоре о пружању услуга из јавног сектора и управљању истима, (г) уговоре о набавци тј. снабдевању, (д) уговоре о пружању услуга из јавног сектора, (ђ) уговоре о сарадњи између јавног и приватног сектора, као и (е) комбиноване уговоре, при чему до закључења уговора о сарадњи између јавног и приватног субјекта може доћи само под условом да је претходно доказано да ниједна друга врста уговора не може да омогући испуњење и задовољење јавних циљева и интереса.

Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта се закључују на временски период који је условљен природом конкретног пројекта, врстом уговора, односно моделом сарадње јавног и приватног субјекта. Уговор о концесији јавних радова закључује се уобичајено на рок који не може прећи 40 година. Уговор о пружању услуга из надлежности јавног сектора не може бити закључен на период који прелази: (а) 50 година за уговоре који укључују извођење радова и пружање услуга из јавног сектора, осим ако су у вези са централним велепродајним тржиштем за прехрамбене производе којим управља општинско предузеће за мешовиту економију, у ком случају то може бити до 60 година; (б) 25 година за уговоре који укључују пружање услуга из надлежности јавног сектора, а које није везано за пружање здравствених услуга; и (в) десет година за уговоре који укључују пружање услуга из надлежности јавног сектора, чији је циљ пружање здравствених услуга, под условом да нису обухваћени случајевима под (а). Уговори о пружању услуга из надлежности јавног сектора не могу се закључити на период дужи од четири године, а њихово закључивање је условљено применом одредби које уређују буџетски систем.

Међутим, и код ових уговора се може предвидети продужење трајања уговора уз обострану сагласност уговорних страна, под условом да укупно трајање уговора, укључујући и продужетак, не прелази шест година, а сам продужетак рока не прелази првобитно утврђени рок. Најзад, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта не може трајати дуже од 20 година, осим у случају кад природа предмета уговора захтева другачије, односно кад конкретан уговор има одређена обележја слична обележјима уговора о концесији, кад се може применити одредба која уређује максимално трајање уговора о концесији од 40 година.

Приватни субјект за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса прима одговарајућу накнаду коју му исплаћује јавни субјект. Накнада се исплаћује у зависности од учинка, односно у складу са степеном испуњености стандарда, односно уговореног квалитета, који су прописани уговором.

Уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта обавезно садржи следеће елементе: (а) одређење уговорних страна; (б) податке о квалификованости и способности приватног субјекта да изврши обавезе из уговора; (в) одређење циља и сврхе закључења уговора; (г) меродавно право; (д) спецификацију докумената који представљају прилог уговора; (ђ) одређење накнаде за обављање делатности, односно пружање услуга од општег интереса, односно критеријуме за њено израчунавање; (е) период на који се уговор закључује и, евентуално могућност и услове за продужење уговора; (ж) одређење стандарда за обављање делатности, односно пружање услуга; (з) начин и услове плаћања накнаде; (и) основе за раскид уговора; (ј) гаранције које даје јавни субјект у вези са плаћањем накнаде приватном субјекту; (к) поверљивост.

Осим горе наведених обавезних елемената, уговор о сарадњи јавног и приватног субјекта може додатно да садржи и одредбе којима се уређује: (а) начин превазилажења различитих ставова уговорних страна у погледу испуњености услова, односно извршења уговорних обавеза; (б) рас(подела) ризика између јавног и приватног субјекта и могућност њихове дисперзије на друга лица; (в) посебне стандарде које приватни субјект треба да испуни, нарочито у односу на материјал и опрему коју је дужан да примени; (г) износ цене која се плаћа подизвођачима, која ће бити основни критеријум за обрачун инвестиционих, функционалних и финансијских трошкова; (д) случајеве и поступке утврђивања накнаде током периода извршења уговора у случају варијација; (ђ) формуле у вези са плаћањем накнаде; (е) надзор над извршењем уговора; (ж) уговорне казне за непоштовање уговорних обавеза; (з) услове под којима може доћи до споразумног раскида уговора, измена уговора на захтев уговорних страна или финансијера пројекта; (и) контролу коју има јавни субјект у односу на уступање уговора од стране приватног субјекта; (ј) примопредају објекта/постројења/система након реализације пројекта, односно извршења уговора; (к) гаранције дате од стране приватног субјекта као обезбеђење за испуњење његових обавеза; и др.

Одабир приватног субјекта се врши у поступку јавних набавки уређеном истим законом. Закон прописује четири врсте поступака јавних набавки и доделе уговора од којих се углавном примењују отворени и рестриктивни поступак. Осим наведених могу се применити и

преговарачки поступак и конкурентни дијалог. Конкурентни дијалог се не користи често, а највећи број уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта се додељује путем отвореног поступка.

Министарство развоја је надлежни државни орган који је највише укључен у пројекте сарадње јавног и приватног субјекта. Уз њега, тзв. Удружење за јавно-приватна партнерства *Форо* представља једино мултисекторско удружење које заступа приватне субјекте укључене у концесије инфраструктуре и јавних услуга у Шпанији. Циљеви овог Удружења су, између осталог, праћење политике и пројеката предложених од стране шпанске јавне управе (на централном, аутономном и локалном нивоу), дефинисање утврђених ставова и предлога у вези са реализацијом пројеката сарадње јавног и приватног субјекта, као и посредовање између својих чланова и јавних субјеката, ради разрешења евентуалних недоумица и доприноса развоју института јавно-приватног партнерства у Шпанији.

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Јелена Газивода је рођена 13. маја 1973. године у Београду. Завршила је основну школу и Трећу београдску гимназију у Београду, као носилац Вукове дипломе. Правни факултет Универзитета у Београду уписала је 1991. године, и дипломирала на Кривично-судском смеру 1996. године, са просечном оценом 9,23. Током студија учествовала је у раду већег броја студијских група. Током студирања била је стипендиста Универзитета у Београду (у периоду од 1992. до 1993. године) и Републичке фондације за развој научног и уметничког подмлатка (у периоду од 1993. до 1996. године). Године 1995. била је полазник Београдске отворене школе (БОШ), тада *Credibel* школе, као стипендиста друге генерације поменуте школе, као визионарског пројекта који је окупљао најбоље студенте Универзитета у Београду на завршним годинама студија. У периоду од 1999. до 2000. године била је полазник програма „Европско право“ на Алтернативној академској образовној мрежи (ААОМ), а као награду за најбољи оцењени рад добила је двомесечну стипендију на Универзитету Кент у Кентерберију (*University of Kent, UK*), у Великој Британији, почетком 2001. године. На јесен 2001. године започела је магистарске студије на Правном факултету Универзитета Кембриџ у Великој Британији (*University of Cambridge, UK*) као једини *Chevening* стипендиста Британске владе - *Foreign and Commonwealth Office (FCO)* за 2001. годину из Републике Србије. Магистрирала је 2002. године на Правном факултету Универзитета Кембриџ, одбранивши са највишим оценама (*first class*) магистарску тезу под називом „*Distinctive features of export credit insurance*“ код професора уговорног права и права осигурања *Malcom A. Clarke*-а, чиме је стекла звање магистра правних наука (*LL.M., Cantab*). Диплому магистра правних наука стечену на Универзитету Кембриџ у Великој Британији нострификовала је 2003. године и пред Правним факултетом Универзитета у Београду, добивши звање магистра правних наука у складу са домаћим прописима.

Професионалну каријеру започела је у Окружном суду у Београду као судијски приправник, где је радила од фебруара 1997. године до марта 1999. године. Након успешног полагања правосудног испита у истом суду је радила као стручни сарадник од априла 1999. године до октобра 1999. године, када се запошљава у Институту за међународну политику и привреду у Београду где је радила до 2003. године. По повратку са последипломских студија укључује се у рад бројних стручних група (*USAID* програми) које су у то време радиле на реформским променама домаћих прописа, и то: Закона о привредним друштвима, Закона о финансијском лизингу, Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар и Закона о стечајном поступку. Године 2003. била је саветник Министарства финансија – Сектора за осигурање, на изради Закона о осигурању. У периоду од средине 2004. до 2005. године радила је као консултант *CesMeccon*-а. У првој половини 2005. године ексклузивно је радила на пројекту Светске банке, сарађујући са господином *Robert Gourley*-ем на изради подзаконских аката за примену Закона о стечајном поступку и то: Правилника за утврђивање националних стандарда за управљање стечајном масом, Кодекса етике стечајних управника, Правилника о накнади

трошкова и награди стечајног управника, Правилника о програму и начину полагања стручног испита за обављање послова стечајног управника, и др. Учествовала је у изради Приручника за стечајне управнике, *USAID* – Пројекат реформе судске управе трговинских судова (*CCASA*) који је објављен 2005. године. Почетком 2005. године провела је шест недеља у Риму на курсу из области привредног права у организацији Међународне организације за развој права (*International Development Law Organization*). Током 2005. године, у трајању од осам месеци, пружала је стручну правну помоћ приликом оснивања Центра за стечај Агенције за приватизацију Републике Србије и обучавала кадар Агенције за приватизацију ангажован на пословима стечајног управника. Лиценцирани је стечајни управник од 2005. године до данас, с тим што се због ограничења које прописују прописи који уређују њену садашњу професију од 2009. године налази на листи неактивних лиценцираних стечајних управника. У периоду од 2005. до 2007. године била је консултант Европске банке за обнову и развој (*EBRD*) за област стечаја у Републици Србији. Била је и стручни сарадник судијама Врховног суда Србије господину Драгиши Слијепчевићу и господину Слободану Спасићу на изради Коментара Закона о стечајном поступку, у издању *CesMecon*-а 2006. године. Јануара месеца 2006. године почиње да се бави адвокатуром у Адвокатском ортачком друштву „Јанковић, Поповић, Митић“, најпре као адвокат сарадник, у периоду од 2006. до 2008. године. У звање партнера је унапређена 2008. године, а 2012. године додатно је унапређена у звање старијег партнера у Адвокатском ортачком друштву „Јанковић, Поповић, Митић“. Учествовала је у или је руководила најсложенијим трансакцијама у Републици Србији у области *M&A*-а, енергетике, банкарства, осигурања и финансијских тржишта, концесија, јавно-приватног партнерства и др., од којих су поједине трансакције биле пионирски пројекти у Републици Србији.

У периоду од 2012. до 2014. године била је ангажована на изради следећих закона: (а) Закона о преузимању имовине и обавеза одређених банака ради очувања стабилности финансијског система Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 102/2012), (б) Закона о Развојном фонду Аутономне покрајине Војводине (*Службени гласник РС*, бр. 124/2012), и (в) Закона о утврђивању јавног интереса и посебним поступцима експропријације и прибављања документације ради реализације изградње система за транспорт природног гаса „Јужни ток“ (*Службени гласник РС*, бр. 17/2013). Редовно се налази на листи најбољих адвоката према публикацијама међународних рејтинг агенција *Chambers & Partners*, *IFLR 1000*, *Legal 500*, и др. Члан је Адвокатске коморе Београда, Међународног удружења адвоката (*IBA*), Удружења за право осигурања, Удружења правника у привреди, Удружења за евопско право, *INSOL Europe*, и др. Јелена Газивода је и лиценцирани заступник у области медицинског права. Посебан аспект њеног деловања представља и сарадња са Правним факултетом у Београду, Правним факултетом у Новом Саду и Правним факултетом у Крагујевцу на пројекту *Big Deal*, на коме је у последње две године била ментор победичким тимовима студената завршних година Правног факултета у Београду (2013. године) односно Правног факултета у Крагујевцу (2014. године).

Говори енглески и италијански, служи се руским језиком, а учи немачки језик. Јелена Газивода је до сада објавила бројне чланке из области привредног права, права осигурања и стечајног права, а већ 12 година објављује прилоге из судске праксе Европског суда за *Ревиију за право осигурања*, коју објављује Удружење за право осигурања Републике Србије. Додатно, Јелена Газивода у својству адвоката за бројне међународне публикације објављује и приказе промена у законодавству Републике Србије и пише чланке на одабране теме.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписани-а Мр Јелена Газивода

број индекса _____

Изјављујем

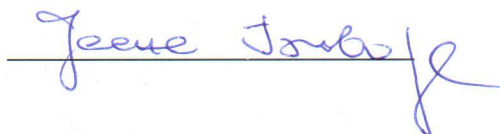
да је докторска дисертација под насловом

„Уговори о дугорочној сарадњи државе, јавних предузећа односно јединица локалне самоуправе и приватних инвеститора у домену обављања делатности од општег интереса“

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 26. октобра 2015. године



Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора Јелена Газивода

Број индекса _____

Студијски програм _____

Наслов рада: „Уговори о дугорочној сарадњи државе, јавних предузећа
односно јединица локалне самоуправе и приватних инвеститора у домену
обављања делатности од општег интереса“

Ментор: Др Мирко Васиљевић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Потписани/а Јелена Газивода

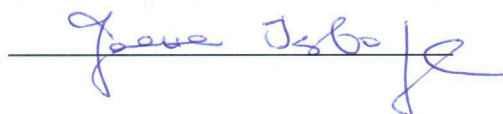
Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 26. октобар 2015. године



Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Уговори о дугорочној сарадњи државе, јавних предузећа односно јединица локалне самоуправе и приватних инвеститора у домену обављања делатности од општег интереса“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство

2. Ауторство - некомерцијално

3. Ауторство – некомерцијално – без прераде

4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима

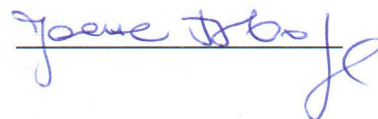
5. Ауторство – без прераде

6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, 26. октобар 2015. године



1. Ауторство - Дозвољавање умножавања, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. Ауторство – некомерцијално. Дозвољавање умножавања, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. Ауторство - некомерцијално – без прераде. Дозвољавање умножавања, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. Ауторство - некомерцијално – делити под истим условима. Дозвољавање умножавања, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. Ауторство – без прераде. Дозвољавање умножавања, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. Ауторство - делити под истим условима. Дозвољавање умножавања, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.