

GLAVA I

JAVNO-PRIVATNO PARTNERSTVO: POLAZNA RAZMATRANJA

1. Opšte napomene

Javno-privatno partnerstvo (e. *Public-Private Partnership*; n. *Öffentlich-Private Partnerschaft-ÖPP*; dalje i: JPP) predstavlja okvir za zajedničku akciju javnog sektora (oličenog u državi i njenim različitim emanacijama) i privatnog kapitala sa ciljem obezbeđenja funkcionisanja delatnosti od opšteg interesa, te efikasnog i ekonomski održivog razvoja infrastrukture.¹

Tenziju i kontroverzu javno-privatnog partnerstva generiše suprotnost bazičnih karakteristika javnog i privatnog sektora. Prvi je svojom strukturom i načinom funkcionisanja usmeren ka zaštiti, ostvarivanju i razvijanju opšteg (javnog) interesa. Potonji je, pak, utemeljen na privatnoj inicijativi usmerenoj ka ostvarivanju dobiti. Ova razlika koja se, *prima facie*, čini fundamentalnom, ključna je teškoća u konstruisanju pravnog okvira javno-privatnog partnerstva. Njeno prevazilaženje moguće je kroz postupak postepenog i detaljnog usklađivanja gore navedenih interesa. Pri tome je osnovni cilj i javnopravnih i privatnopravnih aktera da moralni hazard koji preuzimaju bude smanjen na najmanju moguću meru. Moralni hazard na strani javnopravnih subjekata ogleda se u poverenju da će akter iz privatnopravnog sektora težiti ostvarivanju javnog, a ne isključivo privatnopravnog interesa. Privatnopravni subjekt, pak, deluje u uverenju da će biti tretiran ravnopravno u partnerstvu usmerenom ka ostvarivanju javnog interesa (pri čemu će njegov privatni interes biti uvažavan u meri u kojoj služi ostvarivanju, takvog, javnopravnog interesa). Stepen ispunjenja navedenog cilja jeste i mera za kvalifikovanje pravnog okvira JPP-a kao odgovarajućeg ili nefunkcionalnog.²

¹ Videti: Predrag Cvetković, Tamara Milenković-Kerković, T. (2011). Javno-privatno partnerstvo: polazna razmatranja. *Pravo i privreda*. Br. 4-6. 758-770.

² Na ovom mestu vredno je napomenuti da se javno-privatno partnerstvo koristi kao pojmovni instrument u analizama hijerarhije i modaliteta prožimanja različitih nivoa regulisanja međunarodnih odnosa, uključujući i ekonomske. Videti više u: *Ernst-Ulrich Petersmann, International Economic Law, 'Public Reason' and Multilevel Governance of Interdependent Public Goods, Journal of International Economic Law, Oxford University Press, 2011,*

Tradicija javno-privatnih partnerstva duža je u SAD nego u državama EU. Počevši od pedesetih godina prošlog veka, javno-privatna partnerstva su u Sjedinjenim Američkim državama bila instrument federalne vlade za stimulisanje privatnih investicija u infrastrukturu gradova i regiona. Lokalne samouprave bile su ohrabrivane da ulaze u zajedničke projekte sa privatnim investitorima. Kasnije je obim ovlašćenja lokalnih samouprava proširen, a uloga federalnih vlasti smanjena. Posledica navedenog pristupa je rast poverenja u privatni kapital i preovlađujući stav da je država „loš vlasnik“, a da privatni sektor obezbeđuje viši nivo dobara i usluga od opšteg interesa. Odras opisanog shvatanja je restrikcija obaveza i odgovornosti države za javni sektor i njegovo prepuštanje privatnoj inicijativi. U prilog ovom razvoju išla je i činjenica da su lokalne samouprave ojačale svoju ulogu u odnosu na federalnu vladu tokom poslednje decenije XX i u prvoj polovini ovog veka.³

Primeri javno-privatnog partnerstva u Evropi se javljaju šezdesetih godina prošlog veka (izgradnja mreže autoputeva u Španiji 1968. godine). Punu ekspanziju koncept javno-privatnog partnerstva doživljava u kasnim osamdesetim godinama prošlog veka.⁴ Razlog promocije javno-privatnog partnerstva je

doi:10.1093/jiel/jgr005, str. 1-54, na strani 48 *passim*. Teorija prepoznaje javno-privatno partnerstvo u napred navedenom smislu u situacijama kada nepostojanje efikasnih međunarodnih pravila inicira samoregulatornu aktivnost privatnopravnih subjekata. Ove privatne režime sankcionišu države (primer ovakvog pristupa je tzv. „*lex mercatoria moderna*“, odnosno savremeno trgovačko pravo). Videti više u: *Tanja A. Börzel, Thomas Risse, Public-Private Partnerships: Effective and Legitimate Tools of International Governance*, dostupno na adresi: http://userpage.fu-berlin.de/~atasp/texte/021015_ppp_risse_boerzel.pdf, na dan 11. 12. 2013. godine. Navedena dimenzija javno-privatnog partnerstva nije predmet ovog rada.

³ Razlike u karakteristikama JPP-a u Evropi i SAD uzrokovane su razlikama u pretpostavkama na kojima se javno-privatno partnerstvo zasniva. Naime, u Evropi je država kreator i ekonomske i pratećih politika sa centralizovanom birokratijom i jakim uticajem na krupni kapital. U SAD, pak, tradicionalna autonomija privatnog sektora je aksiom na kome se zasniva ravnopravnost sa javnim sektorom. Pri tome, lokalne vlasti imaju visok stepen samostalnosti: manje zavise od finansijske podrške federalne vlade, a više od privatnog kapitala. U skladu s tim, lokalnim samoupravama u SAD morala su se priznati šira ovlašćenja u odnosu na privlačenje kapitala iz privatnih izvora. U Evropi, pak, postoji viši nivo zavisnosti lokalnih od finansijske podrške centralne vlasti. U SAD lokalne samouprave odgovorne su za izvršavanje određenih funkcija. Uzimajući u obzir činjenicu da sredstva za ostvarivanje tih funkcija moraju prikupiti od sopstvenih poreza (za razliku od lokalnih samouprava u Evropi, koje dobijaju novac od centralnih vlasti), saradnja sa privatnim sektorom je imperativ.

⁴ Primer izričitog opredeljivanja države za primenu javno-privatnog partnerstva je Holandija. Navedeno opredeljenje jezgrovito je definisano pre skoro 30 godina, u sledećoj izjavi tadašnjeg primijera Ruda Lubersa: „*Temelji javno-privatnog partnerstva čvrsto su definisani u strukturama lokalne samouprave, lokalne poslovne zajednice i, ukoliko je to neophodno, u okviru centralne vlasti, s krajnjim ciljem rasta investicija i građevinske obnove*“. Videti: *Miriam Bult-Spiering, Geert Dewulf, Strategic Issues in Public-Private Partnerships, Blackwell Publishing, 2008, str. 8-*

usvajanje privatizacije javnog sektora kao stuba ekonomske politike razvijenih država. Danas je koncept javno-privatnog partnerstva neosporni instrument državne politike, uključujući i Evropsku uniju i smatra se središnjim stubom razvoja konkurentnosti Unije u oblasti transporta, telekomunikacija i energetske infrastrukture.⁵

Posmatrajući JPP kao pravni koncept ostvarivanja saradnje javnog i privatnog sektora, faktor od posebne važnosti predstavlja njegova regulativa. Javno-privatno partnerstvo bez sumnje predstavlja vrlo kompleksan vid saradnje, pa regulisanje ove oblasti predstavlja nužnu, i nimalo laku aktivnost za zakonodavce. Regulativa JPP-a treba pre svega da ima za zadatak da uspostavi balans javnog i privatnog interesa koji se ukrštaju u svakom projektu javno-privatnog partnerstva, zatim zaštitu konkurencije i promociju tržišne discipline uz odsustvo suviše državne kontrole. Ono što se očekuje od regulative javno-privatnog partnerstva je da uspostavi stabilan (ali ne i rigidan), efikasan, potpun (ali ne i preobiman), transparentan i jasan pravni okvir koji bi pružio sigurnost i predvidivost kako javnim, tako i privatnim akterima JPP projekta. Bez takvog pravnog okvira, otvara se rizik neizvesnosti i sporova između partnera. Pri tome je važno naglasiti da je uspostavljanje odgovarajućeg regulatornog okvira neophodno pre nego što se započne sa konkretnim projektima JPP-a.⁶

Izgradnja pravnog okvira PPP koncepta bazirana je na sledećim pretpostavkama:

- učešću javnopravnih i privatnopravnih aktera;
- postojanju nadležnosti u pravnom i legitimiteta u političkom smislu na strani javnopravnog učesnika, odnosno slobode odlučivanja kod privatnopravnog subjekta;
- kontinuitetu pravnog odnosa;
- institucionalnoj formi PPP-a (formiranje posebnog preduzeća ili izmena vlasničke strukture postojećeg, u smislu otvaranja prostora za privatni kapital);
- unapred definisanoj srazmeri podela troškova, rizika i koristi;

9. Navedena izjava je ilustrativan primer „strateške političke odluke jasnog legitimiteta“, kao uslova za sprovođenje JPP koncepta. Videti više *infra* u tač. 3. ove Glave.

⁵ Videti više u: *Darrin Grimsey, Mervyn K. Lewis, Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance, Edward Elgar Publishing Inc., USA, 2007*, na strani 16.

⁶ Pojedini autori ukazuju na naknadne teškoće pojedinih zemalja u razvoju, koje su pribegavale zaključivanju ugovora o realizaciji projekata javno-privatnog partnerstva, a da pre toga nisu uspostavile jasan i potpun regulatorni okvir za takve ugovore. Videti: *Nutavoot Pongsiri, Regulation and Public Private Partnership, The International Journal of Public Sector Management, Vol. 15 No. 6, 2002*, str. 487-495, na strani 488.

- kooperativnosti.⁷
- Interakcija javnog i privatnog sektora, kao ključni predmet javno-privatnog partnerstva, ima različite forme. Ove forme obuhvataju:
- lobiranje usmereno od privatnopravnih institucija ka javnopravnim akterima, u cilju ostvarivanja određenog oblika partnerskog odnosa;
 - institucionalizovano kooptiranje privatnopravnih aktera u javnopravna tela koja odlučuju o modalitetima realizacije javnopravnih interesa;
 - delegiranje obavljanja delatnosti od opšteg interesa na privatnopravne subjekte (uz obavezno *ex ante* utvrđivanje standarda za procenjivanje uspešnosti i kvaliteta vršenja delatnosti od javnog interesa).

Konkretni modaliteti javno-privatnog partnerstva nemaju limitativnu enumeraciju. *Exempli causa*, ovi modaliteti mogu obuhvatiti:

- ugovor o rukovođenju, održavanju i uslugama (e. „*Operation, maintenance and service contract*“); na osnovu ovih ugovora javni se sektor koristi uslugama privatnopravnih subjekata za određeni period (ili opredeljeno prema tačno definisanom zadatku). Pri tome, javnopravni subjekt i dalje ostaje odgovoran za pružanje i kvalitet usluga;
- klasičan ugovor o koncesiji, čime privatnopravni subjekt postaje odgovoran za pružanje i kvalitet usluga u određenoj oblasti, te za operativno održavanje, prikupljanje nadoknada za usluge i upravljanje u celini. Težište uloge javnopravnog sektora pomera se od funkcije pružaoca usluge ka regulatoru cene i kvaliteta.
- formiranje novog privrednog subjekta ili otvaranje postojećih javnopravnih subjekata (javnih preduzeća) za investiranje privatnog kapitala, uz zajedničku odgovornost za rizike i pravo na dobit.
- pasivnu javnu investiciju, oličenu u korišćenju državnih zajmova za privatne privredne aktivnosti; ovaj vid partnerstva funkcioniše kroz zajmove ili garancije javnih institucija za privatnopravni sektor.⁸

⁷ Više u: *Miriam Bult-Spiering, Geert Dewulf, Strategic Issues in Public-Private Partnerships, op. cit, str. 17.*

⁸ Više o tipovima javno-privatnog partnerstva videti *infra* u Glavi III. Poseban vid javno-privatnog partnerstva koje ima prevashodno socijalnu, a ne ekonomsku funkciju je tzv. „samopomoć lokalne zajednice“ (e. „*Community based provision*“); navedeni modalitet usmeren je ka prevazilaženju teškoća nastalih zbog nedostatka sredstava ili usled institucionalnih ograničenja države da obezbedi pružanje određenih usluga za pojedine kategorije stanovništva. Tada zajednica može da se organizuje u cilju zaštite siromašnih rezidenata, pomoći u pregovorima sa državnim organima i slično. Ovakva partnerstva imaju jasnu konotaciju solidarnosti, vezanu za zadovoljenje određenih socijalnih potreba. Karakteriše ih i izostanak motivacije za sticanje profita. Videti više u: *Aneta Karol, Ewa Sokol, Public Private Partnership and the Game Theory, str. 95, rad dostupan na adresi: http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/158911/2/Kargol_Sokol_2007_19ks_93_101.pdf. na dan 11. 12. 2011. godine*

- izazovi koje je i javnopravnom i privatnopravnom sektoru postavila izgradnja globalne ekonomije i proboj novih tehnologija.

Kada se radi o privatnom sektoru, osnovni vid eksterne vrednosti koju javno-privatno partnerstvo nosi jeste regeneracija poslovne etike. Rezultat implementacije javno-privatnog partnerstva je da država postaje bliža tržištu, bilo kao regulator, bilo kao preduzetnik.²²

Negativne strane javno-privatnog partnerstva leže u mogućnosti da pragmatizam privatnog sektora utiče na narušavanje institucionalnog integriteta javnog sektora u vršenju usluga od javnog interesa. Odlučivanje u kontekstu projekta JPP-a predstavlja supstitut za tradicionalne demokratske mehanizme artikulacije političke volje. Stoga je neophodno da se tokom definisanja i realizacije projekta javno-privatnog partnerstva obezbedi politički nadzor, upravljačka kontrola, transparentnost i jasna odgovornost uključenih subjekata. Opisani ciljevi realizuju se kroz:

- definisanje jasnih ciljeva JPP projekta, koje bi trebalo da bude rezultat zajednice interesa javnog i privatnog sektora;
- metodološki pristup kreiranju ugovora koji omogućava *ex ante* identifikovanje mogućeg ugrožavanja javnog interesa i mere njegovog sprečavanja (politička kontrola i upravljačka kontrola);²³
- jasno definisane procedure njegove realizacije (uz adekvatnu transparentnost);²⁴
- adekvatnu podela rizika za realizaciju JPP projekta.²⁵
- U krajnjem, rezultat opisanog pristupa je obezbeđenje kontinuiteta očuvanja javnog interesa tokom trajanja projekta.

3. Karakteristike javno-privatnog partnerstva

Odlika javno-privatnog partnerstva koja u značajnoj meri determiniše i njegove pravne karakteristike jeste politička senzitivnost. Ova je odlika naročito izražena u državama u tranziciji. Naime, raspolaganje javnim resursom u korist

globalizacione paradigme trebalo bi da ima akcenat na socijalnoj koheziji uz jačanje uloge države. Dostupno na adresi: <http://newagebd.com/newspaper1/business/14379.html> na dan 20. 02. 2013. godine. Ukoliko ova premisa postane relevantni politički credo, javno-privatno partnerstvo dobilo bi novi zamah: ono više ne bi podrazumevalo isključivo mogućnost upliva privatnog kapitala u javni sektor, već i pristanak privatnog sektora na viši nivo uticaja države na tržišna kretanja.

²² 6 Videti više *infra* u tač. 7. ove Glave.

²³ Videti više *infra* u tač. 5. Glave V.

²⁴ Videti više *infra* u. Glavi VI

²⁵ Videti više *infra* u Glavi IV

privatnopravnog subjekta pod paskom je političke javnosti. Navedena pažnja imanentna je u svim državama, a posebno onima u kojima prelaz iz državno kontrolisane u stabilnu i regulatorno perfekturnu tržišnu privredu nije do kraja okončan. Kritike i bojazan mogu se otkloniti odgovarajućim institucionalnim i pravnim okvirom kontrole definisanja i realizacije projekata javno-privatnog partnerstva.²⁶

U regulatornom smislu, uređivanje JPP-a otežava činjenica da je javno-privatno partnerstvo generični pojam koji ima mnogobrojne varijacije. Pravilo „one-size-fits-all“ (jedan model ponašanja za sve situacije) u ovom slučaju nije primenljivo. Strukturiranje konkretnog javno-privatnog partnerstva zahteva usaglašavanje sa okolnostima njegove buduće realizacije, te uvažavanje relevantnog pravnog, ali i političkog i socijalnog okvira u kome se javno-privatno partnerstvo realizuje.

Pristupanje javno-privatnom partnerstvu zahteva donošenje strateške političke odluke pouzdanog legitimiteta.²⁷ Javno-privatno partnerstvo razara u korenu koncept zasnovan na monopolu javnih preduzeća. Opisani proces stoga mora biti prepoznat kao rezultat jasne i nepovratne odluke da se javni sektor otvori privatnom kapitalu, na način koji ne ugrožava ostvarivanje i zaštitu javnog interesa. Pravni okvir za javno-privatna partnerstva trebalo bi da obezbedi uslove za tržišnu utakmicu, koja bi rezultirala višim nivoom efikasnosti i onih preduzeća koja nisu koncipirana u formi javno-privatnog partnerstva, a obavljaju delatnost od javnog interesa: ona su pod imperativom da poboljšaju efikasnost sopstvenog poslovanja kako ne bi izgubila udeo na tržištu (reč je o manifestaciji tzv. „race to the top“ efekta, odnosno dejstvu da akteri teže da podignu kvalitet sopstvenog učinka kako bi imali prednost nad konkurencijom). Takođe, uzimajući kao premisu da demonopolizacija javnog sektora ne može da ostane u okvirima nacionalnog tržišta, prihvatanje i sprovođenje JPP-a kao legitimne forme obavljanja delatnosti od javnog interesa uslovljava države da liberalizuju sopstveni pravni okvir, odnosno uklone prepreke za ulaz privatnog (poreklom inostranog) kapitala u javni sektor. Reč je o tzv. „race to the bottom“ efektu, koji se ogleda u aktivnosti država da smanje

²⁶ Primeri materijalizacije političke senzitivnosti u praksi mogu biti različiti. Tako, u slučaju kada javno-privatno partnerstvo podrazumeva ulazak privatnog kapitala u postojeće javno preduzeće u cilju formiranja društva za posebne namene stvara se potencijal problema sa zaposlenima u javnom preduzeću koji u implementaciji JPP projekta vide privatizaciju „po svemu, sem po imenu. Komunikacija sa sindikatima zaposlenih u javnom sektoru, njihovo sagledavanje u fazi koja prethodi realizaciji javno-privatnog partnerstva, već u fazi pregovora o JPP može da eliminiše potencijalne teškoće u kasnijoj fazi realizacije projekta javno-privatnog partnerstva. O društvu za posebne namene videti više *infra* u tač. 2. 1. Glave II.

²⁷ Videti *supra* napomenu 4.

prepreke za ulaz stranog kapitala kako bi održale atraktivnost za strane ulagače, u komparaciji sa uslovima koji postoje u drugim državama. Na ovaj način privlačenje investitora u javnopravni sektor postaje deo „borbe za kapital“ između država.

Suštinska karakteristika javno-privatnog partnerstva je saradnja, a ne konkurencija. Zajednički interes i podela rizika relevantni su instrumenti „discipline“ u izvršavanju uzajamnih obaveza. Umesto da javni i privatni sektor rade na (re)definisanju granica javnog i privatnog sektora, svojom zajedničkom aktivnošću u okviru realizacije projekta JPP-a dovode do rezultata da ta granica bleđi. Ovaj proces karakteriše međusobno usvajanje metodologije i načina mišljenja javnog i privatnog sektora. Javnopravni subjekti trebalo bi da usvoje preduzetnički način mišljenja i ponašanja, a privatnopravni sektor da uvažava kriterijume javne odgovornosti i obavezu čuvanja javnog interesa. U takvoj situaciji izostaje „bipolarna borba za hegemoniju“.²⁸ Umesto toga, teži se fleksibilnim upravljačkim strukturama, procesu baziranom na merljivom (ekonomskom, političkom ili socijalnom) rezultatu i novoj „etici“ prema korisniku usluge.

Pojavni oblik saradnje aktera su pregovori. Pregovori, uz pripremu projekta, imaju ključnu ulogu u adekvatnom formulisanju i kasnijoj realizaciji konkretnog JPP projekta. Karakteristike položaja ugovarača uslovljavaju ovakav kvalifikovani značaj pregovora. Reč je o sledećim karakteristikama:

- nejednaki stepen znanja javnog i privatnog partnera o projektu i metodologiji realizacije projekta (asimetrija informacija);²⁹
- različita okruženja javnog partnera (okruženje zasnovano na hijerarhijskim odnosima) i privatnog aktera (tržišno okruženje) uslovljavaju potrebu da se JPP sagleda kao proces ukrštanja i preklapanja hijerarhijskih i tržišnih struktura; opisani proces nosi određene rizike sa kojima se ne susreću u svom uobičajenom „prirodnom“ stanju.³⁰

²⁸ Videti više u: *Stephen H. Linder, Coming to Terms With the Public-Private Partnership; A Grammar of Multiple Meanings*, rad dostupan na: http://www.azevedosette.com.br/ppp/download/artigos/coming_to_terms.pdf. na dan 22. 03. 2014. godine.

²⁹ Asimetričnost informacija u korist javnog tela u poređenju sa privatnim akterom zasnovana je na činjenici da javno telo raspolaže znanjem o kvalitetu postojeće infrastrukture (npr. kod vodosnabdevanja lokalne samouprave imaju sopstveno, „privatno“ znanje o kvalitetu infrastrukture-pumpnih i mernih sistema, cevovoda i slično). Privatni akter, za razliku od javnog, poseduje posebna znanja u pogledu načina finansiranja i tehnološkog aspekta određenog projekta, koja nisu dostupna javnom partneru. Dakle, oba partnera imaju nejednak nivo znanja o pojedinim segmentima javno-privatnog partnerstva. Videti više *infra* u tač. 4. 1. 2. Glave VI.

³⁰ Videti više *infra* u tač. 7. 3. 1. ove Glave.

4. Elementi javno-privatnog partnerstva

Razumevanje JPP-a kao pravnog fenomena počiva na elementima njegove strukture. Iz gore navedenog mogu se apstrahovati eksterni i interni elementi strukture javno-privatnog partnerstva.

Eksterni elementi javno-privatnog partnerstva su institucionalni, socijalni, politički i drugi elementi koje akteri projekta JPP-a ne definišu niti na njih utiču. Značaj ovih elemenata leži u činjenici da uspostavljaju prostor u javnom diskursu (e. „*policy window*“) ³¹ za realizaciju konkretnog projekta JPP-a. ³²

U eksterne elemente JPP-a ubrajaju se:

- jasna, nepovratna odluka države da odstupi od monopola nad obavljanjem delatnosti od javnog interesa u korist privatnog partnera;
- raspoloživost znanja javnog partnera (epistemiološka legitimacija);
- raspoloživost potencijalnih sredstava finansiranja;
- poštovanje principa transparentnosti, zakonitosti i odgovornosti u javnom sektoru, posebno u postupcima javnih nabavki;
- podsticajno i stabilno pravno okruženje;
- kreiranje centara za kompetenciju i rad na standardizaciji metoda ustnaovljavanja JPP-a i ugovornih odredbi. ³³

Interni elementi JPP-a određeni su neposredno od strane samih aktera javno-privatnog partnerstva. Ovim elementima se definiše njegova struktura. Svaki od ovih elemenata nije jednakog intenziteta i varira od okolnosti konkretnog slučaja. Radi se o sledećim elementima ³⁴:

³¹ „*Policy window*“ izraz je kojim se označava postojanje potencijala za uspešnu realizaciju određenog projekta. O prosuđivanju ovog potencijala prosuđuje se na osnovu procene političkih, ekonomskih, socijalnih, ekoloških i drugih uslova (u zavisnosti od predmeta JPP-a). Potencijal za realizaciju JPP-a u prostoru javnog diskursa procenjuje se, između ostalog, kroz analizu „*Vrednosti za novac*“ (e. „*Value for Money*“ analiza; videti *supra* napomenu 9.). „*Policy window*“ je, širi pojam koji se odnosi na (ne)postojanje političke volje za realizaciju određenog projekta. Analiza vrednosti za novac predstavlja konkretnu analizu potencijala realizacije projekta u momentu kada se smatra da u javnom diskursu (političkom, ekonomsko, socijalnom i drugom) postoji prostor („*window*“) za realizaciju JPP projekta. Više o značaju „*policy window*“-a za realizaciju JPP-a na osnovu samoinicijativnog predloga videti *infra* u tač. 6. 3. 2. Glave VI.

³² Videti: Jan Ziekow, Alexander Windoffer, *Public Private Partnership: Struktur und Erfolgsbedingungen von Kooperationsarenen, Reihe Verwaltungsressourcen und Verwaltungsstrukturen VIII; Baden-Baden, 2008*, na str. 171.

³³ U kontekstu pravnog sistema Republike Srbije, značajnu ulogu u ovom smislu ima Komisija za javno-privatna partnerstva. Videti više *infra* u Glavi II.

³⁴ Elementi su dati prema: Ziekow/ Windoffer, *op. cit*, str. 30, 69 – 70, 166.

A) ostvarivanje javnog interesa kroz:

- ustanovljavanje merljivih kriterijuma ostvarivanja ovog interesa;
- kontinuitet javnog vlasništva³⁵ i jasno definisanje obima i sadržine transfera odgovornosti sa javnog na privatnog partnera, pri čemu javni partner zadržava obavezu kontrole;³⁶
- transparentnu politiku informisanja javnosti o uslovima implementacije i realizacije projekta;
- promociju socijalno odgovornog poslovanja i nove poslovne etike.³⁷

B) saradnja javnog i privatnog sektora koju karakteriše:

- sinergetski efekat u smislu stvaranja "dodatne vrednosti", odnosno kvaliteta vršenja usluga od javnog interesa;³⁸
- usvajanje tržišne logike u funkcionisanju javnog sektora, odnosno usvajanje principa i vrednosti javnog sektora od strane privatnopravnih subjekata;³⁹

C) specifičnost ugovornog regulisanja JPP-a, koje karakteriše:

- relacioni karakter ugovora o JPP-u⁴⁰ što uslovljava da ugovor o javno-privatnom partnerstvu bude nepotpun, baziran na poverenju, kooperaciji i koordinaciji;
- hibridna struktura ugovora zasnovana na preklapanju hijerarhije i tržišta;⁴¹
- rešavanje sporova između strana na način koji omogućava da se međusobni ugovorni odnosi usaglase bez uticaja treće strane (arbitraže ili nadležnog suda);
- polivalentnost ugovora koji sadrži elemente ugovora o delu, ugovora o uslugama, ugovora o građenju, ugovora o isporuci;

³⁵ U ovome leži ključna razlika između privatizacije i javno-privatnog partnerstva. Videti više *infra* u tač. 5. 1. ove Glave.

³⁶ Radi se o jednom od aspekata hijerarhijske konstante. Videti više *infra* u tač. 6. 1. ove Glave.

³⁷ Videti više *infra* u tač. 6. 2. ove Glave.

³⁸ Videti više *supra* u tač. 2. ove Glave.

³⁹ Videti više *infra* u tač. 7. ove Glave.

⁴⁰ Više o relacionim ugovorima videti *infra* u tač. 4. Glave V.

⁴¹ Koordinacija interesa JPP aktera kroz ugovor realizuje se kroz hibridnu strukturu JPP ugovora. Videti više *infra* u tač. 7. 1. ove Glave i u tač. 2. Glave VI.

- obezbeđenje da nakon prestanka ugovornog odnosa tranzicija JPP projekta sa postojećeg na novog privatnog partnera obezbedi kontinuitet kvaliteta i kvantiteta vršenja usluge od javnog interesa;⁴²
- primarni cilj obezbeđenja optimalnog (sa stanovišta javnog interesa) odnosa javnog i privatnog sektora i sprečavanje da javno-privatno partnerstvo bude instrument privatnog prisvajanja vrednosti koju je generisalo čitavo društvo (postrojenja, infrastruktura).

D) dinamika realizacije projekta, koju karakteriše:

- holistički pristup⁴³ realizaciji projekta koji uključuje analizu svih faktora koji mogu da utiču na pravnu situaciju ugovarača;
- *ex ante* transparentnost metodologije za obračun troškova projekta;
- *ex ante* analiza profitabilnosti kroz analizu "vrednosti dobijene za novac" ("value for money") analiza.

E) optimalnost institucionalnog okvira javno-privatnog partnerstva a koji treba da obezbedi da javni partner ima stalnu kontrolu nad Društvom za posebne namene⁴⁴ kao subjektu preko koga se ostvaruju interesi javnog i privatnog aktera, koju karakteriše sledeće: opisana kontrola pretpostavlja da javni akter ima pravo uvida i pravo davanja prethodne saglasnosti za određene radnje javnog partnera. Opisano pravo ne bi trebalo da bude zavisno od visine udela javnog aktera, već definisano i bazirano na činjenici da je javni partner odgovoran za kontinuitet i kvalitet ostvarivanja javnog interesa, te da je njegovo odricanje od monopola nad vršenjem usluga od javnog interesa rezultat težnje da se ostvari napredak u efikasnosti i kvalitetu ostvarivanja ovog interesa;

F) pravična i celishodna efikasna podela rizika koja pretpostavlja definisanje rizika, ustanovljavanje stepena njegovog uticaja na projekat i lociranje na aktera koji je u boljoj poziciji da rizikom upravlja⁴⁵

G) realizacija projekta javno-privatnog partnerstva uz očuvanje integriteta uloga javnog i privatnog aktera.⁴⁶ Ovaj integritet pretpostavlja da

⁴² O obezbeđenju kvaliteta i kvantiteta vršenja usluga od javnog interesa u svetlu sprečavanja oportunog ponašanja privatnog partnera videti više *infra* u tač. 5. 2. 1. Glave V.

⁴³ O holističkom pristupu fenomenu javno-privatnog partnerstva videti više *infra* u tač. 2. Glave V.

⁴⁴ O društvu za posebne namene videti više *infra* u tač. 2. 1. Glave II.

⁴⁵ Javni akter bi trebalo da snosi rizike vezane za obavljanje suverenih ovlašćenja, usvajanje odgovarajućih političkih odluka, tretman javnog zemljišta i slično. Privatni partner bi trebalo da bude odgovoran za rizik finansiranja, upravljanje, efikasnost tehničkog i ekonomskog znanja („know-how“) i promene tržišnih kretanja. Videti više *infra* u Glavi IV.

zadaci javnog i privatnog partnera budu nekonfliktni. Javni partner bi trebalo da definiše kriterijume učinka projekta u svetlu ostvarivanja javnog interesa poput standarda usluge, prioriteta projekta (na primer, da li je prioritet projekta socijalna dostupnost javnih usluga ili povećanje njihovog kvaliteta, što su ciljevi koji nisu uvek kompatibilni), politike cena i slično. Privatni partner trebalo bi da omogući da javni sektor (uz poštovanje načela zaštite javnog interesa izraženog kroz hijerarhijsku konstantu⁴⁷) funkcioniše u skladu sa tržišnim zakonomernostima. Javno-privatno partnerstva ne etatizira privatne partnere, niti privatizuje javnog aktera: ono je okvir koordinacije aktera u cilju efikasne realizacije konkretnog projekta.

5. Pojam javno-privatnog partnerstva

Iz analize osnovnih karakteristika javno-privatnog partnerstva proizilazi da je javno-privatno partnerstvo višeznačni, generični pojam, koji obuhvata različite procese, postupke i modalitete, sa krajnjim ciljem „brisanja“ granica između privatnog i javnog sektora, uz obostranu korist za oba tipa aktera. Sagledavanje pravnih aspekata javno-privatnog partnerstva mora imati sveukupni (holistički) karakter: navedena analiza mora da uključi ne samo pravne, već i ekonomske, organizacione, ideološke i socijalne parametre konkretnog JPP projekta. Ovi se parametri prožimaju i uslovljavaju ostvarivanje balansa interesa javnih i privatnih aktera kroz implementaciju projekta javno-privatnog partnerstva.⁴⁸

Važno napraviti razliku javno-privatnog partnerstva od srodnih koncepta: naime, javno privatno partnerstvo nije metod finansiranja realizacije

projekata od javnog interesa, već modalitet saradnje javnog i privatnog sektora (pri čemu je finansiranje javnih projekata kreditima iz privatnih izvora jedna od legitimnih alternativa za razvoj javnog sektora).⁴⁹

Javno privatno partnerstvo nije ni privatizacija javnog sektora. Naime, JPP podrazumeva učešće privatnog aktera u upravljanju javnim servisima putem dugotrajnih ugovora između privatnog i javnog aktera, dok privatizacija javnog sektora podrazumeva potpuni prenos prava u pogledu obavljanja javnih usluga ili kupovinu određenog postrojenja u javnom vlasništvu bez ikakvih naknadnih pretenzija javne vlasti.⁵⁰

Kada se radi o akademskom pojmovnom opredeljenju javno-privatnog partnerstva, iz dostupnih izvora mogu se apstrahovati dva tipa definicija:

- definicije koje izostavljaju obavezu zaštite javnog interesa kao konstitutivnog elementa javno-privatnog partnerstva;
- definicije koje uključuju elemenat zaštite javnog interesa kao *conditio sine qua non* za postojanje javno-privatnog partnerstva i uvažavaju njegov holistički karakter.

Primer prvih definicija je opredeljivanje javno-privatnog partnerstva kao „poslovnog aranžmana zasnovanog na uzajamnom obavezivanju koje je određeno ugovorom između organizacije koja predstavlja javni sektor i bilo koje organizacije koja je izvan javnog sektora”⁵¹, odnosno „dugotrajne saradnje između javnog i privatnog aktera, u okviru koje akteri razvijaju zajedničke proizvode i/ili usluge i gde su rizici, troškovi i dobit podeljeni”⁵².

Definicija javno-privatnog partnerstva, uzimajući u obzir njegove karakteristike, mora uključiti i zaštitu javnog interesa: opisani imperativ formulisan je u institutu hijerarhijske konstante.⁵³ Primer akademskih definicija navedene provenijencije je sagledavanje JPP-a kao „dugotrajnog ugovornog partnerstva između aktera javnog i privatnog sektora, koje je usmereno na finansiranje, projektovanje, implementaciju i upravljanje infrastrukturnim

⁴⁹ Videti više *supra* u napomeni 9.

⁵⁰ Videti više *infra* u tač. 6. 1.

⁵¹ Tony Bovaird, *Public-private partnerships: from contested concepts to prevalent practice*, *International Review of Administrative Sciences* Vol. 70(2), SAGE Publications (London, Thousand Oaks, CA and New Delhi), 2004. (pp. 199–215.), na strani 200. Videti više u: Predrag Cvetković/Uroš Zdravković, *Javno-privatno partnerstvo u pravnom sistemu Republike Srbije: polazna razmatranja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 63/2012, str. 147-168,

⁵² Eric-Hans Klijn, Geert R. Teisman, „Institutional and Strategic Barriers to Public Private Partnership: An Analysis of Dutch Cases”, *Paper for the British Academy of Management Conference 2002, 9-11 September 2002, London, Middlesex University*, str. 137-146, na strani 138.

⁵³ Videti više *infra* u Glavi II.

*dobrima i uslugama u zemlji*⁵⁴. Sličan koncept, mada nešto određeniji i u duhu našeg pravnog sistema sledi i Zakon o JPP i koncesijama.⁵⁵

Konstitutivni karakter javnog interesa zasnovan je na opredeljenju Zakona da je javno-privatno partnerstvo „*dugoročna saradnja između javnog i privatnog partnera radi obezbeđivanja finansiranja, izgradnje, rekonstrukcije, upravljanja ili održavanja infrastrukturnih i drugih objekata od javnog značaja i pružanja usluga od javnog značaja, koje može biti ugovorno ili institucionalno*“ (čl. 7. st. 1. Zakona). Dikcija je zakona da predmet JPP ne može biti isključivo komercijalno korišćenje dobra u opštoj upotrebi. Naime, zakon predviđa da se „*bitni elementi javno-privatnog partnerstva odnose na: 1) predmet JPP, koji ne može biti isključivo komercijalno korišćenje dobra u opštoj upotrebi ili drugog dobra*“; čl. 7. st. 2. tač. 1. Zakona). Element ostvarivanja javnog interesa je, dakle, konstitutivan za postojanje javno-privatnog partnerstva: bez tog elementa, projekat nije javno-privatno partnerstvo u smislu smislu Zakona o JPP i koncesijama. Za ostvarenje takvog projekta (komercijalnog, bez realizacije javnog interesa), javno telo (vlada, lokalna samouprava i sl.) može koristiti druge pravne instrumente (npr. ugovor o zakupu), koji, međutim, ostaju izvan okvira primene navedenog zakona.⁵⁶

Za interpretaciju pojma javno-privatnog partnerstva u zakonodavstvima država koje učestvuju u evro-integracijama, poput Republike Srbije, od značaja je određenje JPP koncepta sadržano u formulaciji „*Vodiča za uspešno javno-privatno partnerstvo*“, koji je 2003. godine objavila Evropska komisija: „*Javno-privatno partnerstvo je odnos između javnog i privatnog sektora, ustanovljen u cilju obezbeđenja i pružanja usluga ili ostvarivanja projekta, pri čemu, tradicionalno, navedene usluge obezbeđuje a projekte realizuje javni sektor. PPP je zasnovan na pretpostavci da obe strane imaju komparativnu prednostu u pogledu izvršenja određenih zadataka koji čine elemente PPP. Omogućavanje da svaki sektor učestvuje u PPP konceptu time što će izvršavati one zadatke koje ispunjava sa višim stepenom efikasnosti nego drugi sektor, stiču se uslovi da javne usluge budu pružene a infrastruktura građena na ekonomski efikasan način. Ključni cilj PPP je stoga da se struktura odnosa između strana, na način da je rizik za određene elemente te strukture na onoj koja je u najboljoj situaciji da kontroliše uslove i posledice takvog rizika, uz*

⁵⁴ Omdeep Gupta, Nibedita Biswas, *Public Private Partnership: Indian Economy*, SCMS Journal of Indian Management, Vol. VII, Number I January-March 2010, SCMS New Campus, Prathap Nagar, Muttom, Aluva-683106, Kochi, Kerala, India, 2010. (pp.44-53.) str. 45.

⁵⁵ Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, Sl. glasnik Republike Srbije br. 88/2011.

⁵⁶ Više o režimu JPP-a u pravu Republike Srbije videti *infra* u Glavi II.

povećanje vrednosti koja se ostvaruje kroz korišćenje znanja i veština privatnog sektora“.⁵⁷

Javno-privatno partnerstvo, dakle, počiva na tri ključna koncepta.

- adekvatnoj raspodeli rizika⁵⁸
- inovativnom učinku; javno-privatno partnerstvo trebalo bi da omogući izmalaženje novih rešenja za problem efikasnog ostvarivanja javnog interesa kroz „kvalifikovanu“ kooperaciju, koja je više od standardne saradnje;⁵⁹
- kontinuiranoj zaštiti javnog interesa kao interesa „prvog reda“.

Za potrebe ovog rada, a imajući u vidu normativno određenje, akademsku percepciju i praktične razloge za javno-privatno partnerstvo, JPP se definiše kao dobrovoljan, fleksibilan,⁶⁰ višedimenzionalan,⁶¹ rezultatom legitimizovan⁶² okvir saradnje javnog i privatnog sektora, praćen obrazloženom i balansiranom podelom rizika između javnog i privatnog aktera radi ostvarivanja na merljivim kriterijumima zasnovanom efikasnijem (bržem, jeftinijem i kvalitetnijem) ispunjenju javnih ciljeva, uz očuvanje kontinuiteta ostvarivanja javnog interesa kao interesa prvog reda.⁶³ Tipični primeri JPP-a su izgradnja i upravljanje putevima, mostovima, vazдушnim lukama, vodovodnim sistemima, elektranama, a takođe se razvijaju i specifične forme saradnje putem JPP, kao što su izgradnja škola, bolnica, zatvora, stadiona i slično.⁶⁴

5.1. Razlika između javno-privatnog partnerstva i privatizacije

Javno-privatno partnerstvo se (ne uvek zbog nedostatka znanja, već i težnje da se sistem vršenja javnih usluga u državama sa neefikasnim javnim

⁵⁷ Videti: „Guidelines for Successful Public Private Partnerships“, European Commission, March 2003, na str. 16-17. Dostupno na adresi: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf, na dan 20. 01. 2011.

⁵⁸ Videti više *infra* u Glavi IV.

⁵⁹ Opisana saradnja reflektuje se u relacionom karakteru ugovora o javno-privatnom partnerstvu. Videti više *infra* u tač. 4. Glave V.

⁶⁰ Videti više u izlaganju o relacionom karakteru ugovora o javno-privatnom partnerstvu u tač. 4. Glave V.

⁶¹ Videti više o odnosu hijerarhije i tržišta kao prožimajućim kontekstima JPP-a videti *infra* u tač. 7.

⁶² *ibidem*.

⁶³ Videti više *infra* u tač. 6. 1. ove Glave.

⁶⁴ Emanuel S. Savas, *Privatization and Public-Private Partnership*, adapted from E. S. Savas, *Privatization in the City: Successes, Failures, Lessons*, Washington, DC: CQ Press, 2005, str. 7.

GLAVA II

JAVNO-PRIVATNO PARTNERSTVO KAO PREDMET NACIONALNOG PRAVA REPUBLIKE SRBIJE

1. Opšte napomene

Regulatorni okvir javno-privatnog partnerstva u Republici Srbiji ima za cilj korišćenje JPP-a u funkciji ispunjenja nesporne potreba javnog sektora za kapitalom, znanjima, umenjima i na principu ekonomske efikasnosti zasnovanom delovanju privatnog sektora.

Javno-privatno partnerstvo u Republici Srbiji regulisano je Zakonom o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, kao sistemskim i okvirnim aktom za ovu oblast (dalje i: Zakon o JPP-u ili Zakon). Zakon je usvojen u Narodnoj skupštini Republike Srbije 22. novembra 2011. godine ("Sl. glasnik RS", br. 88/2011) i stupio je na snagu 2. decembra 2011. godine.

Javno-privatno partnerstvo predmet je neposrednog i posrednog regulisanja više različitih zakona. Neposredno, institut javno-privatnog partnerstva predmet je regulisanja:

- a) Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama;
- b) Zakona o javnim nabavkama¹²⁶.

Posredno, javno-privatno partnerstvo predmet je regulisanja sistemskih zakona čijim se normama uređuje ekonomski sistem Republike Srbije. U tom smislu, najznačajniji su:

- a) Zakon o komunalnim delatnostima¹²⁷;

¹²⁶ Sl. Glasnik RS" br. 124/2012 i 14/2015. Zakon o javnim nabavkama ne pominje javno-privatno partnerstvo kao institut; zaključak o JPP kao neposrednom predmetu regulisanja izveden je iz činjenice da Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama upućuje izričito na primenu odredbi Zakona o javnim nabavkama, čime je ovaj zakon postao indirektna sadržina Zakona o JPP.

¹²⁷ Zakon o komunalnim delatnostima donet istovremeno sa Zakonom o JPP-u i objavljen u "Sl. glasniku RS", br. 88/2011.

- b) Zakon o javnoj svojini¹²⁸;
- v) Zakon o stranim ulaganjima;¹²⁹

Norme kojima se neposredno uređuje javno-privatno partnerstvo predstavljaju pravila opšte primene na sve tipove JPP-a, bez obzira na pravni modalitet ili predmet partnerstva (energetika, infrastruktura, socijalno JPP-škole, bolnice ili slično). Zakonom o JPP-u i koncesijama po prvi put je oblast javno-privatnog partnerstva u pravu Republike Srbije uređena sistemskim zakonom.¹³⁰ Uz gore navedene zakone, ostaju relevantni i propisi sistemskog karaktera (npr. Zakon o privrednim društvima, Zakon o porezu na dobit, radnopravno zakonodavstvo, ekološko zakonodavstvo *etc.*).

2. Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama

Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama nesumnjivo predstavlja kvalitativan pomak u razvoju domaćeg pravnog sistema u pogledu regulisanja oblasti JPP-a. Zakon je donet je radi realizacije sledećih ciljeva: a) jačanja finansijskih kapaciteta raspoloživih za izgradnju infrastrukture; b) ostvarivanja višeg kvaliteta javnih usluga; c) realizacije transparentnosti procedure raspolaganja i korišćenja javnih resursa; d) usklađenosti pravnog okvira JPP sa propisima EU i "dobrom praksom".

Predmet regulisanja Zakona o JPP i koncesijama široko je definisan. Zakon uređuje uslove i način izrade, predlaganja i odobravanja projekata javno-privatnog partnerstva; subjekte JPP-a; prava i obaveze učesnika javno-privatnog partnerstva; pravni osnov JPP-a (javni ugovor); postupak davanja koncesije; zaštitu prava učesnika u postupku dodele javnih ugovora; te sva druga pitanja koja se mogu javiti u postupku ustanovljavanja i realizacije JPP.

Predmet javno-privatnog partnerstva u smislu Zakona jeste dugoročna saradnja javnog i privatnog sektora radi obezbeđenja finansiranja, izgradnje, rekonstrukcije, upravljanja ili održavanja infrastrukturnih i drugih objekata od javnog značaja i pružanja usluga od javnog značaja.¹³¹

¹²⁸ "Sl. glasnik RS", br. 72/2011

¹²⁹ "Sl. list SRJ", br. 3/2002 i 5/2003.

¹³⁰ Stupanjem na snagu Zakona o JPP prestao je da važi Zakon o koncesijama iz 2003. godine kojim je bila uređena materija koncesionih ugovora.

¹³¹ Zakon o JPP i koncesijama u članu 7. st. 2. predviđa bitne elemente javno-privatnog partnerstva. Radi se o sledećim elementima: 1) predmetu JPP-a, koji ne može biti isključivo komercijalno korišćenje dobra u opštoj upotrebi ili drugog dobra; 2) obliku JPP koje može biti institucionalno JPP ili ugovorno JPP, ili kao koncesija koja predstavlja poseban oblik JPP u skladu sa ovim zakonom; 3) obavezi privatnog partnera da od javnog partnera preuzme projektovanje, izgradnju, odnosno rekonstrukcije javne infrastrukture, odnosno objekta od javnog

Važno je napomenuti: predmet JPP ne može biti isključivo komercijalno korišćenje dobra u opštoj upotrebi. Element ostvarivanja javnog interesa je, dakle, konstitutivni za postojanje javno-privatno partnerstvo: bez tog elementa, projekat nije JPP u smislu Zakona o javno-privatnim partnerstvima i koncesijama. Za realizaciju takvog projekta (komercijalnog, bez realizacije javnog interesa), javno telo (vlada, lokalna samouprava i slično) može koristiti druge pravne mehanizme (ugovor o zakupu npr.). Pomenuti mehanizmi ostaju izvan okvira primene Zakona o JPP-u i koncesijama.

Primer kada nema osnova za primenu javno-privatnog partnerstva jeste kada lokalna samouprava (ili drugo javno telo) raspolažu (prodaju ili daju u zakup) zemljište za izgradnju objekta ili postrojenja za industrijsku proizvodnju. Reč je o raspolaganju koje ima za cilj stavljanje u funkciju određenog ekonomskog resursa (zemljišta), s ciljem njegovog optimalnog korišćenja u ekonomskoj aktivnosti. Javni interes se iscrpljuje, odnosno započinje i završava se obavezom investitora (kupca ili zakupca) da zemljište koristi za obavljanje privredne delatnosti, uz poštovanje sistemskih zakona (poresko, radnopravno, ekološko i drugo zakonodavstvo).¹³²

značaja, kao i održavanje javne infrastrukture, odnosno obavljanje usluga od javnog značaja, sa jednom ili više obaveza kao što su: finansiranje, upravljanje i održavanje, u cilju pružanja usluga od javnog značaja krajnjim korisnicima iz okvira nadležnosti javnog partnera, ili u cilju obezbeđivanja neophodnih preduslova javnom partneru za pružanje usluga od javnog značaja iz okvira njegovih nadležnosti, ili pružanje usluga od javnog značaja iz okvira nadležnosti javnog partnera krajnjim korisnicima; 4) delimičnom ili potpunom finansiranju projekta JPP od strane privatnog partnera; 5) mogućnosti javnog partnera da privatnom partneru za preuzete obaveze izvrši prenošenje određenih stvarnih prava ili da mu dodeli koncesiju ili da mu za preuzete obaveze vrši plaćanje u novcu; 6) preuzimanju odgovornosti svakog partnera za rizik kojim može na bolji način da upravlja, odnosno na koji može da utiče, ili se rizici dele u izbalansiranom odnosu, sve u cilju optimalnog upravljanja rizikom tokom trajanja projekta JPP, uz korišćenje upravljačkih, tehničkih, finansijskih i inovativnih sposobnosti privatnog partnera, kao i unapređenjem razmene veština i znanja između javnog i privatnog partnera. Opisani elementi u skladu su sa sagledavanjem JPP-a doktrini javno-privatnog partnerstva. Videti više *supra* u tač. 5. Glave I.

¹³² Izuzetak u ovom smislu (korišćenje JPP-a kao okvira za obavljanje komercijalne delatnosti) je dat u članu 7. st. 2. tač. 7. Zakona, koji predviđa mogućnost da javni partner dozvoli privatnom partneru da obavlja komercijalnu delatnost u okviru realizacije projekta JPP jedino u slučaju da na drugi način nije moguće obezbediti potreban nivo isplativosti realizacije projekta javno-privatnog partnerstva i povraćaj uloženi sredstava. Opisani izuzetak pretpostavlja da već postoji JPP projekat koji realizuje javni interes, dok je komercijalna delatnost u funkciji realizacije osnovnog projekta (projekta koji ima inkorporiran element javnog interesa). Indirektno, dakle, komercijalno iskorišćavanje iz člana 7. 2. takođe ima za cilj (ne direktno, već posredno, kroz podršku osnovnoj transakciji sa JPP karakterom) ostvarivanje javnog interesa. Opisana mogućnost ima se tumačiti restriktivno, kako bi se preveniralo njegovo korišćenje u funkciji opravdanja za neopravdano supsumiranje komercijalne aktivnosti pod okvir Zakona o JPP i koncesijama (mimo okvira predviđenog odredbom člana 7. st. 2. tač. 7.).

Ukoliko se, međutim, zemljištem raspolaže za ograničeni vremenski period (ne duži od pedeset godina, prema Zakonu o JPP i koncesijama), s ciljem izgradnje određenog objekta koji služi zadovoljavanju određenog opšteg interesa (na primer, sportska hala, dom za stare, bolnica i td), reč je o projektu na koji se primenjuju odredbe Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama. Zašto? Jer se kroz njegovu realizaciju i funkcionisanje delom ostvaruje i javni interes. Pri tome se ne spori niti isključuje postojanje delom interesa oličenog u interesu privatnog aktera za povraćajem uložениh sredstava i ostvarivanja određene margine profita (jer bez takvog interesa ne bi ni bilo JPP-a). Razlika između javno-privatnog partnerstva i komercijalnog korišćenja javnih resursa je u sledećem: opisani privatni interes, kada se ostvaruje paralelno sa određenim javnim interesom (kao što je to slučaj kod JPP-a čiji je cilj izgradnja bolnice, sportske hale ili druge socijalne infrastrukture) mora funkcionisati uz uvažavanje potrebe ostvarivanja javnog interesa koji je konstitutivni elemenat JPP-a. Naime, odricanje države od monopola u određenoj oblasti (zdravstvena zaštita, sportska infrastruktura, zaštita starih) i omogućavanje upliva privatnog kapitala nisu ciljevi sami po sebi: takvo odricanje države ima za cilj podizanje kvaliteta i povećanje obima usluga i delatnosti od opšteg interesa. Ova pretpostavka mora biti uključena u temelje pravnog okvira JPP, a privatni partner ima se ponašati u skladu sa njom.

2.1. Subjekti javno-privatnog partnerstva u smislu Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama

Zakon prepoznaje dva ključna aktera u konceptu JPP-a: javnog i privatnog partnera.

Javni partner se u JPP-u pojavljuje u dvostrukoj ulozi: najpre kao javno telo koje predstavlja emanaciju javne vlasti i odlučuje o pokretanju konkretnog projekta JPP, i koje u odgovarajućem postupku bira privatnog partnera sa kojim će se realizovati javno-privatno partnerstvo, a potom i kao sama ugovorna strana u ugovoru o JPP-u.¹³³

A/ Javno telo (dalje i: „javno telo“) u smislu Zakona jeste:

¹³³ Zakonu je nejasna razlika između pojma javnog partnera i javnog tela. U delu 4. Zakona („Javni partner), deo 4.1. („Javno telo i njegova ovlašćenja“), definiše ovlašćenja „javnog tela“. Čini se da je razlikovanje između pojmova javno telo i javni partner smisleno uz sledeću pretpostavku: javni akter kao javno telo nadležan je za pokretanje postupka i političku podršku projektu javno-privatnog partnerstva, dok je kao javni partner odgovoran za njegovu realizaciju. Javni akter može u istom postupku biti i javno telo i javni partner, ali može se desiti da jedan organ pokrene postupak (npr. Skupština lokalne samouprave), a da ga drugi realizuje (npr. javno preduzeće koje obavlja delatnost koja je predmet JPP-a).

- državni organ, organizacija, ustanova i drugi direktni ili indirektni korisnik budžetskih sredstava u smislu zakona kojim se uređuje budžetski sistem i budžet, kao i organizacija za obavezno socijalno osiguranje;
- javno preduzeće; u smislu Zakona o JPP i koncesijama javno preduzeće je svako preduzeće, odnosno privredno društvo, na koje javno telo neposredno ili posredno dominantno utiče na osnovu vlasništva nad njim, na osnovu finansijskog udela u njemu ili na osnovu pravila kojima je uređeno. Smatra se da dominantan uticaj javnog tela postoji kada ti subjekti, neposredno ili posredno, u odnosu na neko preduzeće, odnosno privredno društvo:
 - poseduju većinu upisanog kapitala ili;
 - kontrolišu većinu glasova po osnovu akcija koje je izdalo to preduzeće, odnosno privredno društvo ili;
 - mogu imenovati više od polovine upravnog, poslovnog ili nadzornog organa tog preduzeća, odnosno privrednog društva.

c) pravno lice koje obavlja i delatnost od opšteg interesa, ukoliko je ispunjen neki od sledećih uslova:

- više od polovine članova organa upravljanja tog pravnog lica čine predstavnici javnog tela;
- više od polovine glasova u organu tog pravnog lica imaju predstavnici javnog tela;
- javno telo obavlja nadzor nad radom tog pravnog lica;
- javno telo poseduje više od 50 odsto akcija, odnosno udela u tom pravnom licu;
- više od 50 odsto finansira se iz sredstava javnog tela.

d) pravno lice osnovano od javnog tela, koje obavlja i delatnost od opšteg interesa i koje ispunjava najmanje jedan od uslova navedenih pod tačkom c).¹³⁴

Kad je reč o ovlašćenjima javnog tela, ono ima pravo da samostalno pokrene postupak realizacije projekta javno-privatnog partnerstva iz svoje nadležnosti. Javno telo ima pravo da zaključuje javne ugovore sa svim pravnim ili fizičkim licima i da zaključuje sporedne ili povezane sporazume (radi se o ugovorima koji se zaključuju, između ostalog, u cilju lakšeg finansiranja projekta; reč je o ugovorima kojima se javnom partneru dozvoljava da zaključi ugovor sa finansijerima privatnog partnera i da obezbedi prava na prenos javnog ugovora na lice koje navedu finansijeri u određenim okolnostima).¹³⁵

¹³⁴ Videti čl. 4. st. 1. tač. 7. Zakona o JPP i koncesijama.

¹³⁵ Videti čl. 12. Zakona o JPP i koncesijama u vezi sa članom 46. st. 1. tač. 25. Zakona.

B/ Privatni partner je svako domaće ili strano fizičko, odnosno pravno lice ili konzorcijum jednog ili više takvih fizičkih ili pravnih lica odabranih u postupku javne nabavke ili u postupku davanja koncesije. Privatni partner s javnim partnerom zaključuje javni ugovor ili u tu svrhu osniva Društvo posebne namene (DPN) ili s javnim partnerom osniva zajedničko privredno društvo.¹³⁶ Grupe privrednih subjekata mogu podnositi ponude ili nastupati kao učesnici u postupku. Javna tela ne moraju tražiti od ovih grupa lica da imaju određenu pravnu formu (konzorcijum, pul) kako bi učestvovala u postupku; takav uslov je, međutim, moguć i dozvoljen i javna tela ga mogu postaviti učesnicima u postupku dodele prava na realizaciju javno-privatnog partnerstva. Ova fakultativnost i diskrecija javnog tela u pogledu obavezne forme, međutim, prestaje u momentu kada ponuda neformalno organizovane grupa lica bude ocenjena kao najpovoljnija: od tog trenutka takva neformalna grupa mora imati određenu pravnu formu, koja je uslov da pristupi realizaciji projekta JPP-a. Navedeno rešenje svakako doprinosi pravnoj i ekonomskoj sigurnosti.

Zakon o JPP i koncesijama predviđa da se društvo posebne namene kao (DPN; e. „Special purpose Vehicle-SPV“) obavezno osniva radi realizacije javnog ugovora. Društvo za posebne namene osniva se u skladu sa odredbama zakona kojim se uređuje položaj privrednih društava.¹³⁷ Čini se da navedena obaveznost osnivanja Društva za posebne namene čini suvišnom podelu na ugovorna i institucionalna javno-privatna partnerstva koju ustanovljava Zakon: jasna je dikcija samog zakona je da svaki projekat mora imati određenu institucionalnu strukturu.¹³⁸ Opisano tumačenje je celishodno posmatrano kroz vizuru efikasnog upravljanja projektom javno-privatnog partnerstva: efikasno upravljanje podrazumeva lakšu kontrolu, merljivost rezultata i definisanje konkretnih tačaka uticaja javnog partnera na realizaciju projekta JPP-a. Sve se ovo postiže kontrolom DPN-a, kvantifikacijom njegovih rezultata i pravnim mehanizmima uticaja na njegov rad (na primer očuvanje prava supotpisa za uzimanje finansijskih sredstava od strane DPN-a, čime se sprečava njegovo finansijsko opterećenje na način koji čini neodrživim funkcionisanje projekta nakon prestanka javnog ugovora, što je manifestacija *hold-up* problema¹³⁹). U praksi, DPN nastaje na dva načina.

- osnivanjem nove kompanije;
- participacijom privatnog partnera u vlasništvu postojećeg javnog preduzeća koje je obavljalo delatnost ili pružalo usluge od javnog

¹³⁶ Videti čl. 4. st. 1. tač. 10. Zakona o JPP i koncesijama.

¹³⁷ Videti čl. 15. Zakona o JPP i koncesijama.

¹³⁸ Videti više *infra* u tač. 2. 2. ove Glave.

¹³⁹ Više o „hold-up“ problemu videti *infra* u tač. 5. 2. 1. 1. Glave V.

interesa; za razliku od nastanka DPN-a osnivanjem nove kompanije (kada u pravnom prometu nastaje novo pravno lice), u slučaju učešća privatnog partnera u postojećem javnom preduzeću dolazi samo do promene vlasničke strukture.

Bez obzira na način nastanka društva za posebne namene, osnivačka i upravljačka prava uređuju se slobodno između članova DPN-a u skladu sa zakonom kojim se uređuje položaj privrednih društava.

Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama dopušta formiranje konzorcijuma radi učešća u postupku dodele javnog ugovora, osim ukoliko javno telo koje sprovodi postupak iz objektivnih razloga izričito ne predvidi drugačije u konkursnoj dokumentaciji. Ako za to postoje objektivni razlozi, javno telo može:

1. ograničiti broj članova konzorcijuma ili predvideti ograničenja u pogledu strukture konzorcijuma i odgovornosti njegovih članova;

2. ograničiti promene u strukturi konzorcijuma (zamena članova, pripajanje ponuđača konzorcijumu ili spajanje konzorcijuma ili raspuštanje konzorcijuma);

3. ograničiti izmene kod podizvođača čiji su kapaciteti potrebni ponuđaču ili konzorcijumu da bi ispunio kriterijume za izbor.

Ograničenja moraju biti navedena u dokumentaciji koja prati javni poziv za izbor najpovoljnije ponude za realizaciju konkretnog javno-privatnog partnerstva. Svaki član konzorcijuma može neposredno ili posredno da učestvuje istovremeno samo u jednom konzorcijumu. Član konzorcijuma ne može da učestvuje u postupku dodele kao samostalni ponuđač. Kršenje ovog pravila povlači diskvalifikaciju svih konzorcijuma u kojima taj član učestvuje i diskvalifikaciju tog člana ukoliko učestvuje samostalno. Prilikom razmatranja kvalifikacija konzorcijuma naručilac uzima u obzir kvalifikaciju svakog člana konzorcijuma i ocenjuje da li su kvalifikacije konzorcijuma uzete zajedno dovoljne i odgovarajuće za ispunjenje pretkvalifikacionih kriterijuma.

Ugovor o konzorcijumu može da sadrži odredbe kojima se ograničava odgovornost pojedinih članova konzorcijuma, dok najmanje jedan član konzorcijuma mora da bude neograničeno odgovoran, osim ako javno telo drugačije ne zahteva u smislu ograničenja broja članova konzorcijuma ili strukture konzorcijuma i odgovornosti njegovih članova.

Svi subjekti koji izraze nameru da u određenom JPP projektu učestvuju kao privatni partneri uživaju jednak tretman kao ponuđači u proceduri dodele javnog ugovora, shodno načelu jednakog i pravičnog tretmana koje izričito predviđa čl.6.st.4. Zakona o JPP. Načelo jednakog i pravičnog tretmana, prema dikciji Zakona, obuhvata zabranu diskriminacije po bilo kom osnovu između učesnika u postupku dodele javnih ugovora i izbora privatnog partnera, kao i

obavezu da učesnici u postupku izbora privatnog partnera, imaju potpune i tačne informacije o postupku, standardima i kriterijumima za izbor privatnog partnera.¹⁴⁰

U vezi sa načelom jednakog tretmana su od značaja i odredbe Zakona koje se odnose na zaštitu konkurencije između lica koja učestvuju u postupku izbora privatnog partnera. Prema čl. 6. st.5. Zakona o JPP i koncesijama načelo slobodne tržišne utakmice obuhvata zabranu ograničavanja utakmice između učesnika i obavezu prihvatanja svih učesnika sa odgovarajućim tehničkim, finansijskim i drugim stručnim kvalifikacijama.

Kako Zakon zabranjuje diskriminaciju po bilo kom osnovu u postupku dodele javnih ugovora, to znači da su i domaći i strani investitori u oblasti JPP izjednačeni. Na to nedvosmisleno ukazuje tekst čl. 21. Zakona koji propisuje kriterijume za izbor i izračunavanje vrednosti. Predviđeno je da se za izbor privatnog partnera primenjuju kriterijumi za izbor propisani zakonom kojim se uređuju javne nabavke.¹⁴¹

Na ovom mestu važno je napomenuti: Zakon o stranim ulaganjima Republike Srbije izričito predviđa da strani ulagač „u pogledu svog uloga uživa jednak položaj, prava i obaveze kao i domaća fizička i pravna lica” (čl. 8. Zakona o stranim ulaganjima). Iz ovoga se ima zaključiti da u situaciji kada je privatni partner strano fizičko ili pravno lice, takvom partneru ima se priznati tzv. “nacionalni tretman”, opisan u prethodno citiranoj odredbi Zakona o stranim ulaganjima. Suprotno ponašanje javnog tela prema “privatnom partneru”- stranom fizičkom ili pravnom licu u smislu Zakona o JPP značilo bi diskriminaciju takvog partnera na način koji angažuje odgovornost države domaćina (države u koju se investicija realizuje). Ukoliko se gore navedeno posmatra kroz vizuru položaja i interesa lokalnih samouprava kao potencijalnog javnog partnera, činjenica da je u postupku dodele i realizacije projekta JPP-a prekršeno načelo nacionalnog tretmana može uzrokovati odgovornost Republike Srbije kao suverena. Stoga je važno naglasiti da prema izričitoj dikciji Zakona, davanje saglasnosti Vlade na konačni nacrt javnog ugovora u kome Republika Srbija nije ugovorna strana, ne podrazumeva odgovornost Republike Srbije za sporove koji nastanu iz tog ugovora između javnog i privatnog partnera. Ukoliko nije drugačije ugovoreno u pisanom obliku, javni partner u javnom ugovoru uvek je odgovoran za realizaciju projekta JPP i za njegove eventualne posledice (videti čl. 47. st. 5. i 6. Zakona o JPP). Javni

¹⁴⁰ Više o načelu pravičnog i jednakog tretmana kao principu postupka za izbor najpovoljnije ponude za realizaciju javno-privatnog partnerstva videti *infra* u tač. 7. Glave VI.

¹⁴¹ Više o načelima Zakona o JPP-u videti *infra* u tač. 8. Glave VI.

partner, dakle, odgovara za sve obaveze preuzete prema privatnom partneru u toku realizacije JPP projekta: stoga u slučaju javno-privatnih partnerstava kod kojih se lokalna samouprava javlja kao javni partner ne postoji odgovornost Republike Srbije niti njenih organa za obaveze koje su preuzete konkretnim projektom JPP-a.

Ključnu ulogu u eliminisanju mogućnosti da javno-privatno partnerstvo ne doprinosi (ili čak šteti) ostvarivanju javnog interesa ima Komisija za javno-privatno partnerstvo kao stručno telo Vlade Republike Srbije. Komisiju čini devet članova koji su predstavnici relevantnih ministarstava i tela. Zadatak Komisije je pružanje stručne pomoći pri realizaciji projekata javno-privatnih partnerstava i koncesija. Komisija je profilisana kao stručno (ne političko telo). Nakon usvajanja Zakona o JPP i koncesijama, usvojen je podzakonski akt (Odluka o obrazovanju Komisije za javno-privatna partnerstva¹⁴²), kojom je predviđeno da je "za sprovođenje svakog projekta javno-privatnog partnerstva neophodno pribaviti pozitivno mišljenje Komisije." (stav 5. Odluke). Time je jasno opredeljen obavezujući karakter navedenog mišljenja Komisije: izostanak pozitivnog ili davanje negativnog mišljenja znači da projekat JPP bez elemenata koncesije nije odobren. Imajući u vidu gore navedena ovlašćenja i odgovornosti Komisije, zaključuje se da je od suštinske važnosti da se njene aktivnosti prate, a odluke i akti iz njene nadležnosti pažljivo analiziraju. Važno je naglasiti da je mandat Komisije za JPP i koncesije pre svega da utvrdi da li predlog projekta javno-privatnog partnerstva (ili predlog koncesionog akta u slučaju JPP-a sa elementima koncesije) na odgovarajući način služi realizaciji i unapređenju javnog interesa koji je angažovan u potencijalnom projektu. Pozitivno mišljenje Komisije ne isključuje odgovornost javnog tela za zakonitost postupanja u postupku izbora najpovoljnije ponude za realizaciju javno-privatnog partnerstva (kroz postupak javne nabavke za JPP bez elemenata koncesije ili postupak utvrđen Zakonom o JPP i koncesijama za javno-privatna partnerstva sa elementima koncesije): činjenica da je Komisija dala pozitivno mišljenje o predlogu projekta ili predlogu koncesionog akta važna je isključivo u svetlu usklađenosti projekta ili akta sa realizacijom i unapređenjem javnog interesa. Poštovanje drugih odredbi Zakona o javno-privatnom partnerstvu i Zakona o javnim nabavkama predmet je odgovornosti javnog tela koje sprovodi postupak izbora najpovoljnije ponude za realizaciju JPP-a.¹⁴³

¹⁴² Objavljena u "Službenom glasniku RS" br. 13/2012.

¹⁴³ Primer formulacije kojom se na gore navedeni način isključuje odgovornost Komisije data je u Mišljenju Komisije br. 29/2014 od 10. decembra 2014. godine: „2. Davanje mišljenja (pozitivnog, op. aut) iz tačke 1. od strane Komisije ne podrazumeva odgovornost Komisije, odnosno Republike Srbije za realizaciju Predloga Koncesionog akta, kao ni za eventualne

C/Podizvođači (podugovarači) su lica koja je angažovao privatni partner koji je podneo ponudu za realizaciju konkretnog JPP projekta. U konkursnoj dokumentaciji i nacrtu javnog ugovora, javno telo može da zahteva od ponuđača da u ponudi navede deo vrednosti ugovora u procentima za koji namerava da zaključi ugovor sa podizvođačima. U tom slučaju, ponuđač je neograničeno solidarno odgovoran za izvršenje ugovornih obaveza. Ukoliko mogućnost podugovaranja nije navedena u ponudi, podugovor se ne može zaključiti bez prethodne saglasnosti javnog partnera. Podugovaranje je moguće jedino ako predloženi podizvođač ispunjava uslove za obavljanje profesionalne delatnosti u pogledu ekonomskog i finansijskog stanja, kao i da je tehnički i/ili stručno osposobljen za izvršavanje svog dela ugovornih obaveza.

D/Pored subjekata koje Zakon prepoznaje kao glavne aktere JPP, neophodno je ukazati i na subjekte koji se mogu pojaviti u projektu JPP-a. Naime, u literaturi se pravi distinkcija između tzv. ključnih igrača (e. "key players") i perifernih aktera (e. „*peripheral actors*“) ¹⁴⁴. Ključni igrači su formalno uključeni u proces i/ili međusobno intenzivno saraduju u pogledu implementacije projekta javno-privatnog partnerstva. Ključni akteri formalno potpisuju ugovor o JPP-u, učestvuju u konsultacijama i na sastancima sa javnim telima, a kasnije su uključeni i u upravljanje projektom JPP-a. Za razliku od ključnih aktera, periferni akteri imaju određeni interes u vezi konkretnog javno-privatnog partnerstva, ali nisu permanentno uključeni u njegovu realizaciju, niti su ugovorne strane kod javnog ugovora. Oni predstavljaju samo „*deo institucionalnog konteksta u okviru kojeg se uspostavlja projekat JPP-a*“ ¹⁴⁵. Kao periferni akteri najčešće se mogu pojaviti: banke ili fondovi kao davaoci kredita privatnom partneru radi njegovog učešća u određenom projektu javno-privatnog partnerstva, odnosno kao davaoci garancije; osiguravajuća društva; konsultanti; projektanti i brojni drugi subjekti.

Zakon o JPP-u i koncesijama prepoznaje određene periferne aktere, poput savetnika. Zakon definiše savetnika kao jedno ili više pravnih, odnosno fizičkih lica koja poseduju specijalistička znanja neophodna za pripremu, ugovaranje i realizaciju projekata javno-privatnog partnerstva i koje javno telo može angažovati radi konsultantskih usluga u vezi sa zaključivanjem ugovora o JPP-u. Javni partneri oslanjaju se na savetnike u sprovođenju i obezbeđivanju nezavisne kontrole svakog projekta JPP-a. Finansijski se obično oslanjaju na

sporove i štetne posledice koje nastanu iz te realizacije, za koje je uvek odgovorno javno telo koje je javni partner u javnom ugovoru“.

¹⁴⁴ Kljij, Teisman, op. cit. str. 9.

¹⁴⁵ Ibidem.

svoje timove savetnika, uz povremeno angažovanje spoljnih savetnika, u cilju procene finansijske opravdanosti projekta, rizika u vezi s prihodima, kao i ponuđenih instrumenata obezbeđenja za izvršenje obaveza iz ugovora o javno-privatnom partnerstvu.¹⁴⁶

Kao drugi tip perifernih aktera, u smislu Zakona o JPP-u, mogu se identifikovati finansijeri, koje Zakon označava kao međunarodne finansijske institucije, banke, odnosno treća lica koja mogu obezbediti sredstva privatnom partneru radi finansiranja ugovora o JPP. Na ovlašćenja koja mogu imati određeni periferni akteri ukazuje odredba Zakona o JPP i koncesijama (čl. 50.) koja daje mogućnost i legitimaciju bankama i drugim finansijskim institucijama da od javnog tela zahtevaju izmenu javnog ugovora (finansijer može čak predložiti da u ugovoru dođe do zamene privatnog partnera).¹⁴⁷

Značajnu ulogu u realizaciji projekta JPP-a mogu imati i rejting agencije. Naime, ukoliko se projekat finansira emisijom obveznica u ime DPN, neophodna je saradnja s rejting agencijama koje procenjuju kreditni rejting duga kojim se projekat finansira. Te agencije se angažuju uglavnom u veoma ranim fazama razvoja projekta, tako da se na vreme mogu identifikovati sve nejasnoće u vezi s finansijskom konstrukcijom i novom razvijenom strukturom.

Javno-privatno partnerstvo praćeno je određenim osiguranjem. U ovom smislu značajna je uloga osiguravajućih kuća koje obezbeđuju pokriće rizika u projektom finansiranju, pa time i u JPP-a, nezavisno od toga da li su rizici komercijalni ili politički. Obično, one rade blisko s finansijerima projekta, tako da se obezbeđuje paket osiguranja koji ograničava rizike po prihvatljivoj ceni.

2.2. Oblici javno-privatnog partnerstva prema Zakonu o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama

Javno-privatno partnerstvo predstavlja krovni pojam koji obuhvata raznovrsne forme saradnje javnog i privatnog sektora. Struktura i karakteristike ovih formi variraju u zavisnosti od stepena učešća koje privatni partner ostvaruje, a koje se može sastojati u projektovanju, finansiranju, izgradnji, upravljanju ili posedovanju objekata od javnog interesa sa obavezom vraćanja nakon određenog vremenskog perioda.

Zakon o JPP i koncesijama razlikuje ugovorno i institucionalno javno-privatno partnerstvo. Takođe, Zakon razlikuje javno-privatno partnerstvo bez i sa elementima koncesije.

¹⁴⁶ O subjektima JPP-a videti više *supra* u tač. 5. 2. Glave I.

¹⁴⁷ Izmene ugovora (načelno dozvoljene) ne mogu da obuhvate sledeće odredbe: 1) predmet ugovora; 2) rok na koji je ugovor zaključen; 3) kod javnih ugovora o koncesiji, ponudena koncesiona naknada. Videti čl. 50. Zakona o JPP-u i koncesijama.

A/I z same definicije javno-privatnog partnerstva date u Zakonu ("Javno-privatno partnerstvo... jeste dugoročna saradnja između javnog i privatnog partnera radi obezbeđivanja finansiranja, izgradnje, rekonstrukcije, upravljanja ili održavanja infrastrukturnih i drugih objekata od javnog značaja i pružanja usluga od javnog značaja, koje može biti ugovorno ili institucionalno") proizilazi da su ugovorno i institucionalno javno-privatno partnerstvo dva dihotomna pojma.¹⁴⁸

Međutim, iz samih zakonskih odredbi proizilazi da su oba aspekta javno-privatnog partnerstva (ugovorni i institucionalni) prisutna u svim partnerstvima.

Kada se radi o ugovornom elementu, Zakon u stavu 1. člana 46. naslovljenog "Sadržina javnog ugovora" predviđa da "javni ugovor sadrži sve odredbe, uslove i druge klauzule koje javni partner smatra korisnim za ispunjavanje zadatka privatnog partnera i za odnos privatnog partnera sa drugim učesnicima koji igraju značajnu ulogu u realizaciji JPP sa ili bez elemenata koncesije". Iz navedene odredbe proizilazi da se javni ugovor javlja kao obaveza u svim slučajevima javno-privatnog partnerstva sa ili bez elemenata koncesije.¹⁴⁹

Institucionalni elemenat se, pak, reflektuje kroz odnos između javnog i privatnog partnera kao osnivača, odnosno članova zajedničkog privrednog društva koje je nosilac realizacije projekta javno-privatnog partnerstva.¹⁵⁰ Dakle, institucionalno JPP podrazumeva formiranje društva za posebne namene (DPN). Involviranje privatnog sektora u DPN realizuje se kroz sticanje osnivačkih uloga u novoosnovanom privrednom društvu ili sticanjem vlasničkog udela u postojećem privrednom društvu (odnosno putem njegove dokapitalizacije). Osnivačka i upravljačka prava uređuju se slobodno između članova DPN-a u skladu sa zakonom kojim se uređuje položaj privrednih društava. Posle sprovedenog postupka izbora privatnog partnera, javno telo i odabrani privatni partner zaključuju ugovor o osnivanju DPN-a radi realizacije projekta javno-privatnog partnerstva.

Čini se da Zakon o JPP i koncesijama pretpostavlja da institucionalni elemenat emaniran kroz DPN, jeste prisutan (kao i ugovorni), u svim

¹⁴⁸ Videti čl. 7. st. 1. Zakona o JPP i koncesijama.

¹⁴⁹ Istina, kasnije se u članu 48 („Potpisivanje javnog ugovora“) govori o obavezi javnog partnera da „najpovoljnijem ponudaču ponudi potpisivanje javnog ugovora o koncesiji“, bez pominjanja ugovora o JPP-u bez elemenata koncesije. Razlog navedenom izostavljanju je činjenica da je potpisivanje ugovora o takvom javno-privatnom partnerstvu, kao deo procedure njegovog zaključivanja, uređen Zakonom o javnim nabavkama; procedura zaključenja ugovora o koncesiji, pak, uređena je odredbama Zakona o JPP-u i koncesijama)

¹⁵⁰ Videti čl. 4. st. 1. tač. 4. Zakona o JPP i koncesijama.

slučajevima javno-privatnog partnerstva koji se supsumiraju pod delovanje Zakona. Naime, član 15. Zakona predviđa da se DPN "obavezno osniva radi realizacije javnog ugovora i može učestvovati isključivo u sprovođenju projekta JPP u čiju svrhu je osnovano, osim ako predlogom projekta JPP, odnosno koncesionim aktom nije drugačije određeno".

Dok opisana kontradikcija između odredbe člana 7. Zakona o JPP i koncesijama (koji predviđa dihotoman odnos ugovornog i institucionalnog partnerstva) i odredbe člana 9 Zakona (kojom se ustanovljaju obavezni elementi javnog ugovora) nema potencijal ograničavajućeg faktora za implementaciju javno-privatnih partnerstava, to se ne može reći za odredbu člana 15. Zakona (kojom se predviđa obaveza ustanovljavanja DPN). Razlog za ovakvo ograničenje leži u činjenici da se obaveza osnivanja društva za posebne namene smatra "privatizacijom po svemu sem po imenu", što otežava obezbeđivanje šire podrške za konkretan JPP projekat s obzirom na stigmatizaciju privatizacije u državama bez tradicije u učešću privatnog sektora u vršenju delatnosti od javnog interesa, poput Republike Srbije.¹⁵¹

B/Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama u Srbiji prepoznaje javno-privatno partnerstvo sa i javno-privatno partnerstvo bez elemenata koncesije.

Javno-privatno partnerstvo sa elementima koncesije¹⁵² se u Zakonu o JPP-u i koncesijama definiše kao ugovorno javno-privatno partnerstvo u kome je javnim ugovorom uređeno komercijalno korišćenje prirodnog bogatstva, odnosno dobra u opštoj upotrebi koja su u javnoj svojini ili obavljanje delatnosti od opšteg interesa koje nadležno javno telo ustupa domaćem ili stranom licu, na određeno vreme, pod posebno propisanim uslovima, uz plaćanje koncesione naknade od strane privatnog, odnosno javnog partnera, pri čemu privatni partner snosi rizik vezan za komercijalno korišćenje predmeta koncesije.¹⁵³

¹⁵¹ Videti više *supra* u tač. 5. 1. Glave I.

¹⁵² Više o karakteristikama koncesije u kontekstu izlaganja o tipovima javno-privatnog partnerstva videti *infra* u Glavi III.

¹⁵³ Videti čl. 10. st. 1. Zakona o JPP i koncesijama. Zakon definiše i Koncesiju za javne radove i koncesiju za usluge. Koncesija za javne radove u smislu zakona o JPP i koncesijama je ugovorni odnos istovetan ugovoru o javnoj nabavci kojim se vrši nabavka radova u skladu sa zakonom kojim se uređuju javne nabavke, osim činjenice da se naknada za javne radove sastoji ili od samog prava na komercijalno korišćenje izvedenih radova ili od tog prava zajedno sa plaćanjem. Koncesija za usluge u smislu Zakona o JPP i koncesijama je ugovorni odnos istovetan ugovoru o javnoj nabavci usluga u skladu sa zakonom kojim se uređuju javne nabavke, ukoliko se naknada za pružene usluge sastoji ili od samog prava na komercijalno korišćenje, odnosno pružanje usluga ili od tog prava zajedno sa plaćanjem (videti čl. 10. st. 2. i 3. Zakona o JPP i

Koncesija se može dati radi komercijalnog korišćenja prirodnog bogatstva, odnosno dobra u opštoj upotrebi koja su u javnoj svojini ili obavljanja delatnosti od opšteg interesa, a naročito: za istraživanje i eksploataciju mineralnih sirovina i drugih geoloških resursa; za pojedine delatnosti unutar zaštićenih područja prirode, kao i za korišćenje drugih zaštićenih prirodnih bogatstava; u oblasti energetike; za luke; za javne puteve, javni prevoz, aerodrome; u oblasti zdravstva, turizma *etc.*¹⁵⁴

Koncesija definisana na napred navedeni način polazi od toga je njen konstitutivni elemenat komercijalno iskorišćavanje dobra u opštoj upotrebi ili obavljanje delatnosti od opšteg interesa, pri čemu se odgovornost javnog partnera svodi na izbor adekvatnog privatnog partnera koji će čuvati javni interes.¹⁵⁵

Javno-privatna partnerstva bez elemenata koncesije se definišu negativno (s obzirom da u Zakonu o JPP i koncesijama izostaje njihova definicija). To su partnerstva koja imaju sve karakteristike JPP-a ali podrazumevaju sledeće: kao i kod koncesija, uspešnost javno-privatnog partnerstva za privatnog partnera zavisi od njegovog ekonomskog učinka. Postoje, međutim, i sledeće razlike: prvo, javni partner nadoknadu duguje iz budžeta, za razliku od koncesije gde koncesionar ulazi u direktan odnos sa konačnim korisnicima; drugo, dok se kod koncesija interes koncesionara iscrpljuje u koncesionoj naknadi i održanju kontinuiteta javnog interesa, kod JPP-a bez elemenata koncesije ravnopravan značaj za javnog partnera imaju i drugi elementi: razvoj infrastrukture, izgradnja epistemološke baze i slično. O tome da li se radi o JPP-u sa ili bez elemenata koncesije, mora se prosuditi na osnovu analize predloga projekta javno-privatnog partnerstva ili koncesionog akta kao celine, a u svetlu gore navedenih kriterijuma.¹⁵⁶

Podela na javno-privatna partnerstva sa ili bez elemenata koncesije nema isključivo doktrinarni značaj: naime, samim Zakonom predviđeni su različiti pravni putevi za dodelu prava na realizaciju javno-privatnog partnerstva bez elemenata koncesije (postupak je utvrđen Zakonom o javnim nabavkama) i JPP-a sa elementima koncesije (postupak je predviđen Zakonom o JPP i koncesijama).¹⁵⁷ Posebno definisanje postupka za dodelu koncesije ukazuje na

koncesijama). Postupak za izbor najpovoljnijeg partnera u ovom se slučajevima sprovodi prema Zakonu o javnim nabavkama.

¹⁵⁴ Videti čl. 11. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

¹⁵⁵ Privatni partner je obavezan da obezbedi kontinuitet ostvarivanja javnog interesa. Videti više *infra* u tač. 6. Glave I i tač. 5. 2. 1. Glave V.

¹⁵⁶ Više o elementima javnog ugovora videti *infra* u tač. 2. 3. ove Glave.

¹⁵⁷ Videti više *infra* u Glavi VI.