

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

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.74:334.72

Рад примљен: 28.03.2015.
Рад прихваћен: 23.04.2015.

УПРАВЉАЊЕ РЕЛАЦИОНИМ КАРАКТЕРОМ УГОВОРА О ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ**

Апстракт: Уговорни основ јавно-приватног партнерства има карактер релационог уговора. Релациони уговори су некомплетни споразуми који уређују трансакције код којих су стране узајамно сагласне да је немогуће или економски неефикасно *ex ante* уговорно дефинисање могућих тешкоћа и околности реализације уговора, односно *ex post* контрола испуњења уговорних одредаба од стране трећих субјеката (суда или арбитраже). За методологију управљања релационим уговорима од значаја је да се теорија релационих уговора не залаже за установљавање релационих уговора као посебне, именоване категорије уговора. Њоме се дефинише релациони уговор као категорија којом се легитимизује „релациони мод“ конкретног уговора. Методологија релационих уговора од значаја је за уговор о јавно-приватном партнерству: њоме се обезбеђује да уговорни однос током реализације буде уподобљен изменама у окружењу у коме уговор о ЈПП функционише. Описано уподобљавање има два аспекта. Први, *ex ante* аспект има за циљ да спречи да уподобљавање уговора иде на штету јавног партнера. Оно је стога параметар који се узима у обзир приликом припреме критеријума избора најповољнијег приватног партнера, при чему се мора обезбедити верификабилност критеријума његовог учинка у фази реализације ЈПП пројекта. Описано уподобљавање

* pepicvetkovic@gmail.com

** Рад је резултат истраживања на пројекту: “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу од 2013. до 2018. године.

Истраживач на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046), који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

Истраживач на пројекту „Одрживост идентитета Срба и националних мањина и пограничним општинама источне и југоисточне Србије, (179013), који се реализује на Универзитету у Нишу – Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

обезбеђује се дефинисањем предмета обавезе приватног партнера, установљавањем приоритетних циљева пројекта, условима подобности приватног партнера да учествује у поступку доделе уговора, конкретизацијом „вредности за новац“ коју јавни партнер добија реализацијом пројекта и одговарајућим структурирањем уговора. Други, *ex post* аспект подразумева уподобљавање уговора променама контекста уговора током његове реализације. Кључни принципи у овом смислу су начела солидарности и кооперације.

Кључне речи: јавно-приватно партнерство; релациони уговори; опортунитет уговарача; „hold up“ проблем; кооперација; солидарност.

1. Увод

Уговорни основ јавно-приватног партнерства, у светлу *sui generis* структуре односа јавног и приватног партнера, има карактер релационог уговора. Израсла из емпиријских радова Масулау-а (Masculay, 1963: 55), теоретски ју је заокружио Маснеил, који је теорију назвао „теоријом релационих уговора“ (Masneil, 1978: 854).

За разумевање релационих уговора користи се метод негативног дефинисања: они нису идентични са класичним уговорним механизмима (у контексту теорије релационих уговора ови се уговори називају „транзакционим“ уговорима). Транзакциони уговори су дизајнирани за сингуларне транзакције између две стране. Карактерише их начелна ирелевантност идентитета уговарача. Транзакција је ограничена временски (одвија се симултано), при чему се један тип транзакције одвија (понавља у својим основним карактеристикама) у већем броју између различитих учесника на тржишту (типичан пример је уговор о продаји). Транзакциони уговори су комплетни правни споразуми у смислу да обе стране преговарају уз начелну једнаку доступност информација важних за структурирање уговора. Оне су стога у позицији да *ex ante* дефинишу услове транзакције. Карактеристике транзакције и обавезе сваке стране елабориране до мере да су последице извршења или неизвршења предвидљиве у моменту закључења: стога је могућа *ex post* процена степена испуњења тих обавеза (или кршења уговора). Описана могућност *ex ante* елаборације права, обавеза и одговорности уговарача, те ризика и услова реализације уговора, праћена *ex post* контролом испуњења наведених елемената, назива се транзакционим елементом. Транзакциони елемент спречава конфликт око садржине последица неиспуњења уговорних одредаба. Конфликт постоји једино у погледу питања испуњености услова за наступање последица повреде уговора (санкције) у конкретном случају. Евалуацију те испуњености врше врше судови или арбитраже. У крајњем, постоји сигурност страна да ће уговором заснована права бити заштићена

од стране независног трећег субјекта. Такву заштиту и спровођење омогућавају горе наведене карактеристике класичних уговора.

У описану конструкцију трансакционих трговачких уговора не уклапају се дугорочни споразуми који реализују у условима подложним промени на начин да се промена услова (контекста) уговора разумно може очекивати; пример ових уговора су уговори о страним улагањима или уговор о реализацији пројекта јавно-приватног партнерства.¹ Релациони уговори се разликују од класичних уговорних трансакција у следећим карактеристикама.

Прво, релациони уговори су некомплетни споразуми. Ради се о споразумима који дефинишу трансакције код којих су стране узајамно сагласне да је немогуће или економски неефикасно (до мере да обесмишљава уговор) *ex ante* уговорно дефинисање могућих тешкоћа и околности уговора, односно *ex post* контрола испуњења ових услова од стране арбитраже или суда. Релациони уговор је базиран на резултату који стране (за разлику од класичних уговора) не могу у потпуности предвидети *ex ante*. Насупрот томе, код трансакционих контрактуралних инструмената, намеравани ефекат уговора је мерљив и разумно очекиван: код уговора о продаји, на пример, овај ефекат је испорука робе купцу и плаћање цене продавцу. У том смислу, кауза обавезивања код релационих уговора је флексибилнија у компарацији са трансакционим уговорима. Стога релациони уговори остављају простор да стране своје ново знање о конкретној ситуацији адаптирају у оквир сопственог уговорног односа.

Друго, стране релационог споразума не дефинишу детаљне планове деловања. Фокус је пре свега на циљевима и разлозима уговора, те начелима која су широко примењива у случају околности које имају карактер „непознатих непознаница“.² Да би се такве околности превазишле а уговор опстао, стране из уговора развијају однос који се заснива на поверењу и солидарности као карактеристикама који иду далеко изван граница оригиналног споразума (Bird, 2005: 151). У крајњем, одредбама релационих уговора утврђују се заједничка очекивања, уз установљавање механизма који ће се користити да би се донела одлука или алоцирали, ризици, трошкови и користи страна од реализације уговора.

1 Видети напомену 3 *infra* и пратећи текст.

2 Енглески израз „позната непознаница (е. „known unknown“) преузет је из епистемолошког тројства које је формулисао некадашњи министар одбране САД Доналд Рамсфелд. По њему, постоје три нивоа знања: познате чињенице; познате непознанице (е. „known unknowns“; чињенице за које се зна да постоје, али не зна се њихова садржина и значај); непознате непознанице (е. „unknown unknowns“; чињенице за које се и не зна да постоје).

Треће, постоје празна поља у структури релационих уговора. Постојање празнина резултат је следећег приступа уговорних страна: уместо да користе уговорне технике које стоје на екстремним половима расположивих метода (остављање тих простора нерегулисаним, са једне, односно ригидно дефинисање, са друге стране, које је, као што је већ речено – немогуће, односно финансијски захтевно до мере да обесмишљава уговор), стране релационог споразума теже да установе ефикасне процедуре које ће обезбедити флексибилност релационих споразума (преговарање, заједничке органе за праћење споразума, утврђивање минималних и максималних параметара за оцену испуњености уговорних обавеза попут висине цене за производ или услугу коју испоручује пројекат јавно-приватног партнерства).

Релационалност представља опредељујућу карактеристику уговора о јавно-приватном партнерству (ЈПП).³ Реч је о уговорима који су идиосинкратични-јединствени (за разлику од класичних уговора који могу бити и типски и формуларни) (Ћирић, 2010: 83–85). Уговори о јавно-приватном партнерству морају ускладити принцип хијерархије на који се наслања јавни партнер (високи ниво административне контроле и непостојање економског подстицаја) са принципом тржишног пословања на коме почива логика приватног партнера. За јавно-приватно партнерство је важно да се систем тржишних подстицаја који постоји у приватном сектору (као елемент који недостаје јавном сектору) имплементира у конкретан уговор о ЈПП-у: у овој имплементацији лежи кључ за реализацију циљева пројекта јавно-приватног партнерства у питању (Цветковић, 2014: 641).

2. Управљање релационим карактером уговора о јавно-приватном партнерству

Полазна тачка конкретизације методологије релационих уговора је да релациони уговор није формална правна категорија, нити се теорија релационих уговора залаже се за установљавање релационих уговора

3 Јавно-приватно партнерство (е. Public-Private Partnership; н. Öffentlich-Private Partnerschaft-ÖPP; даље и: PPP) представља оквир за заједничку акцију јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманацијама) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре. Тензију и контроверзу јавно-приватног партнерства генерише супротност базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Потоњи је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Ова разлика која се, *prima facie*, чини фундаменталном, кључна је тешкоћа у конструисању правног оквира јавно-приватног партнерства. (Цветковић, Миленковић-Керковић, 2011: 758)

као посебне, именоване категорије уговора која би била регулисана различито од трансакционих уговора. Ради се пре свега о теоретском концепту упућеном странама које ступају у уговор са релационим карактеристикама. Релациони уговори нису антипод трансакционих уговора: наиме, сви уговори имају више или мање изражен „релациони приступ“. Чак и изразито трансакциони уговори, као што је куповина робе која се реализује једнократно, делом су условљени општим окружењем (контекстом) у коме се уговор закључује и реализује. Заступници теорије релационих уговора залажу се искључиво за одговарајуће уважавање специфичности уговора код којих је релациони елемент изражен: најпре његово препознавање, а потом и одговарајуће имплементирање у самом уговору. Не постоји *ex ante* и *a priori* тест за утврђивање разлике између релационих и трансакционих уговора. Овај тест није ни потребан, имајући у виду разлоге настанка теорије релационих уговора: ради се о увођењу релационог уговора као аналитичке категорије фокусиране на практичан контекст и упућене уговарачима. Легитимизација „релационог мода“ конкретног уговора функционише у оквиру класичних уговорних инструмената, при чему су структура и карактер ових уговорних средстава уподобљени практичним околностима релационог уговора (*in concreto* приступ неопходан је с обзиром на то да је идиосинкратичност једна од његових карактеристика).

Питање методологије средстава која стоје на располагању странама релационих уговора препознато је у литератури (Campbell, 2005: 455). Потребно је дефинисати правне инструменте који омогућавају да уговорне стране конструктивно реагују у случају промене контекста уговора, у време и у мери у којој је то потребно да би се очувао уговор као оквир интереса страна релационог споразума. Методологија релационих уговора требало би да омогући да стране дефинишу конкретне релационе аспекте уговора, те да омогуће да суд или арбитража изврше анализу тако дефинисаних аспеката и питања која их творе. (Merz, 2000: 914–915).

Примењена у функцији управљања релационим карактером уговора о јавно-приватном партнерству, методологија релационих уговора партнерству мора да обезбеди да „познате непознанице“⁴ као елементи споразума о ЈПП-у буду третиране на одговарајући начин. Стране уговора о ЈПП-у (као релационог уговора), улазе у уговорни однос са свешћу да ће бити неопходно његово уподобљавање контексту уговора. Описано уподобљавање посматрано у контексту уговора о ЈПП-у и самог јавно-приватног партнерства као релационог односа има два аспекта.

4 Видети *supra* напомену 2.

Први аспект је да потреба уподобљавања буде параметар у процесу припреме уговора (*ex ante* методолошки аспект). Овај параметар, дакле, мора да буде елеменат који се узима у обзир приликом припреме критеријума избора најповољнијег понудиоца: крајњи циљ примене описаног параметра у припреми и спровођењу поступка избора најповољнијег приватног партнера за реализацију ЈПП пројекта је да критеријуми избора и учинка приватног партнера буду подобни за верификацију у фази реализације ЈПП пројекта.

Други аспект јесте да се у самом уговору обезбеде елементи за флексибилност током његове реализације након закључења уговора (*ex post* методолошки аспект).

Оба аспекта предмет су излагања које следи.

2.1. *Ex ante* аспект управљања релационим карактером уговора о јавно-приватном партнерству

Суштина методологије *ex ante* јесте да у току саме припреме уговора јавни партнер мора да делује имајући у виду перспективу његове имплементације и узимајући у обзир његов релациони карактер.

Методологија *ex ante* захтева да јавни партнер адекватно:

спецификује предмет престације приватног партнера;

- обезбеди критеријуме и механизме за верификацију испуњења престације приватног партнера, укључујући и критеријуме за одређивање добијене „вредности за новац“⁵;

5 Јавно-приватно партнерство један је од три начина реализације пројеката инфраструктуре и обављања делатности од јавног интереса. Преостала два су: реализација ових пројеката коришћењем сопствених финансијских, персоналних и других ресурса (тзв. „in house“ метод) или финансирање кроз кредитни капитал. Исплативост ЈПП-а у односу на друга два метода процењује се кроз методологију компарације вредности која се добија применом све три методе за конкретни пројекат (е. „Value for Money“). Комисија за јавно-приватна партнерства и концесије Републике Србије усвојила је документ назван „Методологија за анализу добијене вредности у односу на уложена средства (Value –for-Money) у јавно-приватном партнерству и концесијама“. Наведени документ језгровито дефинише појам методологије „вредности за новац“ (параграф 3, страна 1): „Утврђивање добијене вредности у односу на уложена средства (...) је примена аналитичког поступка у оквиру кога се настоји квантитативним путем утврдити да ли је за пореске обвезнике од веће користи да се примени традиционални модел инвестирања у коме се јавно тело појављује у улози инвеститора, презимајући све или претежан део ризика јавне инвестиције, или им се више исплати да набаве услугу од понуђача из приватног сектора, преносећи (алоцирајући) већину ризика на њега, када се ради о јавно-приватном партнерству (ЈПП). Дакле, у основи идеје максимизације добијене вредности за јавни новац (средства) јесте пренос одређених ризика јавне инвестиције на приватног партнера. У том смислу, Европска комисија

- дефинише приоритет пројекта, у случају тензије између конкуретних циљева који се пројектом остварују (најчешће се ради о економској ефикасности, са једне, и заштити доступности јавних услуга и социјално угроженим слојевима, са друге стране);
- да обезбеди транспарентност;

Суштински, *ex ante* методологија требало би да обезбеди инструменте за верификацију испуњења уговора од стране приватног партнера. Уколико таква верификација није могућа или је нерационална, постоји сумња да је јавно-приватно партнерство неадекватан модалитет за пројекат заштите јавног интереса, те да би јавни партнер требало да у циљу заштите и унапређења овог интереса користи сопствена средства или кредитни капитал. На пример, уколико се ради о концесији за изградњу и експлоатацију постројења за прераду отпада, немогућност да се утврди количина отпада која се може потенцијално прерадити у постројењу за управљање отпадом представља разлог да се преиспита одлука о уласку у пројекат. Наиме, у одсуству јасне верификабилне информације јавни партнер нема параметар за дефинисање других елемената ЈПП пројекта (концесионе надокнаду; висине надокнаде коју потенцијални концесионар наплаћује по тони и слично). Тиме је у немогућности да на одговарајући начин утврди критеријуме за оцењивање понуде. У крајњем, улазак у јавно-приватно партнерство без описане информације био би спекулативан и ризичан било да је процена виша било да је нижа у односу на расположиву количину отпада (количину која није верификабилна), имајући у виду следеће:

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

дефинише јавно-приватно партнерство као партнерство између јавног и приватног сектора које има за циљ пружање услуге коју традиционално обезбеђује јавни сектор. Јавни сектор се јавља у улози наручиоца који има за циљ да обезбеди пружање јавне услуге кориснику, док се приватни сектор јавља у улози извршиоца и има за циљ да пружи јавним уговором дефинисане услуге“. Методологија је доступна на сајту Комисије за ЈПП и концесије Републике Србије (<http://www.ppp.gov.rs>)

У описаном примеру могуће решење је да се ризик утврђивања количина пребаци на приватног партнера.⁶ Са друге стране, такво алоцирање ризика противречи једном од принципа расподеле ризика у ЈПП пројектима: ризике сноси страна која је у позицији да њима управља на најефикаснији начин (Цветковић, 2012: 121). Јасно је да информације о карактеристикама предмета ЈПП-а спадају у поље „знања“ јавног партнера који је у складу са тим у позицији да ефикасно управља ризиком неадекватне процене количине отпада која би требало да буде предмет прераде.

Успех у дефинисању параметара верификације условљен је и структуром уговора. Описана условљеност илуструје се практичним примером пројекта јавно-приватног партнерства за одржавање метроа у Лондону. Јавно-приватно партнерство било ограничено је на одржавање инфраструктуре, док је управљање остало у пољу одговорности јавног партнера. Пројектом је предвиђено да три приватна партнера одржавају метро при чему је свако од њих надлежан за одређено подручје. Одвајање сегмента одржавања (у надлежности приватног сектора) и експлоатације (фаза која је остала у надлежности јавног сектора) лишило је јавни сектор могућности да се користе једноставни критеријуми учинка приватног партнера, попут тачности и поузданости услуга превоза (што би било могуће да је приватни партнер добио могућност и управљања и одржавања). Како је јавни партнер одговоран за вршење услуге превоза, било је нужно дефинисати мере за верификацију испуњења обавезе приватног партнера (обавеза одржавања) засноване на процени утицаја одржавања на ефикасност превоза метроом (ефикасност саме експлоатације, коју врши јавни партнер). Описане мере биле су сложене као концепт и комплексне за калкулацију (Burnett, 2013: 217). Из описаног примера јасно је да би критеријуми верификације требало би да буду везан за учинак (резултат; е. „*output based criteria*“), уз минималне спецификације улазних вредности. Тиме се, између осталог, подстиче иновативност приватних партнера у поступку избора најповољнијег понудиоца.

Уговорне одредбе такође могу да буду формулисане на начин који подстиче реализацију ЈПП пројеката у правцу оставаривања тачно одређеног циља.

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

Пример оваквих одредаба је дефинисање дефинисање цене (тарифе) коју приватни партнер наплаћује од корисника инфраструктуре за пружене услуге.

Тако, уколико је примарни циљ приватног партнера да обнавља постојећу инфраструктуру, уговором ће бити предвиђен метод одређивања цене на основу гарантоване стопе повраћаја инвестиције приватном партнеру (енг. *rate of return*). Стопа повраћаја добија се на основу вредности инвестиције јавног партнера и рока трајања пројекта ЈПП-а. По утврђивању стопе повраћаја, формирају се тарифе које могу бити фиксирани за одређени период времена. Споразумом о ЈПП може се предвидети могућност тзв. „регулаторног интервала“, односно времена у коме се тарифе поново утврђују, узимајући у обзир околности у којима функционише пројекат јавно-приватног партнерства. По правилу је приватни партнер тај који иницира преговоре о усклађивању тарифа.

У случају да је за јавног партнера кључни циљ повећање нивоа ефикасности постојећих инфраструктурних постројења (а не обнова постојеће инфраструктуре), користиће систем максималне цене (е. „*price cap*“) заснован на највишем износу тарифе који дефинише јавно тело. Висина тарифе је заснована на цени испоручене услуге или добра (на пример, код водоснабдевања основ тарифе је цена воде). Приликом одређивања цена јавни партнер улази у следећи ризик: уколико максимално одређени износ буде превисок, приватни партнер остварује профит без подстицаја да ефикасно реализује пројекат ЈПП; уколико је максимално допуштена цена прениска, угрожава се финансијска одрживост пројекта ЈПП што на први поглед штети само приватном партнеру, али се дугорочне и политичке последице преносе и на јавног партнера, због изостанка одговарајућег квалитета и обима вршења делатности од јавног интереса. У крајњем, могуће је да се у поступку избора најповољнијег приватног партнера јаве понудиоци чије су понуде агресивне и опортуне понуде, засноване на спекулисању о могућим накнадним изменама услова утврђених у јавном позиву (који су основ будућег уговора о реализацији јавно-приватног партнерства) (Ping, 2013: 178, 179).

За разлику од тарифе одређене према гарантованој стопи повраћаја (заснованој на процени претходних, „историјских“ трошкова инвестиције), тарифа одређена утврђивањем максимално допуштене цене базирана је на процени будућих трошкова. Одговарајуће утврђена висина максимално допуштене тарифе подстицај је приватном партнеру да смањи оперативне трошкове (јер му тада већи проценат тарифе остаје као приход). После сваког регулаторног интервала усаглашавају се износи максималних цена.

Важно је да уговором јавни партнер обезбеди право да се цене усаглашавају на начин који штити његове интересе. Значајан део интереса јавног партнера обезбеђује се одређивањем почетне тарифе за пружање услуга од јавног интереса (тарифе коју наплаћује приватни партнер): уколико је она на одговарајући начин дефинисана, расте вероватноћа да ће и њена усаглашавања током каснијег периода бити у складу са очекивањима јавног партнера.

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

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

У *ex ante* методе управљања релационим карактером уговора убраја се и претходно дефинисање искуства и финансијске солидности понудиоца. Ови критеријуми по правилу су елиминаторни: уколико нису испуњени понуда није предмет даљег разматрања. Подобност приватног партнера подразумева доказ о финансијској солидности. Тако подносилац понуде треба да докаже да има приступ или има расположива ликвидна средства, непокретности без оптерећења, кредитне линије и друга средства. Наведена средства требало би да задовоље захтеве везане за новчане токове неопходне за реализацију уговора у случају застоја или одлагања почетка рада.

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

Такође, у циљу стицања опште слике о тржишном профилу приватног партнера, подносилац понуде мора да обезбеди податке о текућим правним процесима споровима у односу на окончане или уговоре чије је извршење у току, као и ове податке за одређени период који претходи започињању поступка доделе јавног уговора.

Из горе наведеног очигледно је да јавно-приватно партнерство као концепт условљено претходним решавањем комплексних питања: ово решавање претпоставља постојање одређеног нивоа експертизе и знања на страни јавног партнера. Уколико такве експертизе нема, улазак у јавно-приватно партнерство носи ризик прекида континуитета заштите јавног интереса као темељног елемента у реализацији пројеката са приватним актерима у јавном сектору.

2.2. *Ex post* аспект управљања релационим карактером уговора

Док је кључни циљ *ex ante* методологије управљања релационим карактером уговора о јавно-приватном партнерству остваривање поузданости верификације учинка приватног партнера, основно питање методологије управљања реализацијом уговора (у фази након закључења уговора) јесте обезбеђење његове флексибилности. Уговори о јавно-приватном партнерству као релациони уговори требало би да обезбеде механизам уподобљавања његове садржине изменама контекста. При томе, ваља нагласити да измена уговора у највећем броју случајева ремети

позицију јавног партнера: пример овакве ситуације је ограничење избора јавног партнера („*hold up*“ проблем).⁷

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

Када се ради о флексибилности уговора, јасно је да правни систем не може да одврати стране од опортунистичког понашања у уговорним односима.⁸ Уколико обавеза уздржавања од опортунизма није предмет уговорне сагласности уговарача, трећа страна (суд или арбитража) нема могућност да је санкционише (Posner, 2000: 749). У контексту ЈПП-а, трећа страна (суд или арбитража) може имати знање о постојању одређених политичких циљева јавног партнера који су разлог уласка у пројект јавно-приватног партнерства.⁹ Ови су циљеви разлог за ЈПП пројекат, али не морају бити

7 *Hold up*“ проблем је облик *ex post* опортунизма који настаје због специфичне сврхе елемената трансакције. Стога је друга страна у нефлексибилној позицији (без алтернативних опција). У контексту ЈПП-а специфичност се пре свега односи на технологију, људски капитал, *know-how* приватног партнера; наиме, успех пројекта за јавног партнера зависи од понашања приватног партнера који има знања и способности који се не могу лако супституисати на тржишту. Суштински, проблем ограничења избора у контексту јавно-приватног партнерства је ситуација у којој јавни партнер омогући да инвеститор уложи новац у ЈПП пројекат, а да потом приватни партнер изврши модификацију дистрибуције користи на начин да има виши ниво добити од ЈПП пројекта него што је то оправдано улагањима која је учинио.

8 Опортунизам страна јавно-приватног партнерства је настојање једне од страна (јавне или приватне) да из сопствених разлога захтева од друге стране понашање које је супротно принципима на којима ЈПП функционише, *in concreto* имплементираним у уговору о јавно-приватном партнерству. Илустрација опортуног понашања приватног актера је следећа: уговором са јавним партнером приватни партнер се обавезао да реализује пројекат о изградњи и експлоатацији постројења за прераду отпада. Пројекат се реализује кроз две фазе: фазу изградње и фазу експлоатације. Уговор који би требало да траје десет година, приватни партнер има намеру да раскине у петој години трајања уговора (што је рок у коме се окончава фаза изградње постројења и започиње његова експлоатација). Дакле, након што је завршио фазу изградње и наплатио цену за за изграђени објекат, приватни партнер одлучује се за раскид. Раскидом губи право на надокнаду за експлоатацију постројења, уз обавезу плаћања штете за раскид. Разлог раскида је што има могућност да свој персонал и логистичке капацитете трансферише у циљу обављања другог, лукративнијег пројекта чија је маргина профита таква да му омогућава да, и након плаћања надокнаде штете због раскида уговора, оствари одговарајућу добит.

9 Јавно-приватно партнерство и уговори који га прате политички су сензитивни с обзиром на предмет њиховог уређивања: заштиту и унапређење остваривања јавног интереса (Цветковић, Керковић, 2011: 759–760).

изричито уговором дефинисани мимо генералне дескрипције (смањење сиромаштва, доступност инфраструктуре, заштита јавног интереса у најширем смислу). Супротан приступ који би подразумевао да суд или арбитража тумаче меру остваривање опште наведених политичких циљева садржаних у уговору (без јасних критеријума за утврђивање њихове испуњености) значио би да судбина уговора зависи од општих изјава уговарача (слично као код преамбула међународних споразума) чиме се потенцијално нарушава интегритет уговорних обавеза. Ипак, на овом је месту важно нагласити да сама чињеница расположивости правних средстава за решавање спорова има значајан индиректан утицај на кооперативно понашање страна (при томе је реч о општој карактеристици уговорног права и не може се искључиво везати за релациони контекст; наиме, пословни људи начелно избегавају спорове).¹⁰ Расположивост правног пута за заштиту сопствених права чини „сенку права“ у којој стране преговарају о постојећим или потенцијалним конфликтима произишлим из уговора у питању.

Коначни циљ методологије релационог приступа је да уговор као формална структура буде прожет принципима солидарности и кооперације: примарне обавезе из уговора сматрају се основом за даље уподобљавање уговора варијацијама контекста који га окружује. Кооперација би требало би да омогући да *lacunae* буду адекватно испуњене кроз сарадњу уговарача.¹¹ Тиме се омогућава да одређени елементи размене који нису утврђени у уговору (па самим тим њихову правну перфектност не може верификовати трећа страна-суд или арбитража) буду самоизвршиве обавезе. Самоизвршивост је карактеристика поступања страна које извршавају обавезе не због потенцијалне одговорности за штету, већ због међузависности у извршењу релационог уговора: јавни партнер пристаће на уподобљавање уговора о ЈПП-у као форме релационог уговора јер тржиште не омогућава супституцију постојећег партнера новим партнером који ће адекватно реализовати пројекат (јавни партнер је у проблему „ограничења избора“).¹² Приватни партнер ће адаптирати уговор како би очувао пословни углед и сачувао репутациону вредност неопходну за даље функционисање на тржишту. Описани баланс остварује се кроз дужност

10 Идеја да уговорна средства за повреду уговора практично нису од значаја код дугорочних релационих уговора је тема која се анализира у литератури. Тако има тврђења да се „као резултат емпиријских студија намеће закључак да се формална правна средства ретко користе код дугорочних уговорних односа (Harris, Campbell, 2005: 27–28, 31–38).

11 О вези између кооперације и попуњавања правних празнина видети: (Hviid, 2000).

12 Видети *supra* напомену 7.

кооперације: у правном смислу, ова се дужност рефлектује кроз уговором предвиђену динамику, садржину и институционални формат преговора, сталну размену информација, транспарентност података о ефикасности функционисања ЈПП пројекта и слично.¹³

Кооперација и солидарност као носећи елементи методологије релационих споразума нису опште карактеристике уговорних инструмената. Чак и када је то случај, кризе у односу уговорача су пратилац сваког уговорног односа: постојећа солидарност и сарадња еродирају у присуству конфликта. У таквим случајевима кооперација мора бити заснована не на алтруизму, већ на узајамној зависности уговорача. Међузависност има за резултат да страна релационог уговора која није примила уговорену престацију не користи промтно механизам решавања спорова: уместо опортуног и нетолерантног понашања страна бира кооперацију. Ваља нагласити да међузависност нема исти интензитет током трајања уговорног односа: међузависност се смањује како одмиче реализација уговора. У овом контексту, са смањењем међузависности, пропорционално расте могућност да стране поступају опортуно и да напусте релациони приступ у корист остварења сопствених интереса.

Литература

Bird, R.C (2005). Employment as a relational contact. *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*. 149–217.

Burnett, M. (2013). Public Private Partnership Contract Management-Still in Need of More Attention. *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* Бр. 3/2013. 217–230

Macaulay, S. (1963). Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. *American Sociological Review*. Бр. 28. 55–67.

13 Пример сарадње контексту уговора о јавно-приватном партнерству којим се приватни партнер обавезује да изгради објекат за прераду отпада у циљу производње енергије (е. „Waste to Energy“) и експлоатише га одређени број година. Приликом експлоатације изградње објекта, јавни партнер може да задржи право да учествује у делу добити која се остварује кроз продају електричне енергије произведене из постројења. Може се уговорити да приватни партнер има право да продаје електричну енергију до одређене количине, а да се корист (цена) од вишка добијене електричне енергије дели између јавног и приватног партнера. То значи да између јавног и приватног партнера мора да постоји транспарентност информација о нивоу производње, методологији коришћења постројења, маркетиншком приступу и слично. Овај однос захтева одређени ниво поверења и елемент „*intuitu personae*“.

Macneil, I. (1978). Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*. Бр. 72. 854–905.

Merz, E. (2000). An Afterword: Tapping the Promise of Relational Contract Theory – “Real” Legal Language and A New Legal Realism. *Northwestern Un. L. Rev.* Бр. 94909–936.

Ping, S Ho. (2013). Game Theory and PPP. У P. de Vries, E. B. Yehoue (Eds.), *The Routledge Companion to Public-Private Partnerships* (стр. 175–207). Routledge

Posner, R.A. (2000). *The theory of contract law under conditions of radical judicial error*. *Northwestern University Law Review*. Бр. 94. 749–774.

Teubner, G. (1993). *Law as an autopoietic system*. Oxford/Cambridge: Blackwell Publishers.

Ђирић, А. (2010). *Међународно трговинско право: општи део*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Harris, D., Campbell, D., Halson, R. (2005). *Remedies in Contract & Tort*. Cambridge, 2nd ed.

Hviid, M. (2000). Long Term Contracts and Relational Contracts. У В. Bouckaert, G. De Geest (Eds.), *The Encyclopaedia of Law and Economics*, vol. III: The Regulation of Contracts. 46–72. Cheltenham: Edward Elgar.

Campbell, D. (2005). The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract. *Texas Wesleyan L. Rev.* Бр. 11. 455–483.

Цветковић, П. (2014). Теорија релационих уговора: основне карактеристике. *Правна ријеч*. Год. 11, бр. 39. 641–654.

Цветковић, П. (2012). Ризици јавно-приватних партнерстава: полазна разматрања. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Бр. 63. 121–146.

Цветковић, П., Миленковић-Керковић, Т. (2011). Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања. *Право и привреда*. Бр. 4–6. 758–770.

Predrag Cvetković, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

MANAGING THE RELATIONAL CHARACTER OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP CONTRACTS

Summary

A public-private partnership contract has the character of a relational contract. Relational contracts are incomplete agreements governing transactions where the contracting parties have mutually agreed that it is impossible or economically inefficient to contractually define ex ante possible difficulties and contingencies in the contract implementation, nor the difficulties and contingencies underlying the ex post control of contract performance by a third entity (court or arbitration). Considering the methodology of managing relational contracts, it is essential that the theory of relational contracts does not advocate for the establishment of relational contracts as a separate category of contracts, with specifically designated contractual instruments. This theory defines the relational contract as a category which legitimizes «the relational mode» of a particular contract. The methodology of relational contracts is important for contracts on public-private partnership as it ensures that the contractual relationship is aligned with the changes in the immediate environment where the PPP contract operates. The aforementioned alignment has two aspects. The first one is the ex ante aspect of the alignment which is primarily aimed at preventing the detrimental effect of such alignment to the public partner's interests. Therefore, the intent to prevent such an effect shall be taken into account when defining the criteria for the selection of the most favorable private partner and the best offer. At the same time, it is essential to establish verifiable standards for measuring the private partner performance in the phase of contract implementation. For this goal to be achieved, it is crucial to specify the subject matter of the private partner's obligations, to establish the priority rank of PPP project objectives, to elaborate on the specific requirements governing the eligibility of private partners to participate in the bidding process, to specify the «value for money» which the public partner will obtain by the implementation of the contract, and to ensure an adequate structural framework of the PPP contract. The second one is the ex post aspect of alignment which involves alignment of the contract to the contextual changes in the contract environment during the contract period. In this regard, the key principles are the principles of solidarity and cooperation.

Keywords: *public-private partnership; relational contracts; opportunism of contracting parties; «hold up» problem; cooperation; solidarity.*