

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

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 330.322.16:347.74

Рад примљен: 31.03.2014.

Рад прихваћен: 29.04.2014.

УГОВОРНИ РЕЖИМ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА: SUI GENERIS КАРАКТЕР КАО ПОСЛЕДИЦА ХОЛИСТИЧКОГ ПРИСТУПА**

Апстракт: Процес стварања опште интелектуалне платформе за јавно-приватна партнерства заснован је на холистичком (целовитом) приступу. Холистички се приступ заснива на разумевању ЈПП-а као дијалога приватног и јавног сектора у циљу стварања новог квалитета реализације јавног интереса. Приватни и јавни интерес имају се посматрати не партикуларно, већ у контексту динамике ЈПП-а као целине. Аргументација за прихватање холистичког приступа као јединствене интелектуалне платформе ЈПП-а лежи у потреби да резултат имплементације пројекта јавно-приватног партнерства буде нови квалитет остваривања јавног интереса. Холистички приступ огледа се и у уговорном режиму јавно-приватног партнерства. Ови уговори имају *sui generis* карактер. Описани карактер непосредно се испољава у релационим уговорима као инструменту уређивања односа јавног и приватног партнера. Код ових уговора, стране из разлога економске неисплативости или фактичке немогућности не дефинишу *ex ante* потпуно жељене резултате уговора. Фокус ових уговора је, пре свега, на циљевима и разлозима његовог закључивања и обезбеђењу простора за развијање односа заснованог на поверењу и солидарности који иду изван граница оригиналног споразума. Одредбама релационих уговора утврђују се заједничка очекивања и установљавају механизми који ће се користити да би алоцирали ризици, трошкови и користи уговорача.

* pericvetkovic@gmail.com

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

У крајњем, релациони уговори у функцији ЈПП-а служе лимитирању опортунистичког понашања једне и друге стране.

Кључне речи: *Јавно-приватно партнерство, холистички приступ, sui generis карактер, релациони уговори.*

1. Уводна разматрања

Јавно-приватно партнерство (е. *Public-Private Partnership*; даље и: „ЈПП“) оквир је решавања тензије између јавног и приватног сектора, а у циљу подизања квалитета установљавања, реализације, заштите и развоја јавног интереса (Цветковић, П, Миленковић-Керковић, Т, 2011: 758-759). Описану тензију генерише супротност њихових базичних карактеристика. Јавни сектор је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Приватни сектор заснован је на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Наведена разлика кључна је за разумевање структурирања и реализације јавно-приватног партнерства. Трансформација односа јавног и приватног интереса од супротстављених ка паралелним и конвергирајућим (уз одговарајуће рефлектовање ове трансформације у правном оквиру ЈПП-а отелотвореном у уговору о јавно-приватном партнерству) остварује се кроз:

- примену холистичког приступа као методолошког оквира анализе ЈПП-а;
- *sui generis* уговорима о јавно-приватном партнерству чије се карактеристике разликују од класичних уговорних инструмената.

2. „Холистички“ приступ као методолошки оквир јавно-приватног партнерства

Јавно-приватном партнерству као феномену неупитног економског, социјалног, политичког и правног значаја на националном, регионалном и универзалном плану, неопходан је шири методолошки оквир. Такав оквир потребан је за дефинисање структуре и принципа анализе наведеног института. Описани процес, за потребе овог рада условно назван „стварања опште интелектуалне платформе“ за јавно-приватна партнерства има два правца.

Први правац назива се „полицентричним“ и почива на премиси да ЈПП није подобан за апстраховање кроз форму универзално применљивих принципа (независно од визуре анализе: правне, социјалне, економске,

политичке и слично). Носећи аргумент описаног приступа јесте да ЈПП има различите еманације: стога се једино кроз праксу, *in concreto*, могу дефинисати карактеристике сваког од појавних облика јавно-приватног партнерства. Илустративни пример описаног приступа јесте аргументација Гудриг Веихе (*Weihe*, 2009: 15-16), која на следећи начин објашњава због чега није могућа (чак је и сувишна) холистичка (целовита) дефиниција јавноприватног партнерства:

„(...) постоје различита разумевања и коришћење појма ЈПП-а. Термин обухвата, на пример, краткорочне и дугорочне уговорне аранжмане, заједничке подухвате и мрежне односе између јавних и приватних актера, једнако као и опште мере којима се установава јавна политика у одређеној области. Из истог разлога нити је остварљиво нити је целисходно постојање опште и аргументоване дефиниције ЈПП-а која би обухватила различите варијације односа јавног и приватног партнера које појам јавно-приватног партнерства данас обухвата. Екстензивност такве дефиниције обесмислила би је, што покушаје у том смислу смешта изван оквира логичног (...)“.

Уз пуно поштовање за аргументе којима се образлаже прихватање полицентричне концепције као „опште интелектуалне платформе“ ЈПП-а, анализа у овом раду заснована је на холистичком (целовитом) приступу и тези о прожимању и конвергенцији јавног и приватног интереса (при чему је прихватање холистичког приступа ЈПП-у само један је од видова промене парадигме односа јавног и приватног сектора кроз примену јавно-приватног партнерства.¹ Аргументација усвајања холистичког приступа лежи у следећем: приватни и јавни интерес имају се посматрати не партикуларно, већ у контексту динамике ЈПП-а као целине. Описана динамика није условљена само интересима јавног и приватног актера. Она

1 Остале три промене парадигме јесу: а) примена парадигме абдуктивног акључивања у доношењу одлука поводом ЈПП-а (абдуктивно закључивање, за разлику од индуктивно-дедуктивног метода, закључак доноси на основу „најбољег објашњења“ односно на основу „принципа заједничког узрока“); б) значајан утицај парадигме знања (засноване на епистемолошком приступу) која функционише паралелно са (за уговоре са јавним партнером уобичајеном) парадигмом хијерархијске или економске моћи: на име, усклађивање јавног и приватног интереса интереса није првенствено засновано на структури и интензитету преговарачке „моћи“ и позиције јавног и приватног актера, већ на специфичним знањима једне и друге стране која су међусобно комплементарна; в) промена парадигме интеракције јавног и приватног партнера: уместо стандардизоване интеракције базиране на хијерархијском односу, однос јавног и приватног актера помера се у правцу транслативног односа у смислу преноса знања описана промена парадигме произилази из предности парадигме знања над парадигмом хијерахијске моћи описане под б). Видети више у: Цветковић, П, 2014-1: 16-17.

је детерминисана и интересима трећих лица (корисника услуга), потом, широм политичком констелацијом, економско-социјалним окружењем, (не)постојањем традиције учешћа приватног сектора у реализацији јавног интереса (изостанак тзв. „институционалног памћења“) и слично.

Суштински, холистички се приступ заснива на разумевању ЈПП-а као дијалога приватног и јавног сектора у циљу стварања новог квалитета реализације јавног интереса. Дијалог може бити успешан уколико:

- приватни сектор искорачи из модела стриктно економског размисла заснованог на принципу увећања профита;
- јавни сектор уважи чињеницу да остваривање јавног интереса мора бити засновано, барем делом, и на економској одрживости (уз структуром, обимом и субјектима дефинисано уважавање социјалне компоненте), с крајњим циљем подизања квалитета остваривања јавног интереса.

На овом месту, у бинарну конструкцију ЈПП-а укључује се и „дивилни“ („трећи“) сектор. Укључивање овог сектора оправдано је чињеницом да улога организација и тела која му припадају могу имати важан корективни значај за реализацију јавних циљева због којих се ЈПП установљава.²

Холистички приступ, базиран на претпоставци о динамици и важности питања која ЈПП концепт ангажује, уз значајне последице (економске, политичке, социјалне) (не)успешне имплементације конкретног пројекта, основ је за координацију и галванизацију интереса актера јавно-приватног партнерства (Цветковић, П, 2014-2:3-4).³

Аргументација за прихватање холистичког приступа као јединствене интелектуалне платформе ЈПП-а лежи у:

- новом квалитету („додатој вредности“) остваривања јавног интереса као резултату имплементације ЈПП пројекта;
- хијерархијској константи као у крајњем исходишту ЈППа.

² Основни методолошки закључци и запажања присутни у раду, међутим, релевантни су како за бинарну, тако и (mutatis mutandis) трипартитну конструкцију ЈПП-а.

³ Описана тензија између јавног и приватног актера ЈПП-а (првог који има за циљ заштиту јавног интереса, и другог који је усмерен ка остваривању профита), превазилази се двостепеном структуром усаглашавања конкурентних интереса. Први степен овог усаглашавања чини координација јавног и приватног партнера. Други степен обухвата конкретно и директно усклађивање наведених интереса на начин који ствара нови квалитет односа јавног и приватног сектора (за ову фазу користи се назив „галванизација“ интереса јавног и приватног сектора). О координацији и галванизацији јавног и приватног интереса видети више у: Цветковић, 2014-2:1-14.

2.1. Нови квалитет остваривања јавног интереса као аргумент за холистички приступ

Холистички приступ омогућава да се међусобном интеракцијом оствари нови квалитет (додата вредност) јавног интереса. Три су појавна облика ове додате вредности: економска, социјална и политичка.

Холистички приступ ЈПП-а најпре је базиран на „економској додатој вредности“. Наиме, кроз ЈПП, као вид оптималног управљање јавним ресурсом, штити се не само јавни, већ и партикуларни приватни интерес. Штета у коришћењу јавног ресурса, у крајњем, штети сваком појединцу. Таква ситуација настаје, на пример, уколико је јавни партнер, дефинишући услове подобности приватног партнера за учешће у поступку избора најбоље понуде за реализацију конкретног јавно-приватног партнерства, изостави обавезу заинтересованих учесника да у случају да коришћена технологија постане превазиђена (застарела) током трајања пројекта, такву технологију замене новом. За јавног партнера ово је „позната непознаница“ (е. „known unknown“⁴ Цветковић, П, 2014-2: 6-7 *passim*). Јавни партнер, који је превидео или потценио ризик превазиђености коришћене технологије, трпи економски губитак који се механизмима буџетског располагања преваљује на друштво у целини.

Други сегмент додате вредности чини „социјална додата вредност“. Јавно-приватно партнерство, спроведено на законом предвиђени начин доприноси интегритету социјалног поретка. То чини отклањањем или смањивањем потенцијала за корупцију (*Arrowsmith, S, 2011: 5*). Интегритет социјалног поретка доприноси реализацији принципа да ЈПП има за циљ да обезбеди највишу могућу вредност за уложене социјалне ресурсе (инфраструктуру, природна богатства и слично): уколико је овај интегритет угрожен корупцијом, неће бити прихваћена најповољнија понуда (посматрано кроз визуру интереса јавног партнера, кој такав јавни интерес штити и остварује).⁵ Штета која настаје због прихватања понуде која није економски најповољнија јесте штета друштву у целини. Стога су транспарентност, недискриминација и очување деловања

4 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 (оне за које се зна); познате непознанице (е. „known unknowns“), то јест то су чињенице за које се зна да постоје, али не зна се њихова садржина и значај); непознате непознанице (е. „unknown unknowns“), односно чињенице за које се и не зна да постоје. У контексту овог рада описана трипартитна подела користи се за описивање нивоа знања јавног партнера о ЈПП пројекту.

5 Више о конкурентним циљевима поступка јавне набавке *infra* у напомени 10.

закона конкуренције од кључног значаја за успешну реализацију јавног интереса кроз концепт ЈПП-а. Са друге стране, описани захтеви не би требало да неутрализују или елиминишу спекулативни елемент ЈПП-а (елемент који је у основи мотива приватног актера као партнера у ЈПП-у). Принцип „*saveat emptor*“ не може да буде суспендован у контексту јавно-приватног партнерства. Норме којима се штити интегритет социјалног система (норме којима се забрањује дискриминација или штите закони конкуренције) не могу да служе заштити очекивања „врлине“ друге стране, већ, пре свега, остваривању права, санкционисању обавеза и поштовању одговорности укључених страна (*Kohls/Christensen*, 2002: 223-234).⁶ У том смислу, очекивања од уговорних страна да се понашају кооперативно и солидарно (пре свега од приватног партнера, чији је вредносни систем усидрен у опортунном приступу) имају своје лимите у начелима деловања закона конкуренције.

Трећи сегмент додате вредности јесте „политичка“ додата вредност. Политичка додата вредност рефлектује се кроз:

- унапређење креирања и спровођења политике реализације и заштите општег интереса;
- координацију различитих политика (економска, социјална, образовна, научно-истраживачка, заштите животне средине);
- легитимизацију иновативне праксе у решавању питања од јавног интереса;
- мобилизацију ресурса јавног сектора у циљу промоције парадигме знања (засноване на епистемолошком приступу) над парадигмом хијерархијске или економске моћи (изједначавање нивоа преговарачке

⁶ Католички теолог Тома Аквински илустровао је разлику између врлине и дужности на примеру дилеме трговца житом. следећим питањем: да ли је трговац житом, потпуно свестан да у блиској будућности предстоји раст тражње за житом и, као последица, његове више цене, треба да својим продавцима саопшти ову информацију, или би има могућност да легитимно профитира из њиховог незнања те да на тај начин оствари економску добит. Одговор на ово питање требало би да пође од претпоставке да је цонтра легем наносити штету другоме. Ипак, та дужност не обухвата обавезу да се другоме помогне саветом или на други начин који води лишавању компетитивне предности. Појединац неће бити у обавези да у анализи својих пословних потеза узме у обзир пословне интересе свих учесника на тржишту. Такав је захтев немогуће испунити. *Mutatis mutandis*, описана морална дилема је присутна данас у дефинисању садржине правног оквира ЈПП-а: како „убедити“ приватног партнера (упркос његовом хабитусу) да у обзир узме не само његове легитимне интересе за профитом, већ и (за ЈПП конститутивне) јавне интересе. Видети: *Kohls/Christensen*, 2002: 223-234.

„моћи“ јавног са приватним партнером развијањем сопствене експертске базе јавних актера, *Bovaird, Tony 2004: 200*).⁷

Из горе наведеног може се закључити да у првом сегменту додате вредности (економска додата вредност) доминира интерес приватног партнера, док у друга два (социјална и политичка додата вредност) преовлађује интерес јавног партнера. Описани је закључак само услован: у светлу конкретних околности, а уз примену холистичког приступа, различити појавни облаци „додате вредности“ и инструменти њихове реализације преплићу се и међузависни су.⁸

Холистички приступ прихваћен је и у правном систему Републике Србије. Наиме, Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, предвиђа да Предлог ЈПП пројекта садржи, између осталог, (...) 2) пословни план, укључујући услове ЈПП, процену трошкова и анализу добијене вредности у односу на уложена средства (е. „*value-for-money*“, у складу са Методологијом коју је усвојила Комисија за ЈПП).⁹ Из ове и других одредби Закона о ЈПП-у може се закључити да примена методологије процене „вредности за новац“ узима у обзир не само економске параметре, већ и квалитет услуга, допринос развоју људских ресурса јавног сектора и квалитету „јавних политика“ *etc.*¹⁰ Уколико је резултат примене описане методологије да је

7 Видети *supra* напомену 1.

8 Тако изостанак економског успеха приватног партнера има за резултат смањењу социјалну и политичку додату вредност; то смањење не мора бити непосредно и промтно. На пример, уколико приватни актер није остварио добит из ЈПП-а због неадекватног, неправичног и несолидарног односа јавног партнера, то се не мора одразити на конкретан пројекат (јавни партнер може наћи новог приватног партнера). Описани однос, међутим, готово извесно ће утицати на перцепцију јавног партнера (државе) од стране шире (националне и међународне) пословне заједнице, до мере да у будућим ЈПП пројектима приватни партнер тражи виши ниво осигурања сопственог интереса. Такво осигурање има своју економску цену која се на крају преваљује на грађане.

9 Видети чл. 27. ст. 2. тач. 2. Закона о ЈПП и концесијама („Службени гласник РС“ бр. 88/2011). Комисија за јавно приватно партнерство, у складу са овлашћењима која су јој дата Законом о концесијама и ЈПП, усвојила је документ назван „Методологија за анализу добијене вредности у односу на уложена средства („*Value-for-Money*“) у јавно-приватном партнерству и концесијама. Текст методологије доступан је на сајту Комисије за ЈПП: <http://www.ppp.gov.rs>.

10 Наведена ширина критеријума за оцену подобности понуде приватног партнера за реализацију ЈПП-а видљива је и у другим одредбама Закона о ЈПП и концесијама. Тако је предвиђено да „критеријуми на којима давалац концесије заснива избор најповољније понуде су: 1) у случају економски најповољније понуде са становишта даваоца концесије, критеријуми везани за предмет концесије, као што су: квалитет, висина накнаде, цена, техничко решење, естетске, функционалне и еколошке особине, цена пружене услуге

ЈПП инфериоран у односу на друга два метода развоја делатности од јавног интереса (кредитно задуживање и коришћење унутрашњих, сопствених „in-house“ ресурса за описану сврху), одлука о реализацији ЈПП пројеката требало би да буде негативна.

2.2. Хијерархијска константа

У прилог „холистичког“ приступа говори и чињеница да је ЈПП у свом исходишту има за примарни интерес реализацију користи за ширу заједницу (а не реализацију ужих интереса). Наиме, одговорни јавноправни ентитети имају обавезу да установе стандарде за вршење јавних служби и заштиту јавног интереса, без обзира на то да ли се овај интерес штити од стране приватног или јавног сектора. Ова особеност пружања јавних услуга дефинише се као „хијерархијска константа“ јавног сектора и релевантна је и за област јавно-приватног партнерства. Јединствено исходиште, дакле, условљава и целовити приступ ЈПП феномену. Са друге стране, наведена хијерархијска константа не сме бити у функцији остваривања криптомонопола јавних тела над делатностима од општег интереса: приватни сектор има право на остваривање свог интереса, на начин који је комплементаран и конвергентан јавном интересу (Ћирић, А, Цветковић, П, 2012: 618-627).¹¹

према крајњим корисницима, оперативни трошкови, економичност, сервисирање након предаје и техничка помоћ, датум испоруке и рокови испоруке или рокови завршетка радова или 2) највиша понуђена концесиона накнада“ (чл. 39. ст.1. Закона). Видети у овом смислу и члан 85. Закона о јавним набавкама („Сл. гласник РС“ бр. 124/2012)..

11 Једна од последица хијерархијске константе, као карактеристике ЈПП-а, значајна је улога процедуре јавних набавки. Ова процедура начајно ограничава могућност избора приватног партнера утврђивањем одређених критеријума. Стога, поступак јавних набавки има за последицу ограничавање домета релационих уговора на којима ЈПП почива (више о релационим уговорима видети *supra* у тач. 3. 1) . Наиме, карактеристика циљева јавног тендера је да су често у супротности један са другим. Да би се ова тензија одговарајуће решила, суштински је важно да се идентификују и разумеју преферирана хијерархија између циљева јавне набавке: принципа једнакости; економске ефикасности; заштите од корупције. Тако, када је најбоља понуда која је дата као одговор на услове јавне набавке погрешна (на пример, због малог закашњења у подношењу, недостатка потписа, изостанка одређених тражених документа због пропуста), јавни службеник мора да бира између две опције: а) да одбаци понуду због недостатка, или да б) недостатак занемари и прихвати је. Горе наведена дилема рефлектује конфликт између два циља јавног тендера: да се подржи принцип правичности и једнакости (који се имплементира кроз испуњење обавезе да се понуде третирају једнако - у горе наведеном случају опција а), или да се предност да принципу економске ефикасности (и тиме омогући испуњење обавезе државе-јавног партнера да обезбеди ефикасно коришћење јавних фондова, чему води горе наведена опција б). Уколико се принцип једнакости сматра важнијим него принцип ефикасности,

3. *Sui generis* карактер уговора о јавно-приватном партнерству

Уговори о ЈПП-у називају се уговорима *sui generis* (у литератури се користи и назив „хибридни“ уговори; Heldeweg, M. A: 2013). Тиме се означава њихова повезаност како са јавноправним, тако и са приватноправним канонима и правилима: наиме, кроз јавно-приватно партнерство преламају се радње, чињенице и аспекти који могу имати јавноправну (ефикасна реализација јавног интереса) или приватноправну конотацију (извршење уговора на економски оправдан начин). Оба наведена приступа имају своју рефлексију у уговорима о јавно-приватном партнерству. Наведена карактеристика уговора о ЈПП непосредна је потврда оправданости холистичког (целовитог) приступа као интелектуалне платформе за анализу јавно-приватног партнерства. Једино такав (а не партикуларни, полицентрични приступ) може да обухвати комплекс сложених социјалних, техничких, економских и правних питања која ангажује пројекат ЈПП-а. Описаном приступу кореспондира *sui generis* структура уговора који је правни оквир реализације јавноприватног партнерства.

Sui generis правни дизајн уговора о ЈПП-у има за циљ да обезбеди, омогући остваривање јавног интереса кроз реализацију пројекта јавно-приватног партнерства. Однос јавног и приватног интереса у сваком конкретном случају јединствен је, и по правилу, у значајној мери (због карактера пројекта) непредвидив у исходу. Могућност да ЈПП-а да као правна конструкција *sui generis* „узме најбоље од оба света“ (заштиту јавног интереса и солидарност из јавног сектора, односно предузетничку логику из приватног) не остварује безусловно. Вероватноћа реализације описане могућности зависи од тога да ли правила јавноправног и приватноправног карактера међусобно конвергирају на начин који омогућава да оквир ЈПП-а функционише ефективно (са жељеним резултатом креирања додате вредности) и легитимно (са прихватањем њихове обавезности).

Све горе наведено условило је одређене одлике уговорног режима јавноприватног партнерства, што је предмет излагања које следи.

боља понуда ће се одбити, чак и када ефикасност трансакције због тога трпи. Са друге стране, уколико је принцип ефикасности важнији, прећи ће се преко недостатка или дозволити његово исправљање, чак и уколико кршење принципа једнакости значи примену различитих стандарда на различите понудиоце. Разумевање циљева механизма јавног тендера и њихов релативни значај је стога кључан за сналажење одговарајуће солуције за ову заједничку дилему. Видети: Dekel, O, 2013:241-253)

3.1. Уговори о јавно-приватном партнерству као релациони уговори

Уговорни основ јавноприватног партнерства, у светлу *sui generis* структуре односа јавног и приватног партнера има карактер релационог уговора (о појму релационог уговора видети више у: *Macneil, I, 1978: 886-900*).

За разумевање релационих уговора погодан је метод негативног дефинисања: они нису идентични са класичним уговорним механизмима. Класични уговори су дизајнирани за сингуларне трансакције између две стране. Карактерише их начелна ирелевантност идентитета страна. Трансакција је ограничена временски (одвија се симултано), при чему се један тип трансакције одвија (понавља у својим основним карактеристикама) у већем броју између различитих учесника на тржишту (типичан пример је уговор о продаји). Класични уговори су комплетни правни споразуми у смислу да обе стране преговарају уз начелну једнаку доступност информација важних за структурирање уговора (што није увек случај код ЈПП-а). Оне су, стога, у позицији да *ex ante* дефинишу услове трансакције. Карактеристике трансакције 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). Око садржине ових последица не ствара се конфликт. 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 класичних трговачких уговора не уклапају се дугорочни споразуми који реализују у условима подложним промени (такви су на пример уговори о страним инвестицијама). 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 њихово ex post верификовање и дефинисање (од стране арбитраже или суда) у циљу контроле ових уговора и њиховог спровођења. Релациони уговор је базиран на резултату који стране (за разлику од класичних уговора) не могу у потпуности предвидети ex ante (на супрот томе, код класичних уговора

попут уговора о продаји, на пример, ефекат продаје је испорука робе купцу и плаћање цене продавцу). У том смислу, кауза обавезивања код релационих уговора је релативно флексибилна.¹² Стога, релациони уговори остављају простор да стране своје ново знање о конкретној ситуацији адаптирају у оквир сопственог уговорног односа.¹³

12 Видети *supra* напомену 4. Степен „непознатих непознаница“ код релационих уговора знатно је већи него код класичних уговора. Релациони уговори трају дуже, комплекснији су и сензитивнији на различите промене окружења у коме функционишу. Описана ситуација се може илустровати примером пројекта из области водоснабдевања. Јавни партнер зна шта хоће од уговора (на пример код водоснабдевања циљ је ефикасније снабдевање, виши ниво квалитета воде уз одржање цена), али не зна све параметре, методе и средства којима би те циљеве остварио (неретко, осим информација, нема ни довољно знања због недовољног капацитета јавног партнера). Ситуација је једноставнија код приватног партнера, чији је циљ лако мерљив и јасно дефинисан. Имајући у виду описану карактеристику „некомплетности“, уговор о ЈПП из области водопривреде мора да буде довољно еластичан или да садржи механизме који ће омогућити ефикасне накнадне измене.

13 Ниво знања актера није задати параметар. Он се може кроз адекватну процедуру повећати, проактивним деловањем актера базираним на свести о остваривању конвергентних циљева. Пример овог процеса је поступак конкурентског дијалога у избору приватног партнера. О поступку конкурентског дијалога видети више у Цветковић П: 2014-2: 4-8. Однос квалитет и обима знања јавног и приватног партнера код ЈПП-а назива се „асиметричност“ информација. У већ коришћеном примеру водоснабдевања јавни партнер је у предности у односу на приватног јер располаже знањем о квалитету постојеће инфраструктуре за водоснабдевање, њеној распрострањености, доступности и сл. Локалне самоуправе имају сопствено („приватно“) знање о квалитету инфраструктуре (пумпе, цевоводи, систем мерења); ово „знање“ добија на тежини имајући у виду да је испитивање квалитета структуре за водоснабдевање превелики финансијски терет за приватног партнера, уколико је уопште и могуће (за разлику од, на пример, електричних централа, цевоводи су углавном испод земље, што отежава процену). Приватни партнер, за разлику од јавног, поседује посебна знања у погледу начина финансирања и технолошког аспекта пројекта из области водоснабдевања. Јавни партнер, пак, не зна за технолошке могућности приватног партнера и структуру његових трошкова, нити ниво продуктивности (што су све знања која поседује приватни партнер). Дакле, обе стране имају „предност у информацијама“ у одређеним сегментима; тачније ниво информисања у односу на поједина питања је асиметричан. Асиметричност се отклања уколико између страна преовлада принцип сарадње. При томе, не треба бити у заблуди; у односу заснованом на усклађивању супротних интереса (јавни партнер настоји да обезбеди јавну услугу оптималног обима и квалитета, а приватни партнер профит), стране ће у међусобним преговорима чувати сопствене интересе у покушају да за себе извуку најповољнији могући резултат. Више о асиметрији информација у контексту јавно-приватног партнерства видети у Цветковић П, 2013:241-255. Више о карактеристикама ЈПП-а у области водоснабдевања видети у: Цветковић, П/Здравковић, У (2012).

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“.¹⁴ Да би се такве околности превазишле а уговор опстао, стране из уговора развијају однос који генерише планирање, поверење и солидарност који иду далеко изван граница оригиналног споразума (*Bird, R, 2005:151*). 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.

Треће, постоје празна поља у структури релационих уговора. Постојање празнина резултат је следећег приступа уговорних страна: уместо да користе приступе који стоје на екстремним половима уговорних техника (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 одређену 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).

Релациони уговори у функцији ЈПП-а служе лимитирању опортунистичког понашања једне и друге стране, развоју њихове сарадње и размени информација. Реч је о уговорима који су идиосинкратични-јединствени (за разлику од класичних уговора који могу бити и типски и формуларни).¹⁵ 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 ЈПП је важно да се систем подстицаја који постоји у приватном сектору (као елемент који недостаје јавном сектору) имплементира у конкретан уговор о јавно-приватном партнерству: у овој имплементацији лежи кључ за реализацију циљева пројекта јавно-приватног партнерства у питању.

¹⁴ Видети *supra* напомене 4 и 12.

¹⁵ О типским и формуларним уговорима видети више у: Ђирић, А, 2010:83-85.

Литература

Чланци

Bird, R.C (2005) „Employment as a relational contact“. University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law, 8.

Цветковић, П (2014) „Јавно-приватно партнерство као оквир усклађивања јавног и приватног интереса: методолошка разматрања“, Годишњак Правног факултета у Бањој луци, бр. 36-2014, стр. 9-29 (наведено као Цветковић П, 2014-1)

Цветковић, П (2014) „Хармонизација јавног и приватног интереса кроз јавно-приватно партнерство: оглед о двостепеној структури“, Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу (у штампи), стр. 1-14 (наведено као Цветковић П, 2014-2).

Цветковић П (2013) “Теорија игара као аналитички оквир јавно-приватног партнерства“, Тематски зборник радова, Правни факултет Ниш, страна 241-255.

Цветковић, П/ Миленковић-Керковић, Т (2011) Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања, Право и привреда. - Београд : Удружење правника у привреди Србије, 2011. - Бр. 4-6 (2011), стр. 758-770.

Цветковић, П/Здравковић, У (2012), Јавно-приватно партнерство у правном систему Републике Србије-полазна разматрања, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 63(2012), стр. 147-168.

Kohls, J., Christensen, S. L (2002) „The Business Responsibility for Wealth Distribution in a Globalized Political Economy: Merging Moral Economics and Catholic Social Teaching. Journal of Business Ethics, 35(3), 2002, стр. 223-234.

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

Ђирић, А/ Цветковић, П (2012) „Јавно-приватно партнерство између ‘хијерархијске константе’ и ‘нове етике’ друштвених односа“: Право и привреда. - Београд : Удружење правника у привреди Србије, 2012. - Бр. 4-6 (2012), стр. 618-627.

Ђирић, А (2010) „Међународно трговинско право: општи део“, Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Електронски извори

Arrowsmith, S (2011), „Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules”, in Public Procurement Regulation: An Introduction, ed. S. Arrowsmith., **стр. 1-33, доступно на:**

<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>, приступљено **11. Априла 2012;**

Bovaird, Tony (2004) “Public-private partnerships: from contested concepts to prevalent practice”, International Review of Administrative Sciences, Vol 70(2):199-215” доступно на: Graduate Institute Geneva Home page, <http://graduateinstitute.ch>, приступљено 10. априла 2012).

Dekel, O (2008) „The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts”, Public Contract Law Journal, Vol. 37, No. 2, 2008, доступно на: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1391182. Приступљено 20. септембра 2013.

Heldeweg, Michiel A (2013) “Hybrid regulation as a legal design challenge”, 107-139, доступно на . <http://doc.utwente.nl>, приступљено 7. јануара 2014.

Weihe, G. (2009). Public-Private Partnerships: Meaning and practice (Doctoral dissertation, Copenhagen Business School Copenhagen Business School, Department of Business and Politics Department of Business and Politics), доступно на <http://openarchive.cbs.dk/handle/10398/7734>, приступљено 1. јуна 2012.

Predrag Cvetković, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Contractual Framework of Private-Public Partnership: The *sui generis* Nature of PPP as a result of the Holistic Approach

Summary

The holistic (comprehensive) approach to the methodological framework for the analysis of public-private partnership is essential presumption for the transformation of the public and private interests from the conflicting ones to the parallel and convergent ones. Private and public interests are to be regarded not as the divided particulars but as the element of the dynamics of PPP as a whole. The holistic approach facilitates interaction which brings new “added values” in the exercise of the public interest by using the PPP construction: economic, social and political. This concept allows the PPP to “take the best of both worlds” (the protection of the public interest and solidarity from the public sector, and the entrepreneurial logic from the private sector). In light of the *sui generis* structure of mutual relations between the public and the private partner in the PPP framework, the contractual basis of public-private partnership has the character of relational contracts.

Relational contracts differ from traditional contracting mechanisms. The parties to traditional contracts have equal information at their disposal, which enables them to define *ex ante* the terms of the transaction insofar as the consequences of performance or non-performance are anticipated at the time of contract conclusion. On the other hand, relational contracts are incomplete agreements: the parties to relational contracts mutually agree that it is impossible or economically inefficient to define *ex ante* the possible difficulties and circumstances of the transaction at issue (which is possible in classical contracts). In this respect, in relational contracts the rationale for commitment is relatively flexible.

The public-private partnership agreement is a relational contract. Relational contracts within the PPP framework limit the opportunistic behaviour on both parties and promote the development of their co-operation and exchange of information. Relational contracts are idiosyncratic (unlike traditional contracts which may be standardized and embodied in a specific legal form). Public private partnerships agreements have to align the principle of hierarchy on which the public partner has based its activities (a high level of administrative control and the lack of economic incentives) with the principles of market economy underpinning the logic and the operation of the private partner.

Keywords: Public-Private Partnership, holistic approach, *sui generis* nature, relational contracts.