

др *Предраг Н. ЦВЕТКОВИЋ*\*  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

др *Срђан ГОЛУБОВИЋ*\*\*  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

## САМОИНИЦИЈАТИВНИ ПРЕДЛОГ КАО ИНСТРУМЕНТ РЕАЛИЗАЦИЈЕ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА

### Резиме

*Самоиницијативни предлог (даље и: „предлог“) инститиуи је којим се јача моћност јавног тела за реализацију пројеката на иницијативу приватног актера. Предлог садржи оригинално решење које је развио приватни сектор за уређивање питања од јавног интереса. Понуђено решење мора поседовати доказиву „додаћу“ вредности у остваривању таквог интереса. Усвех предлога зависан је од испуњења економских, правних и политичких претпоставки, укључујући и изричит услов елиминације конкурентске вредности коју аутор предлога има у односу*

---

\* 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 *Одрживости идентитета Срба и националних мањина и пограничних околностима 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.

\*\* Истраживач на пројекту *Одрживости идентитета Срба и националних мањина и пограничних околностима 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.

на друге иницијалне приватне партнере. Елиминација наведене предности сироводи се *ex ante*, у иницијалу иријере предлоја, ири чему се приватни актиер користи абдуктивним закључивањем и иницијира вредности систем јавног партнера (у циљу структурирања предлоја). Тиме иницијативног предлоја и правда кључни разлој свој установања: каналисање иновативних решења приватног сектора с циљем квалитативног иробоја на иољу реализације јавног иницијера.

**Кључне речи:** јавно-приватно партнерство, иницијативни предлој, јавни иницијер, асиметричност информација, абдуктивно закључивање.

## I Уводна разматрања

Самоиницијативни предлог, у смислу Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, означава предлог заинтересованог приватног актера (потенцијалног приватног партнера) надлежном јавном телу за спровођење, односно реализацију пројекта ЈПП који се *не иницијира* као одговор на јавни позив јавног тела у оквиру поступка доделе јавног уговора.<sup>1</sup> Реч је о институту којим се омогућава да јавно тело које самостално нема услове да се упусти у правно, економски, социјално и политички компликоване пројекте ЈПП, добија могућност да реализује такве подухвате на иницијативу приватног актера.<sup>2</sup> Кроз наведену реализацију јавна тела изграђују и сопствену експертску базу.

1 Видети: чл. 19 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама (*Службени Гласник РС*, бр. 88/2011; даље у фуснотама: Закон о ЈПП). Јавно-приватно партнерство (енгл. *Public-Private Partnership*; даље у фуснотама: ЈПП) 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 кључна је за разумевање структурирања и реализације јавно-приватног партнерства. Видети више у: Предраг Н. Цветковић, Тамара Миленковић-Керковић, „Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања“, *Право и иривреда*, бр. 4–6/2011, стр. 758–770.

2 Дефиницију института „јавног тела“ видети у чл. 4 ст. 1 тач. 7 Закона о ЈПП; дефиницију института „приватног партнера“ видети тач. 10 ст. 1 истог чл. Закона. Приватни партнер (у даљем излагању користиће се и назив „приватни актер“ у делу у коме се анализирају питања која претходе ЈПП пројекту, при чему „приватни актер“ још увек није и „приватни партнер“) има, *exempli causa*, више модалитета иступања: 1. модалитет „спонзора“ (развија пројекат, умрежава различите интересе,

С друге стране, како би и предлагач-приватни актер (потенцијални приватни партнер) имао мотив да покрене поступак на основу самоиницијативног предлога, Закон о ЈПП омогућава му да суму коју је уложио у израду таквог предлога (израда документације, истраживања и сл.) наведе у самоиницијативном предлогу како би му она била наднађена.

Два су модалитета обезбеђења надокнаде за подносиоца самоиницијативног предлога:

- у случају да подносилац самоиницијативног предлога добије право на реализацију пројекта јавно-приватног партнерства, сума која је у предлогу наведена као сума утрошена за израду пројекта биће укључена у трошкове приватног актера који више није само предлагач, већ и приватни партнер (ради се о трошковима које ће приватни партнер наплатити из добити од обављања делатности од јавног интереса);
- уколико подносилац самоиницијативног предлога не добије право реализације пројекта ЈПП (а пројекат добије други приватни актер-конкурент чија је понуда повољнија), суму уложу у израду предлога надокнадиће приватни партнер који реализује пројекат или јавно тело.<sup>3</sup>

Предуслов за покретање поступка на основу самоиницијативног предлога јесте да јавно тело коме је предлог упућен заузме став да је поднети предлог у јавном интересу.<sup>4</sup> Позитивно мишљење јавног тела услов је за активирање процедуре доделе јавног уговора која се примењује и

---

проналази финансијере, у изузетним околностима и и финансира пројекат); 2. модалитет „власника“ (енгл. „shareholder“) пројекта (при чему је могућно преклапање функције спонзора и власника); 3. модалитет „управљача-оператера“ (subjekta koji upravlja i odrzava postrojenje ili objekat koji je predmet JPP; upravljac je obично subjekt различит од спонзора и власника); 4. модалитет „грађевинског предузимача“ (енгл. „construction contractor“ – учесник пројекта који има обавезу пројектовања, градње и предаје објекта); 5. модалитет „кредитора-финансијера“ (енгл. „lender“); реч је о приватном субјекту који финансијски подржава пројекат-банка, фонд или слично.

3 Видети: чл. 19 ст. 2 Закона о ЈПП.

4 О значају јавног интереса за ЈПП видети више *infra* у напомени 20 овог рада. Поступак за реализацију пројекта ЈПП предвиђа да предлог пројекта (код ЈПП без елемената концесије) односно предлог концесионог акта (код ЈПП са елементима концесије) мора добити претходну сагласност јавног тела и то: Владе Републике Србије (уколико је јавни партнер Република Србија или њено друго јавно тело); Владе аутономне покрајине (уколико је јавни партнер аутономна покрајина или друго јавно тело аутономне покрајине); скупштине јединице локалне самоуправе (уколико је јавни партнер локална самоуправа или друго јавно тело локалне самоуправе). Видети чл. 26 и 29 Закона о ЈПП.

код реализације ЈПП без самоиницијативног предлога (пројекта ЈПП са или без елемената концесије).<sup>5</sup> Иницијатор предлога има право да учествује у наведеном поступку, уз услов да његово учешће у припреми предлога пројекта не нарушава конкуренцију; дакле, да нема конкурентску предност у односу на друге потенцијалне приватне партнере. Обавеза јавног тела је да конкурентску предност неутралише.<sup>6</sup>

Институт самоиницијативног предлога за реализацију пројекта ЈПП требало би да омогући превазилажење две карактеристике јавно-приватног партнерства као концепта сарадње јавног и приватног сектора: „асиметричности“ информација између приватног и јавног актера, и, што је последица ове асиметричности, „некомплетности“ јавног уговора<sup>7</sup> као инструмента на коме се заснива конкретан пројекат јавно-приватног партнерства.

5 Видети: чл. 19 ст. 4 Закона о ЈПП. Поступак доделе јавних уговора (односно, доделе права на реализацију пројекта ЈПП, с обзиром да јавни уговор представља обавезну правну форму ЈПП; видети *infra* напомену 7. овог рада) уређен је Законом о ЈПП и концесијама и Законом о јавним набавкама (*Службени гласник*, бр. 124/2012) на који Закон о ЈПП упућује. Закон о јавним набавкама, дакле, представља индиректну садржину Закона о ЈПП. Из формулације Закона о ЈПП и концесијама изводи се следећи закључак: поступак доделе јавног уговора којим се реализује ЈПП без елемената концесије спроводи се у складу са одредбама Закона о јавним набавкама; поступак доделе јавног уговора којим се реализује ЈПП са елементима концесије спроводи се у складу са одредбама Закона о ЈПП и концесијама. Видети: Предраг Цветковић, Слађана Средојевић, *Јавно-приватно партнерство: приручник за спровођење на нивоу локалне самоуправе*, Стална конференција градова и општина – Савез градова и општина Србије, Београд, 2012, стр. 49.

6 „Предлагач има право да учествује у поступку доделе уговора ако његово учешће у припреми предлога пројекта не нарушава конкуренцију; ако лице из ст. 5 овог чл. има конкурентску предност, јавно тело свим другим заинтересованим лицима или понуђачима обезбеђује све информације потребне да се неутралише таква предност“ (чл. 19 ст. 4 и 5 Закона о ЈПП). Видети и излагање *infra* у тач. 4 дела III овог рада.

7 Закон о ЈПП дефинише јавни уговор као уговор о јавно-приватном партнерству са или без елемената концесије, закључен у писаном облику између јавног и приватног партнера односно јавног или приватног партнера и друштва за посебне намене, којим се у циљу реализације пројекта јавно-приватног партнерства, уређују међусобна права и обавезе уговорних страна (видети чл. 4 ст. 1 тач. 3 Закона). Закон у чл. 46 предвиђа 28 елемената јавног уговора. Рок трајања јавног уговора не може бити краћи од 5 нити дужи од 50 година. При томе је дискреција јавног тела у погледу рока на који се закључује јавни уговор лимитирана условом да овај рок „не ограничава тржишну утакмицу више него што је то потребно да се обезбеди амортизација улагања приватног партнера и разуман повраћај уложеног капитала, истовремено узимајући у обзир ризик који је повезан са комерцијалним коришћењем предмета уговора“ (видети чл. 18 ст. 1–2 Закона).

## II Асиметричност информација јавног тела и приватног актера

За креирање уговорног односа јавног и приватног партнера, карактеристична је тзв. „асиметричност“ информација.<sup>8</sup> Описана асиметрија постоји како код јавног, тако и код приватног актера.

Асиметричност информација у корист јавног тела у поређењу са приватним актером заснована је на чињеници да јавно тело располаже знањем о квалитету постојеће инфраструктуре (нпр. код водоснабдевања локалне самоуправе имају сопствено, „приватно“ знање о квалитету инфраструктуре-пумпних и мерних система, цевовода и слично). Описано знање је у асиметрији са знањем приватног актера, који у одсуству транспарентних и доступних података о квалитету инфраструктуре одустаје од провере информација о карактеристикама и структури постојећих објеката или подручја (земљишта, природних ресурса) на којима се ЈПП пројекат реализује. Разлог одустајања најчешће лежи у трошковима таквог испитивања.<sup>9</sup>

Асиметрија информација у корист приватног актера заснована је на чињеници његове „експертске“ (епистемолошке) легитимације. Наиме, приватни актер, за разлику од јавног (при чему је недостатак експертске на страни јавног тела посебно еклатантан код држава у транзицији) поседује посебна знања у погледу начина финансирања и технолошког аспекта одређеног пројекта. Јавни партнер, пак, нема пуно сазнање о нивоу технолошких могућности приватног актера, структури његових трошкова, нити очекиваним нивоом продуктивности пројекта (што су знања која поседује приватни партнер).

Дакле, обе стране имају „предност у информацијама“ у одређеним сегментима; тачније, ниво информисања у односу на поједина питања

8 Видети више у: Oliver Hart, „Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks and an Application to Public-Private Partnerships“, *MPO Working Paper Series No. 03/061 Harvard University, July 2002*, доступно на адреси: <http://cosmic.rrz.uni-hamburg.de/webcat/hwwa/edok03/f10886g/wp61.pdf>, 1.4.2013; Linda Lobner, „How well do Public-Private Partnerships work?“, *Diplomarbeit, angestrebter akademischer Grad Magistra der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften (Mag.rer.soc.oec.) Wien, im Juni 2009, Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 140, Studienrichtung: Diplomstudium, Volkswirtschaft Betreuer: Ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Wolfgang Weigel*, доступно на адреси, [http://othes.univie.ac.at/5764/1/2009-06-29\\_0401537.pdf](http://othes.univie.ac.at/5764/1/2009-06-29_0401537.pdf) сѝр. 24-67, 1.4.2013.

9 Степен могућности превазилажења асиметрије информација у корист јавног партнера условљен је предметом ЈПП пројекта у питању. Тако је испитивање квалитета структуре за водоснабдевање превелики финансијски терет за приватног партнера, уколико је уопште и могуће, с обзиром да су цевоводи испод земље; код других пројеката, попут изградње постројења за производњу електричне енергије, ова је могућност већа, имајући у виду видљивост инфраструктурних мрежа на којима се заснива систем преноса електричне енергије.

је асиметричан. Асиметричност се отклања кооперацијом укључених актера. 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 информације у покушају да заштите своје интересе и обезбеде најповољнију могућу позицију. Кооперација јавног и приватног актера, посебно у фази преговора, последица је економског разлога (при чему је очекивани развој да легитимизација ЈПП концепта доведе и до постепене трансформације етике јавног и приватног сектора и вишег нивоа међусобног разумевања).

Последица асиметричности информација јесте „некомплетност“ уговора између јавног и приватног актера о реализацији ЈПП пројекта. „Некомплетан споразум“ назив је за уговор чијим се одредбама, због сложености предмета и дуготрајности спровођења (што је карактеристика уговора о ЈПП), у тренутку закључења не могу предвидети све околности које прате његову реализацију. Наиме, јавни партнер зна који циљ жели да постигне конкретним пројектом (на пример, виши ниво квалитета даљинског грејања, уштеда електричне енергије, ефикасност градског осветљења, модерна паркинг гаража). Знају о циљу, међутим, није комплементарно знање о методама, параметрима и финансијским односно логистичким ресурсима неопходним за његову реализацију. За приватноправног партнера ова некомплетност последица је већ описане асиметрије информација о карактеристикама инфраструктуре које су „приватно знање“ јавног актера.<sup>10</sup>

### III Услови успеха самоиницијативног предлога

Асиметричност информација и са њоме повезана некомплетност уговора карактеристике су које опредељују методе и процедуре настанка и реализације јавно-приватног партнерства. У том смислу, самоиницијативни предлог (заједно са конкурентским дијалогом)<sup>11</sup>

10 „Некомплетност“ споразума може се превазићи коришћењем одговарајућих, у међународноправним односима заснованим на страним инвестицијама прихваћених и верификованих метода, попут клаузуле поновног преговарања. Видети више у: Предраг Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2007, стр. 138.

11 Институт „конкурентског дијалога“ предмет је регулисања новог Закона о јавним набавкама Републике Србије (видети чл. 37 Закона о јавним набавкама: на конкурентски дијалог изричито упућује Закон о ЈПП у чл. 23 ст. 2 тач. 2). Наведени поступак преузет је из релевантних директива ЕУ. Намењен је за спровођење сложених јавних набавки. У контексту ЈПП концепта, јавни актер користи овај поступак

релевантан је метод избора приватног партнера за реализацију ЈПП пројекта.

Успех реализације ЈПП пројекта кроз самоиницијативни предлог захтева кумулативно испуњење три групе услова:

- политичких,
- економских,
- правних,

уз услов елиминације конкурентске предности коју „аутор“ самоиницијативног предлога неоспорно има.

## 1. Политички услов успеха самоиницијативног предлога

Политички контекст функционисања самоиницијативног предлога јесте да се њиме отвара простор и храбри приватни сектор да са јавним телима реализује идеје које би, у другим околностима, јавни сектор због инертности, нефлексибилности и „споре линије учења“ превидео.<sup>12</sup> Јавни актери нису обавезни да прихвате самоиницијативни предлог: међутим, економски разлог приморава их да размотре неке од иницијатива приватног сектора. У овом смислу, илустративна је дефиниција самоиницијативног предлога као „оригиналног решења које је развио приватни сектор за решавање отвореног питања јавног секто-

---

када због недостатка логистике и/или експертизе не може прецизно да одреди или опише предмет јавне набавке, односно технолошко решење које жели да оствари. Поступак конкурентског дијалога има најмање три фазе. У првој фази сви заинтересовани актери подносе пријаве, на основу општих информација о пројекту; у другој фази наручилац води дијалог са свим кандидатима (којима је претходно признао квалификацију) у циљу проналажења решења. Наручилац (јавни актер) може организовати дијалог у више фаза ради смањења броја решења о којима се води дијалог. Пошто препозна једно или више решења као одговарајуће, наручилац позива кандидате да поднесу коначне понуде. При томе наручилац не може открити кандидатима решење које нуди други кандидат. Да би била спречена злоупотреба овог поступка, односно његова примена и у случајевима када то није оправдано, јавно тело које спроводи поступак конкурентског дијалога дужно је да (према изричитој дикцији Закона о јавним набавкама) пре покретања поступка прибави сагласност Управе за јавне набавке. О конкурентском дијалогу видети више у: Christina D. Tvarno (ed.), *Public-Private Partnerships: An International Analysis-from a Legal and Economic Perspective*, Copenhagen Business School, University of Copenhagen, Central University of Finance and Economics (Beijing), Xinjiang University, University of Malaya, 2010, стр. 163–173, доступно на адреси: <http://unpcdc.org/media/142722/ppp%20book%5B1%5D.pdf>, 1.4.2013.

12 Видети: John Hodges, „Unsolicited Proposals“, *Public Policy for The Private Sector*, March 2003, стр. 3, доступно на адреси: <http://rru.worldbank.org/documents/publicpolicyjournal/257hodge-031103.pdf>, 1.4.2013.

ра, при чему јавно тело није тражило такво решење које, међутим, има јасну, доказиву и неоспорну вредност“.<sup>13</sup>

Политички услови успеха самоиницијативног предлога деле се на директне (услове непосредно везане за јавног актера) и индиректне (услове везане за пројекат који имају утицај на политичку перцепцију самоиницијативног предлога у ширем политичком простору).

Директан политички услов за успех самоиницијативног предлога јесте постојање „*policy window*“<sup>14</sup> односно политичке воље јавног актера да приступи реализацији предмета предлога. Наведена воља зависи од степена спремности политичких првака да активно допринесу развоју у методима реализације јавног интереса користећи ЈПП пројекте тамо где је то оправдано. Директним политичким условом сматра се и потреба елиминисања „*NIH – Not Invented Here*“ синдрома у одлучивању јавног актера о опортуности прихватања самоиницијативног предлога.<sup>15</sup>

Индиректни политички услов је, нпр. исувише висок ниво ризика реализације пројекта по самоиницијативном предлогу (економски, политички и слично).<sup>16</sup>

13 Видети: Alexander Degenkamp, „Unsolicited Proposals in the Netherlands“, *Master Thesis, 0557047, Technology & Policy, School of Innovation Sciences, Eindhoven University of Technology*, стр. 1, доступно на адреси: <http://alexandria.tue.nl/extra2/afstversl/tm/Degenkamp%202010.pdf>, 1.4.2013.

14 Израз „*policy window*“ подразумева знатно више од декларативне политичке подршке; он суштински означава проактиван однос јавног актера према унапређењу управљања јавним ресурсима. Видети: A. Degenkamp, *нав. дело*, стр. 6.

15 Синдром „*Not invented here*“ институт је корпоративног управљања. Њиме се описује ситуација у којој компанија не прибавља већ постојећи производ, резултате истраживања или услуге с искључивим оправдањем да ови потичу од других субјеката на тржишту. Разлози описаног одбијања варирају од неразумевања идеје, преко одбијања да се примене вредности усвојене у другим околностима и креиране од стране других субјеката. Описани феномен посебно је чест у индустрији софтвера. *Mutatis mutandis*, код самоиницијативне понуде могуће је да јавни сектор поступа на овај начин одбацујући без дубљих анализа предлог приватног партнера. Наведена околност могућа је у свим државама, а посебно онима у којима прелаз из државна контролисана у стабилну и регулаторно перфектуирану тржишну привреду није до краја окончан. Критике и бојазан могу се отклонити одговарајућим институционалним и правним оквиром контроле остваривања ЈПП концепта. *In concreto*, негативан став јавног партнера према самоиницијативном предлогу (који је најчешће праћен негативним ставом према ЈПП концепту начелно) амортизује се *ex ante* усаглашавањем самоиницијативног предлога са околностима конкретног случаја уз рефлектовање релевантног правног, социјалног и политичког оквира (у коме се ЈПП пројекат има реализовати) у елементима предлога. Видети излагање *infra* у тач. 4. дела III овог рада.

16 О ризицима код ЈПП партнерстава видети више у: Jeffrey Delmon, *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk*, 2. edition, Kluwer Law International, 2009, стр. 155–193. Правилно разумевање економског ризика зах-



На овом месту указује се на чињеницу да је политичка сензитивност важна одлика јавно-приватног партнерства. Наиме, располагање јавним ресурсом у корист приватног актера под паском је политичке јавности, јер се њиме у корену разара концепт заснован на монопољу јавних предузећа. Политичка сензитивност се у пуној снази рефлектује кроз појачани притисак на јавног актера који одлучује о прихватању самоиницијативног предлогу.

Одговор на наведени притисак захтева политичку храброст и експертизу. Сама одлука о самоиницијативном предлогу (као и у случају ЈПП пројеката генерално) мора бити донета на основу објективне анализе. У том смислу, политичка храброст мора бити праћена деполитизованим (експертским) аргументима. Посматрано на наведени начин, добра одлука о ЈПП партнерству је и одлука да се не приступи реализацији конкретног пројекта, уколико је таква одлука заснована на рационалним разлозима.<sup>17</sup>

Приватни актер мора да кроз садржину и структуру самоиницијативног предлога обезбеди довољно елемената за оправдање одлуке јавног актера о прихватању предлога. Ово оправдање основ је за тражење шире подршке јавности. Наведени приступ приступ заснован је на „златном правилу“ јавно-приватних партнерстава које гласи: што је шири круг субјеката који имају непосредну корист од ЈПП пројекта, то је политички притисак мањи. Описано правило имплементира се на различите начине. На пример, уколико се ради о пројекту изградње и обнове водоводне мреже, било би корисно да у анализу услова његове реализације буду укључени грађани на чији положај и интересе пројекат утиче. Такође, уколико пројекат ЈПП ангажује потенцијално интересе локалне пословне заједнице, њено укључивање у реализацију пројекта значило би за позитивну перцепцију јавно-приватног партнерства у средини у којој се спроводи (под условом да је то укључивање у оквирима могућег, и без угрожавања одрживости пројекта). Такође, јавно-приватно партнерство има потенцијал генерисања отпора запослених у јавном предузећу које се „функционално приватизује“ и чије деловање се наставља кроз ЈПП (ово је у Србији вероватна констелација, имајући у виду да је процес приватизације стигматизован). Сагледавање, већ у фази припреме самоиницијативног предлога, потреба радника запослених у јавном сектору, може да елиминира потенцијалне тешкоће и обезбеди подршку пројекту.

тева деполитизацију анализе, односно излазак политичких првака из замке „хоризонта од четири године“ (изборног периода). Видети више у: П. Цветковић, С. Средојевић, *нав. дело*, стр. 45–46.

17 *Ibid.* Видети више и у: П. Цветковић, Т. Миленковић-Керковић, *нав. чланак*, стр. 760 *passim*.

## 2. Економски услов успеха самоиницијативног предлога

Економски услов успешности реализације ЈПП пројекта (укључујући и ЈПП пројекат који се има реализовати у складу са самоиницијативним предлогом) оличен је у одрживости пројекта посматраној кроз визуру начела оптималног односа квалитета услуге или делатности, са једне, и уложених средстава, са друге стране (енг. „*value for money*“ принцип). Закон о ЈПП предвиђа да предлог ЈПП пројекта мора да садржи, између осталог, и „пословни план, укључујући услове ЈПП, процену трошкова и анализу добијене вредности у односу на уложена средства („*value-for-money*“, у складу са Методологијом коју доноси Комисија за ЈПП)...“.<sup>18</sup> Описана методологија требало би да обезбеди инструменте за објективну анализу одлуке јавног актера о оправданости прихватања самоиницијативног предлога.

## 3. Правни услов успеха самоиницијативног предлога

Парадигматичан пример правног услова чије је испуњење неопходно за успех самоиницијативног предлога јесте да аутор предлога располаже или контролише права интелектуалне својине на концепту пројекта и неопходним технологијама његове реализације. Овај је услов карактеристичан за ЈПП пројекат, имајући у виду пре свега чињеницу да компанија која подноси самоиницијативни предлог промовише сопствени концепт са тврдњом да користи нове технологије и технике (нпр, инжињерски „*know how*“ за градњу путева са дужим роком трајања или нову методу пречишћавања отпадних вода). Аргумент за инсистирање на самоиницијативном предлогу приватни партнер заснива на чињеници да спровођење јавне набавке применом других „такмичарских“ поступака (који предвиђају учешће других приватних актера) елиминише његову „конкурентску предност“ (еманирану кроз „новум“ технолошког и/или техничког решења, односно концепта).

На овом месту ваља указати на следеће: апсолутна „новост“ коришћене технологије није без изузетка и увек пожељна карактеристика ЈПП пројекта. Финансијер (један од модалитета иступања приватног партнера)<sup>19</sup> у одређеним ситуацијама подржаће искључиво технологију која је доказана у пракси и са потенцијалом да остане конкурентна у области којој припада пројекат ЈПП. Тиме се елиминише могућност да коришћена технологија током (у случају ЈПП по прави-

18 Видети: чл. 27 ст. 1 тач. 2 Закона о ЈПП. Нацрт методологије о добијеној вредности у односу на уложена средства доступан је на адреси: [http://www.bep.rs/documents/c1/ppp/Nacrt%20Metodologije\\_Draft%20VfMM\\_PPP.pdf](http://www.bep.rs/documents/c1/ppp/Nacrt%20Metodologije_Draft%20VfMM_PPP.pdf), 1.4.2013.

19 Видети *supra* напомену 2 овог рада.

лу дугорочног) рока експлоатације постане превазиђена. У описаној ситуацији „превазиђености“, производ ЈПП пројекта у моменту „истека технолошког века“ опреме постаје неконкурентан на тржишту, јер га ценом потискују јефтинији производи истоветних карактеристика (на пример, уколико је у области прераде електронског отпада уследио развој технологије на начин који смањује цену по јединици производа, пројекат прераде таквог отпада постаје нерентабилан). Тада постоји ризик да у преосталом року експлоатације ЈПП пројекат (после истека технолошког века коришћене технологије) не генерише планирану добит или чак забележи губитак. Из описаних околности произилази закључак да финансијер, у процесу „условљавања“ подршке пројекту ЈПП, мора да нађе равнотежу између: захтева сигурности (да се ради о доказаној технологији) и захтева технолошке оправданости („технолошки век“ коришћене опреме не сме истећи пре него што се отплате средства која је финансијер уложио у пројекат ЈПП, тачније, не сме бити на горњој граници технолошког века).

Управо у горе наведеном лежи потреба за ЈПП пројектима заснованим на самоиницијативном предлогу: овај институт требало би да каналише иновативне предлоге који се (што се из горе наведеног закључује) отежано финансирају (због објашњеног интереса финансијера да подржавају пројекте засноване на провереним технологијама). Самоиницијативни предлог опција је иновативног приватног партнера који је уверен у његов успех у мери у којој је спреман да сам учествује у припреми и сношењу (по правилу високих) трошкова припреме пројекта. Описана карактеристика правда коришћење и паралелно постојање самоиницијативног предлога и конкурентског дијалога као модалитета избора приватног партнера. Оба поступка требало би да обезбеде да тржишно оријентисани начин размишљања, заснован на принципу остваривања највишег могућег нивоа добити, буде коришћен у циљу реализације јавног интереса (као конститутивног елемента јавно-приватног партнерства).<sup>20</sup> Међутим, док је конкурентски дијалог инструмент којим јавни партнер „тражи“ најбоље решење за

20 Конститутивни карактер јавног интереса заснован је на опредељењу Закона да је јавно-приватно партнерство „дугорочна сарадња између јавног и приватног партнера ради обезбеђивања финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја и пружања услуга од јавног значаја, које може бити уговорно или институционално“ (чл. 7 ст. 1 Закона). Дикција је закона да предмет ЈПП не може бити искључиво комерцијално коришћење добра у општој употреби („Битни елементи јавно-приватног партнерства односе се на: 1) предмет ЈПП, који не може бити искључиво комерцијално коришћење добра у општој употреби или другог добра“; чл. 7 ст. 2 тач. 1 Закона). Елемент остваривања јавног интереса је, дакле, конститутиван за постојање ЈПП: без тог елемента, пројекат није ЈПП у смислу Закона о ЈПП и концесијама. За остварење таквог пројекта (комерцијалног, без реализације јавног интереса), јавно

свој пројекат кроз „дијалог“ етаблираних приватних актера и њихових проверених технологија,<sup>21</sup> самоиницијативни предлог отвара простор за квалитативне искорак у реализацији јавног интереса: тиме се приватни сектор стимулише на иновативност, свеж приступ и размишљање „изван кутије“. Корист од оваквог приступа тиме се „дели“ са јавним сектором. У описаној чињеници лежи шири социјални и друштвени значај самоиницијативног предлога.

Иновативност самоиницијативног предлога мора бити праћена стварањем „додате вредности“ у контексту квалитета решавања одређеног питања од јавног интереса.<sup>22</sup> „Додата вредност“ мора бити јасно описана и препознатљива за јавног актера, при чему облици ове „вредности“ могу варирати. На пример, код самоиницијативног предлога за побољшање квалитета даљинског грејања, појавни облик „додатне вредности“ је смањење трошкова грејања (економска, мерљива „вредност“), али и ширење топловодне мреже (што је политичка „додата вредност“ за јавног актера).<sup>23</sup>

#### 4. Услов елиминације конкурентске предности

Закон о ЈПП предвиђа да се, након прихватања самоиницијативног предлога, спроводи „редован“ поступак предвиђен Законом о ЈПП (и Законом о јавним набавкама, када постоје услови његове примене),<sup>24</sup> уз изричиту одредбу да предлагач има право да учествује у поступку доделе уговора ако његово учешће у припреми предлога пројекта не нарушава конкуренцију. Уколико је нарушавање могуће, јавно тело свим другим заинтересованим лицима или понуђачима обезбеђује све информације потребне да се неутралише таква предност. У случају немогућности „неутрализације“, предлагач се искључује из поступка доделе јавног уговора.<sup>25</sup> Практична примена наведених одредби ЈПП свакако ће креи-

тело (влада, локална самоуправа и сл.) може користити друге правне инструменте (нпр. уговор о закупу), који, међутим, остају изван оквира примене Закона о ЈПП.

21 Више о конкурентском дијалогу видети *supra* у напомени 11 овог рада.

22 Видети: А. Degenkamp, *нав. дело*, стр. 6.

23 Корист јавноправних актера није мерљива као што је то случај са добитком од економске делатности. На политичком „тржишту“ (што јесте место где се остварује „циљ“ јавноправног актера) не делује егзактно дефинисан закон понуде и потражње. Стога се остваривање циљева јавног сектора базира на активностима и радњама за које постоји претпоставка да ће обезбедити реалан напредак у обиму и квалитету остваривања јавног интереса. Видети више у: П. Цветковић, Т. Миленковић-Керковић, *нав. чланак*.

24 Видети *supra* напомену 5 овог рада.

25 Видети: чл. 19 ст. 5-7 Закона о ЈПП.

рати контроверзе с обзиром на радикалну санкцију искључења предлагача из поступка у случају немогућности елиминисања конкурентске предности. У том би случају предлагач свакако имао право на надокнаду средстава уложених за израду пројекта (као да је изгубио у такмичарском поступку доделе јавног уговора).

Искуства држава које имају традицију у пројектима ЈПП показују да неутралисање конкурентске предности захтева професионалну администрацију и развијену пословну етику. Када се ради о државама о транзицији, као што је Србија, самоиницијативни предлог требало би користити опрезно, уз уважавање чињенице да ће управо наведени институт вероватно бити једина могућност да поједина јавна тела (попут локалних самоуправа) која не располажу потребним капацитетима и знањима, учествују у пројектима јавно-приватних партнерстава. Амортизација конкурентске предности суштински би се имала спровести *ex ante*, у поступку припреме самоиницијативног предлога. Штавише, ова амортизација је пре задатак приватног, него јавног актера. Наиме, у контексту самоиницијативног предлога, амортизација конкурентске предности захтева да приватни партнер уђе у „одело“ јавног актера и користећи „абдуктивни“ метод закључивања<sup>26</sup> креира предлог који доприноси реализацији јавног интереса (уз истовремено остваривање лукративног циља; тиме се креира еквилибријум јавног и приватног интереса).

Подстицај приватном актеру за горе наведено поступање је јасна, транспарентна и динамична политика развоја инфраструктуре и заштите јавног интереса у обављању делатности и пружања услуга од јавног значаја („*policy window*“).<sup>27</sup> Суштински, самоиницијативни предлог требало би да изгради нови простор за такву подршку, чак и када јавни актер не препознаје потребу или сматра неостварљивим напредак у одређеној

26 Абдуктивно закључивање, за разлику од индуктивно-дедуктивног метода, закључак доноси на основу „најбољег објашњења“ односно на основу „принципа заједничког узрока“. Видети више у: Александра Зорић, „Реализам и закључак на најбоље објашњење“, *Theoria*, бр. 2/2009, стр. 39, рад доступан на <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0351-2274/2009/0351-22740902037Z.pdf>, 1.4.2013. Степен поузданости абдуктивног закључка никада није апсолутан, односно може бити више или мање вероватан (типичан пример абдуктивног закључивања је медицинска дијагностика). *Mutatis mutandis*, у случају самоиницијативног предлога приватни партнер требало би да абдуктивно размишља – „уђе“ у „вредносни систем“ јавног партнера (заснован на политичком, економском, социјалном, правном, историјском, географском и другим дискурсима), те да на тако добијеним закључцима заснује елементе сопственог предлога. Циљ описаног закључивања је да се самоиницијативни предлог учини прихватљивим за јавног партнера и у крајњем отвори простор за политичку подршку реализацији пројекта заснованог на таквом предлогу.

27 Видети *supra* напомену 14. овог рада.

области од јавног интереса. Управо је у томе снага самоиницијативног предлога као конструкције која (за разлику од других метода избора приватног партнера, пре свега путем конкурентског дијалога) не користи постојеће политичке, економске и социјалне приоритете и циљеве, већ има потенцијал подршке јавном актеру да препозна иновативне методе за остваривање јавног интереса.

**Predrag N. CVETKOVIĆ, PhD**

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Niš

**Srđan GOLUBOVIĆ, PhD**

Professor at the Faculty of Law University of Niš

## UNSOLICITED PROPOSAL AS AN INSTRUMENT OF IMPLEMENTATION OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP

### Summary

*Unsolicited proposal (hereinafter also “Proposal”) is the institute which strengthens the ability of public bodies to implement projects at the initiative of private actors. The proposal contains an original solution developed by the private sector for the regulation of matter of public interest. Proposed solution must possess demonstrable “added” value in the implementation of such interest. The success of the proposal depends on the fulfillment of economic, legal and political preconditions, including an explicit requirement of eliminating the competitive advantage of the proposal’s author in relation to other potential private partners. The elimination of abovementioned advantage has to be conducted ex ante, in the preparation phase of the proposal. During this phase a private actor should use abductive reasoning in order to anticipate the system of values immanent to the public partner (and to structure the proposal in accordance with the values as established as the result of such anticipation). Had this be the case, the institute of unsolicited proposal should have justified its existence: the channeling of private sector’s innovative solutions which are able to provide qualitative breakthrough in the field of realization of public interest.*

**Key words:** *public-private partnership, unsolicited proposal, the public interest, asymmetry of information, abductive reasoning.*