

Предраг Цветковић ***

ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРНЕРСТВО КАО ОКВИР УСКЛАЂИВАЊА ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ ИНТЕРЕСА: МЕТОДОЛОШКА РАЗМАТРАЊА

doi: 10.7251/GPF1404009C

Изворни научни чланак

***Апстракт:** Усклађивање јавног и приватног сектора засновано је на претпоставкама које условљавају примену одређених методолошких приступа. У структури одрживог баланса јавног и приватног интереса у оквиру ЈПП-а постоје две компоненте: статичка и динамичка. Статичка компонента огледа се у политичкој сензитивности пројекта и потреби да својим циљевима, обимом, ангажованим субјектима и општом перцепцијом у јавности, пројекат буде у складу са правнополитичким и економским приоритетима јавног актера. Динамичка компонента баланса јавног и приватног интереса, пак, огледа се у потреби њиховог*

* Проф. др Предраг Цветковић, Правни факултет Универзитет у Нишу, pericvetkovic@gmail.com

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.

** 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.

усклађивања не само *ex ante* (пре почетка реализације пројекта), већ и током трајања реализације конкретног ЈПП-а. Кроз методолошки дискурс посматрано, јавни и приватни интерес усклађују се кроз промену парадигме односа јавног и приватног, те имплементацију принципа „комуникативне рационалности“. ЈПП пројекте јавни интерес по правилу чини економским, социјалним и, консеквентно, политичким императивом. У томе лежи важност адекватно структурираног и одрживог односа јавног и приватног интереса.

Кључне речи: јавно-приватно партнерство; асиметрија информација; некомплетни споразум; комуникативна рационалност; епистемолошка легитимација.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Јавно-приватно партнерство (даље и: „ЈПП“) оквир је за решавање тензије између јавног и приватног сектора, а у циљу подизања квалитета остваривања јавног интереса. Одговорни јавно-правни 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. Са друге стране, наведена хијерархијска константа не сме бити у функцији остваривања крипто-монопола јавних тела над делатностима од општег интереса: приватни сектор има право на остваривање свог интереса, на начин који је комплементаран и конвергентан јавном интересу.¹

За разумевање правног режима ЈПП-А важно је поћи од претпоставке да јавни сектор постаје „партнер“ приватног и *vice versa*: образац понашања се, дакле мења од „владања“ (иманентног јавном сектору) према „управљању“ (доминантног у приватном

¹ Тирић, Александар и Цветковић, Предраг. *Јавно-приватно партнерство између „хијерархијске константе“ и „нове етике“ друштвених односа* (2012), Београд, 618-627.

сектору).² Концепт ЈПП-а требало би да омогући улазак приватног капитала и остваривање приватно профилисаног интереса кроз делатност у јавном домену вршења услуга и обављања делатности од јавног интереса. Циљ настанка јавно-приватног партнерства је у тражењу користи за обе категорије учесника. Јавноправни субјекти имају за циљ остваривање социјалног благостања и квалитета живота кроз побољшање нивоа и квалитета услуга од јавног интереса и изградње инфраструктуре. Циљ приватноправних учесника је економска корист од сопствене активности. Ваља напоменути да 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. При томе, приватни интерес остаје субординиран јавном: примарни циљ ЈПП-а је остваривање вишег нивоа ефикасности вршења делатности од јавног интереса, уз уважавање социјалних, политичких и економских околности и услова од којих зависи перцепција успешности јавног сектора.³ Реализација описаног приступа захтева усклађивање јавног и приватног интереса, у крајњем у корист остваривања јавног добра.

Мера успеха усклађивања јавног и приватног интереса утврђује се, у стварности, кроз консеквенце које ЈПП пројекат има не искључиво на интересе укључених јавних и приватних актера, већ на интересе „треће стране“: корисника услуга јавног сектора. Описани баланс није увек очигледан. Његово остваривање зависи

² О појму и дефиницији ЈПП-а видети више у: Цветковић, Предраг и Миленковић-Керковић, Тамара. *Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања*, Београд (2011), 758-770.

³ Јавно-приватно партнерство има првенство за циљ остваривање користи за ширу заједницу. Ови интереси имају супермацију над партикуларним интересима. Jeffares, Stephen, Sullivan Hellen and Bovaird, Tony, *The Challenge of evaluating the performance(s) of public-private partnerships*, in *Rethinking Public Private Partnerships: Strategies for Turbulent Times*, London, (2013), 188-211.

од одређених методолошких претпоставки и критеријума. Те претпоставке и критеријуми предмет су овог рада.

2. БАЛАНС ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ ИНТЕРЕСА: СТАТИЧКА И ДИНАМИЧКА КОМПОНЕНТА

У структури одрживог баланса јавног и приватног интереса у оквиру ЈПП-а постоје две компоненте: статичка и динамичка.

Статичка компонента огледа се у политичкој сензитивности пројекта и потреби да својим циљевима, обимом, ангажованим субјектима и општом перцепцијом у јавности, пројекат буде у складу са правнополитичким и економским приоритетима јавног актера. Описана „статика“ ЈПП пројекта подразумева контролу негативних „екстернализација“ пројектног резултата (нпр. утицај на екологију или јавно здравље) еколошка подобност, јавно здравље), контролу уласка приватног сектора у јавни домен, уз посебан акценат на остваривању начела „једнакости могућности“ за приватне актере и избегавање крипто-монопола.

Динамичка компонента баланса јавног и приватног интереса, пак, огледа се у потреби њиховог усклађивања не само *ex ante* (пре почетка реализације пројекта), већ и током трајања реализације конкретног ЈПП-а. Наведена компонента рефлексија је „асиметричност информација“ као важне карактеристике ЈПП концепта.⁴ 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, пак, у асиметрији са знањем приватног актера, који у одсуству транспарентних и доступних података о квалитету инфраструктуре одустаје од провере инфор-

⁴ Цветковић, Предраг и Голубовић, Срђан. *Самоиницијативни предлог као инструмент реализације јавно-приватног партнерства*, Београд (2013),476-490.

мација о карактеристикама и структури постојећих објеката или подручја (земљишта, природних ресурса) на којима се ЈПП пројекат реализује.

Са друге стране, асиметричност информација у корист приватног актера заснована је на чињеници његове „експертске“ (епистемолошке) легитимације. Наиме, приватни актер, за разлику од јавног (при чему је недостатак експертизе 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 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. При томе је основни циљ и јавноправних и приватноправних актера да „морални хазард“ који преузимају буде смањен на најмању могућу меру, ако не и елиминисан. „Морални хазард“ на страни јавноправних субјеката огледа се у поверењу да ће актер из приватноправног сектора тежити остваривању јавног, а не искључиво приватноправног интереса. Приватноправни субјект, пак, делује у уверењу да ће бити третиран равноправно у партнерству усмереном ка остваривању јавног интереса, при чему ће његов приватни

интерес бити уважаван у мери у којој служи остваривању, таквог, јавноправног интереса. Степен испуњења наведеног циља јесте и мера за квалификовање правног оквира ЈПП-а као одговарајућег или нефункционалног.

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). Знању 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 „ексклузивно знање“ јавног актера.⁵

Флексибилност правног оквира као динамичка компонента структуре ЈПП-а неопходна је како би се отворио простор за управљање пројектом уз асиметричност информација. У наведеној динамичкој компоненти (креирање тржишне стратегије, пословни приступ, предузетнички начин размишљања) лежи:

-потенцијал да јавни интерес и „хијерархијска константа“⁶ буду стављени у други план, уз могућу неправичну дистрибуцију користи од пројекта пре свега на штету трећих лица (корисници јавних услуга),

-могућност да се користе техничка експертиза, предузетничко знање и капитал приватног сектора.

⁵ „Некомплетност“ споразума може се превазићи коришћењем одговарајућих, у међународноправним односима заснованим на страним инвестицијама прихваћених и верификованих метода, попут клаузуле поновног преговарања. Цветковић, Предраг. *Међународно право страних инвестиција*, Београд, (2007), 138

⁶ Видети *supra* излагање у тач. 1.

Одговарајући баланс требало би да оствари равнотежу између заштите од наношења штете јавном интересу, са једне, и коришћења потенцијалних позитивних утицаја уласка приватног сектора у јавни домен. Правни израз баланса јавног и правног интереса у оквиру ЈПП-а требало би да се фокусира на однос четири компоненте: ефикасности, ефективности, легитимности и правичности.⁷ Кључна тачка таквог баланса јесте равнотежа између ефикасности и ефективности, са једне, те легитимности и правде, са друге стране. Равнотежа између ова два „блока“ карактеристика даје основ за квалификацију ЈПП-а као пројекта са балансираним јавним и приватним интересима.

3. МЕТОДОЛОГИЈА УСКЛАЂИВАЊА ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ ИНТЕРЕСА

Јавни интерес се реализује кроз различите форме. Са друге стране, чини се да је важно да се ЈПП пројекат спроводи имајући у виду циљеве не само конкретног подухвата, већ и његове улоге за реализацију ширих правнополитичких циљева. Описано питање не би било неуралгично да се не ради о циљевима који могу да буду контрадикторни. Хијерархија циљева ЈПП-а стога представља путоказ за решавање овог питања. Ови циљеви се разликују с обзиром на актере. Јавни актер има за циљ: правичност, једнакост, доступност услуге. Приватни актер има за циљ остваривање економске ефикасности у смислу остваривања профита. Описане групе циљева не морају неопходно да буду контрадикторне. Наиме, са ширег друштвеног аспекта посматрано, реализација ефикасне јавне услуге свакако је „додата вредност“ коју ЈПП пружа. Ипак, јавни актер има и социјалну функцију да обезбеди доступност (стварну и економску) услуге трећим лицима, односно корисницима услуга и добара из јавног сектора. Хијерархијски ове циљеве није једноставно поставити, с обзиром на проблем асиметрично-

⁷ Heldeweg, Michael. *Legal Design of Smart Rules and Regimes: Regulating Innovation*, in Heldeweg/Kica (eds.), *Regulating Technological Innovation. A Multidisciplinary Approach*, Hershey (2011), 37.

сти информација и инхерентну флексибилност ЈПП пројекта и његовог окружења (флексибилност која не би смело да прерасте у не-сигурност).⁸ Ови се интереси галванизују и остварују кроз одређене методолошке приступе. На овом месту биће изнета два метода: промена парадигме односа јавног и приватног, те имплементација принципа „комуникативне рационалности“.

3. 1. Однос јавног и приватног интереса: промена парадигме

Напор дефинисања и усклађивања јавног и приватног интереса кроз ЈПП подразумева коришћење и уважавање одређеног методолошког приступа, на начин који омогућава ефикасну и стварну реализацију легитимног и правно нормираног јавног интереса уз уважавање једнако легитимних права приватних актера. Карактеристике односа јавног и приватног сектора у овом делу јесу следеће:

а. *Промена парадигме у правцу промовисања „холистичког“ (целовитог) приступа:* наиме, приватни и јавни интерес имају се посматрати не као партикуларни субјекти, већ као елементи чији су интензитет и смер остваривања делови динамике ЈПП-а као целине (динамике која није условљена само интересима јавног и приватног актера, већ и трећих лица-корисника услуга, потом широм политичком констелацијом, економско-социјалним окружењем и слично). Суштински, ради се о разумевању ЈПП-а као дијалога приватног и јавног сектора. Дијалог може бити успешан уколико:

-приватни сектор искорачи из модела стриктно економског размишљања заснованог на трошковима и користима;

-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 нивоа остваривања јавног интереса.

⁸ Dekel, Omer *The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts* (2008), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1391182. 20. септембра 2013.

б. *Примена парадигме абдуктивног закључивања 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.“⁹ 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 ЈПП-а, приватни партнер требало би да абдуктивно размишља и „уђе“ у „вредносни систем“ јавног партнера (заснован на политичким, економским, социјалним, правним, историјским, географским и другим дискурсима) те да на тако добијеним закључцима заснује елементе сопственог предлога. Циљ описаног закључивања је да се понуда приватног партнера учини прихватљивом за јавног партнера и у крајњем отвори простор за политичку подршку реализацији пројекта заснованог на таквом предлогу.

ц. *Предност парадигме знања (засноване на епистемолошком приступу) над парадигмом хијерархијске или економске моћи (усклађивање јавног и приватног интереса засновано на структури и интензитету преговарачке “моћи” и позиције јавног и приватног актера)*. Описана предност последица је чињенице да код ЈПП-а стране не дефинишу сопствене интересе искључиво кроз сопствену преговарачку снагу. Због чега? Одговор лежи у чињеници да је институт ЈПП делом заснован на абдуктивном закључивању¹⁰, а да су модалитети његове реализације условљени асиметријом информација (што узрокује “некомплетност уговора”).¹¹ Управо асиметричност информација (која укључује некомплетност уговора), активира, барем у једном делу, потенцијал крипто-алеаторног карактера ЈПП споразума: наиме, “снага” једног или другог актера код ЈПП-а је променљива категорија зависна

⁹ Зорић, Александра. *Реализам и закључак на најбоље објашњење*, (2009) 37-52, рад доступан на <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0351-2274/2009/0351-22740902037Z.pdf>, 20 маја 2013. године, страна 39.

¹⁰ Видети излагање *surra* у овој тачки под ц).

¹¹ Видети излагање *surra* у делу 2 овог рада.

од околности које се генеришу током реализације самог споразума. Крипто-алеаторност се отклања одговарајућом алокацијом ризика, при чему је та алокација адекватна у мери у којој је епистемолошка компонента валидна (односно, у мери у којој је знање о ризицима, карактеристикама и потенцијалном учинку пројекта доступно и поуздано).

Питање одговарајуће и уравнотежене поделе ризика кључно је за успех конкретног пројекта. Висок ниво ризика је „одвраћајући“ фактор за ЈПП (осим уколико нису посредни шпекулативни пројекти који не зависе од економских већ од других чинилаца попут тајне/ приватне информације која одређује успех или неуспех пројекта, односно друштвено непожељна стања – корупција, монополи). Прерасподела ризика подразумева да ризици буду: препознати и анализирани; њихов утицај измерен; алоцирани/распоређени и елиминисани смањени. Приликом прерасподеле ризика, начелно је правило да успех пројекта ЈПП претпоставља да се ризик усмери на учесника који има: могућност и интерес да отклони или смањи вероватноћу наступања ризика, односно елиминише његове последице; ресурсе (технолошке, економске, експертске, политичке) да у најкраћем року и уз најмање могуће трошкове одговори на појаву или опасност настајања конкретног ризика.¹²

Адекватно структурирана процедура требало би да омогући да јавни партнер користи знања приватног партнера већ у фази структурирања пројекта (јер често јавни партнер зна шта жели од пројекта, али не и како то да оствари). Са друге стране, приватни партнер добија могућност приступа информацијама и ресурсима који су у надлежности јавног партнера (лакша комуникација са административним телима, подаци о потенцијалу за пружање услуге или обављање делатности од јавног интереса и слично).

д. Промена парадигме интеракције јавног и приватног партнера огледа се у следећем: уместо стандардизоване интеракције

¹² Цветковић, Предраг и Средојевић, Слађана, *Јавно-приватно партнерство: приручник за спровођење на нивоу локалне самоуправе*, Издавач Стална конференција градова и општина – Савез градова и општина Србије, Београд, (2012) 65- 67 passim.

јавног и приватног сектора, однос јавног и приватног актера помера се у правцу транслативног односа.¹³ Наиме, стандардизована интеракција између јавног и приватног актера подразумева однос који је базиран на мерљивим односима заснованим на јасно дефинисаним односима тржишта, односно понуде и тражње. Таква интеракција постоји, нпр. код јавних набавки (без елемента ЈПП-а), где нема асиметрије информација нити, консеквентно с тим, потребе за абдуктивним закључивањем. Са друге стране, транслативна интеракција (транслативна у смислу преноса знања) постоји у случају ЈПП-а у следећој форми: јавни актер зна карактеристике објекта и функционалност објекта (односно циљ који се ЈПП пројектом има остварити), али не и начин како то да оствари. У позиву приватном сектору, јавни актер тражи од приватног да му обезбеди одређену функционалност; од приватног актера се не тражи да изврши тачно одређену услугу (на пример, изградњу одређеног објекта). Такав захтев не би обезбедио јавном актеру учинак који очекује од пројекта, већ би добио објекат без даљих гаранција резултата. Кроз понуду коју приватни актер даје јавном, јавни актер се упознаје са начином обезбеђења функционалности објекта и тиме се транслатује знање од приватног ка јавном актеру.

Типичан пример описаног усклађивања интереса јавног и приватног сектора кроз описане промене „парадигми“ јесте институт „конкурентског дијалога“ (е. „Competitive Dialogue Procedure“). Наведена процедура предмет је регулисања новог Закона о јавним набавкама Републике Србије (видети чл. 37. Закона о јавним набавкама, („Сл. гласник“ бр. 124/2012; на конкурентски дијалог изричито упућује Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, „Сл. Гласник“ бр. 88/2011“ у члану 23. ст. 2. тач. 2) и усклађен је са правилима релевантних директива ЕУ. Намењен је за спровођење сложених јавних набавки. У контексту ЈПП концепта, јавни актер користи овај поступак када због недостатка логистике и/или екс-

¹³ Holma, Anne-Maria, Vesalainen, Jukka, Mäkinen, Eija, Vartiainen, Pirkko, *Developing Partnership in Public Procurement of Service*, University of Vaasa Work-in-progress, рад доступан на <http://impgroup.org/uploads/papers/8042.pdf>, 20. новембра 2013, 4.

пертизе 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.¹⁴

3. 2. Метод комуникативне рационалности

Важна претпоставка за успех ЈПП-а је обезбеђење такозване комуникативне рационалности (е. “*communicative rationality*”). Описани приступ подразумева да стране теже узајамном дијалогу који је усмерен на изналажење одговарајућег решења. Комуникативна рационалност кованица је немачког филозофа Јиргена Хабермаса (Jürgen Habermas) и суштински значи дискусију кроз аргументе, без хијерархијске присиле, уз узајамно разумевање као основ трагања за „бољим“ решењима. Тиме се формира рационалност која је базирана на контексту и ставовима различитих субјеката (елемената социјалних група). Комуникативна је рационалност саморефлективна и кроз њу учесници уче један од других (мада потичу из различитих дискурса). За ЈПП је посебно важан напред

¹⁴ О конкурентском дијалогу видети више у: Tvarnø, Christina D Editor, *Public-Private Partnerships: An International Analysis-from a Legal and Economic Perspective*, Copenhagen Business School, (2010), доступно на адреси: <http://unpcdc.org/media/142722/ppp%20book%5B1%5D.pdf>. 19. априла 2013. 163-173.

наведени аспект, имајући у виду да ЈПП промовше холистички приступ и потребу стварања новог квалитета у пољу пружања услуга и делатности од јавног интереса. Стога комуникативна рационалност подразумева и одређену нову, нормативну вредност. У томе лежи основна разлика између комуникативне рационалности и инструменталне рационалности: последња је циљно оријентисана, усмерена ка тачно дефинисаној сврси (при чему је нормативни елемент инкорпориран и статичан). Пример такве инструменталне рационалности у контексту јавних услуга је поступак јавних набавки (за пројекте без елемената ЈПП-а).¹⁵ Ради се о дијалогу који је усмерен на усаглашавање различитих мишљења, а не о расправи у којој неко тежи да наметне своје мишљење.¹⁶ Претпоставка овог процеса је транспарентност и правичност процедуре.¹⁷ Уместо да се инсистира на унапред дефинисаним преференцама јавног и приватног актера (које су релативне валидности и важности, с обзиром на асиметричност информација и немогућност предикције свих околности ЈПП пројекта), комуникативна рационалност служи за детектовање отворених питања, генерално дефинисаних циљева и области са потенцијалом конфликта. Кључни циљ описаног приступа је да се промовише дијалог као средство креирања иновативног решења у складу са узајамним интересима страна. Основни механизам остваривања комуникативне рационалности је механизам подстицаја, у смислу економског подстрекача. Ове подстицаје јавни партнер ретко ће обезбедити *ex ante*, пре него што добије јасну понуду приватног партнера. Подстицаји могу да уследе уколико током дијалога јавни партнер транслативно¹⁸ стекне знање о карактеристикама пројекта које заслужују економску подршку. Реч је о реализацији принципа „комуникативне рационалности“

¹⁵ Jürgen Habermas, *Theory of Communicative Action*, trans. Thomas McCarthy, Boston: Beacon Press (1984), 18 passim.

¹⁶ Бом, Дејвид, *О дијалогу*, Наклада Јесенски, Загреб (2009), 23.

¹⁷ Göpel, Маја. *Gleiche Interessen? Vom Etikettenschwindel in Public-Private Partnerships*,

рад доступан на адреси http://www.gigahamburg.de/sites/default/files/openaccess/nordsuedaktuell/2003_1/giga_nsa_2003_1_goepel.pdf, 20. новембра 2013.

¹⁸ Видети излагање *supra* у тач. 2.1. под д).

кроз размену информација изналажење иновативног и узајамно прихватљивог решења за јавног и приватног актера. Наиме, подстицаји служе за превазилажење тзв. „hold up“ проблема: ситуације у којој је формално могуће да јавни партнер „замени“ постојећег приватног партнера (чијим је радом незадовољан). Ипак, он то не чини, јер су трансакциони (политички, економски) трошкови замене такви да уместо тражења новог партнера (што је правило у класичним уговорним односима), јавни партнер субвенционише приватног. Разлог оваквог понашања лежи у чињеници да објекти инфраструктуре (нпр, постројења за водоснабдевање) немају алтернативну употребну вредност (е. „*asset specific investment*“). Тржишна вредност инвестиције условљена је њеном функцијом инфраструктурног постројења. У одсуству такве функције (на пример коришћење ценовода за дистрибуцију воде) вредност инвестиције је ниска, а за инвеститора готово занемарљива. Описана околност, сагледана у светлу чињенице да се објекат по истеку рока трајања пројекта ЈПП враћа јавном партнеру, условљава следеће: приватни партнер ће тежити да активношћу и приходом пре свега покрије своје трошкове (врати кредит и оствари профит), али не и да повећава вредност инвестиције. Такав интерес он нема, с обзиром да корист од повећања вредности инвестиције по окончању пројекта ЈПП прелази у својину јавног партнера. То може да угрози остварење сигурности и квалитета јавне услуге: може се десити да по истеку рока коришћења постројења настану трошкови одржавања, замене или оправке који су високи јер у претходном периоду приватни партнер није довољно улагао у ове активности (разлог за изостанак инвестирања је што та улагања не би користила њему, већ јавном партнеру у чију својину објекат прелази по престанку уговора на коме је пројекат заснован). Наведена ситуација може се избећи следећим уговорним одредбама:

- гаранцијама приватног партнера за функционисање после одређеног рока или ангажовањем приватног партнера да одржава објекат и по истеку одређеног периода времена;
- субвенционисањем дела трошкова, с тим што субвенцију, да

би била подстрек приватном партнеру да улаже у одржавање и унапређење пројекта, треба учинити зависном од квалитета вршења услуге (код водоснабдевања, нпр, дефинисањем потребног квалитета воде, кубикаже и сл.); у супротном, безусловна (или лоше „условљена“) субвенција навешће приватног партнера да обавља делатност без икаквог подстицаја да одржи тражени и потребни квалитет. Тиме се ствара терет и извор политичке одговорности за јавног партнера, а резултат ће бити директно супротан основном разлогу привлачења приватног партнера: виши ниво квалитета и ефикасности вршења јавне услуге.

4. КРИТЕРИЈУМИ УТВРЂИВАЊА УСПЕХА УСКЛАЂИВАЊА ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ ИНТЕРЕСА

Питање успеха усклађивања јавног и приватног интереса кроз концепт ЈПП-а није једноставно одредити, с обзиром на комплексност односа ангажованих у реализацији јавно-приватног партнерства. Три су основна правца процене успеха ЈПП-а као инструмента изградње новог квалитета кроз сарадњу јавног и приватног сектора:¹⁹

а) критеријум „чврстине“ заједничког рада тиче се степена вероватноће да заједнички циљ „држи“ ЈПП актере у заједничком подухвату чак и када настану разлике у интересима и мотивацију. Суштински, ради се о степену поверења које су стране међусобно изградиле.

б) критеријум постојања координације у извршењу: реч је о оцени нивоа способности и успеха јавног и приватног актера да кроз реализацију пројекта развију нове стратешке задатке и компатибилне циљеве, те интегришу сопствене активности ради остваривања узајамно корисног циља, циља који је комплекснији и вредносно значајнији него првобитно утврђен разлог установљавања ЈПП-а.

¹⁹ Видети: Jeffares, Stephen, Sullivan Hellen and Bovaird, Tony, *The Challenge of evaluating the performance(s) of public-private partnerships*, in *Rethinking Public Private Partnerships: Strategies for Turbulent Times*, London, (2013), 166-168

ц) критеријум иновативног резултата тиче се истраживања нових форми за стварање „додате вредности“ ЈПП-а кроз сарадњу и адаптацију сопствених приступа на начин који креира компатибилност са приступом другог актера и резултира новим „квалитетом“ („невидљивим“ пре него што је започела реализација) пројекта.

Описани критеријуми су међузависни. Повезаност и поверење (критеријум „а“) у извршењу могу проистећи и из координације („б“) и иновативног резултата („ц“) ЈПП-а. Суштински, заједничка карактеристика сва три критеријума јесте да су односи јавног и приватног актера створили нови квалитет и превазишли очекивања и циљеве првобитно утврђене.

4. ЗАКЉУЧАК

Усклађивање јавног и приватног сектора засновано је на одређеним претпоставкама које условљавају примену одређених методолошких приступа. Јавни и приватни интерес се галванизују кроз промену парадигме односа јавног и приватног, те имплементацију принципа „комуникативне рационалности.“ Промена парадигме одгледа се у: промовисању „холистичког“ приступа; прихватању парадигме абдуктивног закључивања приликом доношења одлука поводом ЈПП-а-; давању предности парадигми односа заснованих на знању над парадигмом односа заснованих на моћи; предност транслативне интеракције јавног и приватног сектора над стандардизованом интеракцијом. Метод комуникативне рационалности, пак, подразумева да стране теже узајамном дијалогу који је усмерен на изналажење одговарајућег иновативног решења. Три су основна правца процене успеха ЈПП-а као инструмента изградње новог квалитета кроз сарадњу јавног и приватног сектора: оцена степена поверења изграђеног између ЈПП актера; генерисање и реализација циљева који су комплекснији и вредносно значајнији него првобитно утврђени циљеви ЈПП-а; оцена степена иновативности и „новости“ квалитета насталог из пројекта. Све наведене

карактеристике важне су за позитивну перцепцију ЈПП-а: реч је о пројектима чију реализацију јавни интерес чини, по правилу, економским, социјалним и, консеквентно, политичким императивом. У томе лежи важност адекватно структурираног и одрживог односа јавног и приватног интереса.

Predrag Cvetkovic

***PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AS THE FRAMEWORK FOR
THE ALIGNMENT AOF PUBLIC AND PRIVATE INTERESTS:
METHODOLOGICAL CONSIDERATIONS***

Abstract

Alignment of public and private interests in the PPP framework is based on the assumptions which fulfillment demands certain methodological approaches and tools. The structure of the sustainable balance between public and private interests within the PPP consists from two elements: static and dynamic one. The static component is reflected in the political sensitivity of the project which by its objectives, scope, engaged stakeholders and the general perception of the public has to be in accordance with the legal and political and economic priorities of public actors. The dynamic component of abovementioned sustainable balance in turn is reflected in the need public and private interest alignment not only ex ante (before the beginning of the project realization, i. e. during the preparation phase of the project) , but also during the implementation of specific PPPs. Taking the methodological considerations as the relevant point of analysis, it is argued that public and private interests alignment should be achieved through the transformation of the paradigms of the relationship between public and the private interests and actors, and via implementation of “communicative rationality” principle. Public interest adds to PPP project success the character of economic, social and consequently, the

political imperative. Herein lies the importance of properly structured and sustainable balanced relationship between public and private interests .

Keywords: *public-private partnerships, information asymmetry, incomplete agreements, communicative rationality , epistemological legitimacy.*²⁰

Литература

Dekel, Omer. *The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts*, Public Contract Law Journal, Vol. 37, No. 2, 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1391182. 20. септембар 2013.

Зорић, Александра, „Реализам и закључак на најбоље објашњење“, ТХЕОРИА 2 УДК 165.82 ; 001.5:168БИ-БЛИД 0351–2274 : (2009) : 52 : стр 37-52, рад доступан на <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0351-2274/2009/0351-22740902037Z.pdf>, 20 маја 2013. године, страна 39.

Jeffares, Stephen, Sullivan Hellen and Bovaird, Tony, *Beyond the Contract: The Challenge of evaluating the performance(s) of public-private partnerships*, in *Rethinking Public Private Partnerships: Strategies for Turbulent Times*, Edited by Carsten Greve and Graeme Hodge, Routledge, 2013.

Tvarnø, Christina D Editor, *Public-Private Partnerships: An International Analysis-from a Legal and Economic Perspective*, Copenhagen Business School, (2010), доступно на адреси: <http://unpcdc.org/media/142722/ppp%20book%5B1%5D.pdf>. 19. априла 2013. стр. 163-173.

Тирић, Александар и Цветковић, Предраг. *Јавно-приватно партнерство између „хијерархијске константе“ и „нове етике“ друштвених односа: Право и привреда.* - Београд : Удружење

²⁰ Prof. Predrag Cvetkovic, LL.D, Faculty of Law, University of Nis

- правника у привреди Србије, 2012. - Бр. 4-6 (2012), стр. 618-627.
- Heldeweg, Michael, *Legal Design of Smart Rules and Regimes: Regulating Innovation*, in Heldeweg/Kica (eds.), *Regulating Technological Innovation. A Multidisciplinary Approach*, Hershey 2011.
- Holma, Anne-Maria, Vesalainen, Jukka, Mäkinen, Eija, Vartiainen, Pirkko, *Developing Partnership in Public Procurement of Service*, University of Vaasa Work-in-progress, рад доступан на <http://impgroup.org/uploads/papers/8042.pdf> 20. новембра 2013, стр. 4.
- Цветковић, Предраг, *Међународно право страних инвестиција*. – Београд : Задужбина Андрејевић, 2007.
- Цветковић, Предраг и Голубовић, Срђан. *Самоиницијативни предлог као инструмент реализације јавно-приватног партнерства*, Право и привреда бр. 4-6/2013, Година ХЛХ, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд, стр. 476-490
- Цветковић, Предраг и Миленковић-Керковић, Тамара, *Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања*, Право и привреда. - Београд : Удружење правника у привреди Србије, 2011. - Бр. 4-6 (2011), стр. 758-770
- Цветковић, Предраг и Средојевић, Слађана. *Јавно-приватно партнерство: приручник за спровођење на нивоу локалне самоуправе*, Издавач Стална конференција градова и општина – Савез градова и општина Србије, Београд (2012).