



Република Србија
АГЕНЦИЈА ЗА БОРБУ
ПРОТИВ КОРУПЦИЈЕ

**ИЗВЕШТАЈ
О РИЗИЦИМА КОРУПЦИЈЕ У ОБЛАСТИ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ
ПАРТНЕРСТВА И КОНЦЕСИЈА**

Београд, јул 2014. године

Садржај

1. УВОД.....	3
2. ПОЈАМ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА.....	4
3. ПРАВНИ ОКВИР ЗА ЈПП У СРБИЈИ	5
4. ЗАКОН О ЈПП И ПОДЗАКОНСКИ АКТИ.....	8
5. УСАГЛАШЕНОСТ ПРОПИСА	22
6. ПРЕПОРУКЕ	25

1. УВОД

Препознавање и отклањање ризика корупције у прописима представља важну превентивну меру у борби против корупције. Уколико су одредбе прописа прецизне и јасне и уколико нема правних празнина, сужава се простор за њихово различито тумачење и злоупотребе приликом примене. Препознајући значај ове превентивне мере, Агенција за борбу против корупције у оквиру својих надлежности анализира прописе и њихову примену у областима које су подложне корупцији и припрема извештаје са препорукама за отклањање ових ризика.¹

Циљ овог извештаја јесте да се укаже на ризике корупције у области јавно-приватног партнерства, као и да се пруже препоруке за њихово отклањање и развој ове области. С обзиром на то да примена нормативног оквира који уређује ову област није заживела у довољној мери, као и да јавности и даље нису доступни подаци о јавно-приватним партнерствима, односно да није успостављен Регистар јавних уговора, Агенција није била у могућности да детаљније истражи и анализира њихове примере. Имајући у виду наведено, овај извештај се у највећој мери односи на анализу прописа који уређују област јавно-приватних партнерстава.

Јавно-приватно партнерство представља дугорочну сарадњу између јавног и приватног партнера ради обезбеђења финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја и пружања услуга од јавног значаја. Имајући у виду опасност да *сарадња* и *договор* представника јавног и приватног сектора буду несврсисходни и имају за циљ остваривање партикуларног интереса на штету јавног интереса, нужно је посветити пажњу ризицима корупције у овој области. Значај овог питања препознат је и приликом доношења Националне стратегије и Акционог плана за спровођење Националне стратегије за борбу против корупције.²

Током припреме извештаја, ради прикупљања додатних података и формулисања што потпунијих и конкретнијих препорука, представници Агенције обавили су разговоре са представницима релевантних институција и организација у области јавно-приватног партнерства и концесија. Прецизније, представници Агенције одржали су састанке са представницима Министарства финансија, Комисије за јавно-приватно партнерство, Управе за јавне набавке,

¹ Агенција за борбу против корупције је у складу са својим надлежностима из члана 5. Закона о Агенцији израдила и упутила надлежним министарствима, Влади и Народној скупштини извештаје у области здравства и просвете.

² Један од циљева (3.3.3) јесте уклањање ризика корупције у области ЈПП и њихова доследна примена. Међу мерама које је потребно предузети налазе се спровођење анализе ризика корупције Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама и степена усклађености са осталим законима; доношење измена и допуна закона, у складу са овом анализом и усвајање подзаконских прописа ради примене овог закона. У напомени је наведено да је потребно формулисати прецизне, јасне и објективне критеријуме за утврђивање *избалансираног односа* у подели ризика између партнера и прецизирати надлежности Комисије за ЈПП, како би се спречио потенцијални сукоб интереса у пракси, имајући у виду одредбу Закона да Комисија даје мишљење у поступку одобравања ЈПП у чијој припреми је и сама учествовала.

Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, Привредне коморе Србије, Националне алијансе за локални економски развој (НАЛЕД), Сталне конференције градова и општина-савеза градова и општина Србије (СКГО) и организације Транспарентност Србија.

2. ПОЈАМ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА

Јавно-приватна партнерства (ЈПП) представљају дугорочну сарадњу између јавног и приватног партнера ради обезбеђења финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја и пружања услуга од јавног значаја. Смернице Европске комисије за успешна ЈПП³ ово партнерство дефинишу као „партнерство између јавног и приватног сектора у сврху реализације пројекта или услуга које традиционално пружа јавни сектор“, а њих карактеришу подела инвестиција, ризика, одговорности и добити међу партнерима. Поред тога, према Зеленој књизи Европске комисије⁴, ЈПП одређује: релативно дуго трајање партнерства, укључујући сарадњу између јавног партнера и приватног партнера у различитим сегментима планираног пројекта; финансирање пројекта делимично од приватног партнера; улога приватне експертизе која учествује у разним етапама пројекта и расподела ризика између јавног и приватног партнера којем су генерално делегирани ризици јавног сектора. Дакле, ЈПП представља сарадњу између локалних или централних власти и приватних компанија, која не подразумева да ће приватни партнер преузети све пројектне ризике или већину ризика.

ЈПП може бити уговорно, институционално или у форми концесије и најчешће се користи у области транспорта, одлагања отпада, снабдевања водом и струјом, односно ради отклањања проблема неефикасног управљања комуналним предузећима. Такође, ЈПП се може примењивати и у социјалној инфраструктури, односно за потребе школа, болница и затвора.

ЈПП делују привлачно за јавна тела пошто, макар привидно, одлажу стварање нових дугова и не оптерећују буџете локалних самоуправа и државе, а решавају значајна инфраструктурна питања, или пружање услуга од јавног значаја. Поред тога, удруживање јавних и приватних капацитета и новца може помоћи у процесу опоравка и развоја тржишта. Са друге стране, потенцијални недостаци ЈПП односе се, између осталог, на недовољну флексибилност јавних уговора, односно отежане измене које би одражавале потребе јавног сектора; недовољну транспарентност у погледу обавеза које ова партнерства стварају на терет јавног сектора, као и неадекватну поделу ризика.⁵

³ Guidelines for Successful Public – Private Partnerships, European commission, March 2003, http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf

⁴ Green paper on Public private partnerships and community law on public contracts and concessions; Commission of the European communities, Brussels, 30.4.2004; COM(2004) 327 final, http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_en.htm

⁵Види Транспарентност Србија, ЈПП прописи, април 2014, стр. 1. и 2, http://www.transparentnost.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=467&Itemid=41&lang=en#2_14

За ефикасну примену ЈПП од посебног значаја је одговарајући правни оквир, којим морају бити прецизно дефинисане области и предмети код којих може доћи до ове врсте партнерстава, права и обавезе јавних партнера, начин избора и права и обавезе приватног партнера, садржина, односно нужни елементи уговора о ЈПП, делатности које институционално ЈПП може да обавља, вршење надзора над заснивањем и спровођењем ЈПП и вођење и јавност Регистра о ЈПП.

Законодавства држава чланица Европске уније имају различит приступ према уређењу ове области. У неким државама област ЈПП уређена је посебним законом (на пример Словенија, Ирска, Немачка, Грчка, Пољска, Хрватска, Румунија), док је у неким државама то учињено законима о јавним набавкама (на пример Италија, Француска и Данска). Поред тога, има и држава које су развиле систем ЈПП без доношења конкретних закона, или су ову област уредиле секторским прописима.⁶

3. ПРАВНИ ОКВИР ЗА ЈПП У СРБИЈИ

Србија је 2011. године добила Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (у даљем тексту: Закон) којим је поступак давања концесије значајно поједностављен и скраћен у односу на претходно важећи закон из 2003. године. Законом, који је ступио на снагу 2. децембра 2011. године, уређују се услови и начин израде, предлагања и одобравања пројеката ЈПП; одређују субјекти надлежни, односно овлашћени за предлагање и реализацију ових пројеката; права и обавезе јавних и приватних партнера; облик и садржина уговора о ЈПП са или без елемената концесије и правна заштита у поступцима доделе јавних уговора; услови и начин давања концесије, предмет концесије, субјекти надлежни, односно овлашћени за поступак давања концесије, престанак концесије; заштита права учесника у поступцима доделе јавних уговора; оснивање, положај и надлежност Комисије за ЈПП, као и друга питања од значаја за ово партнерство, са или без елемената концесије, односно за концесију.

С обзиром на то да је Законом изричито предвиђена сходна примена поступка јавних набавки на доделу јавних уговора за ЈПП без елемената концесије и поступка заштите права, за ову област значајан је и Закон о јавним набавкама. За област ЈПП су, такође, важни и Закон о јавној својини, Закон о привредним друштвима (у делу стварања основа за оснивање компанија са мешовитим капиталом), Закон о комуналним делатностима и Закон о страним улагањима, те је, имајући то у виду, веома значајно водити рачуна о усаглашености ових прописа.

Са становишта превенције корупције, најзначајнија питања у области ЈПП представљају заштита конкуренције приликом избора приватног партнера, обавеза образлагања због чега је одабрано ово партнерство за решавање одређене потребе, избалансиран однос у подели ризика између јавног и

⁶ Види Библиотека Народне скупштине Републике Србије, *Јавно-приватно партнерство и концесије*, стр. 6. и 7, <http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/organizacija-i-strucna-sluzba/biblioteka-narodne-skupstine.1506.html>

приватног партнера, одговарајући и ефикасан надзор над спровођењем јавних уговора, као и положај и јасне надлежности Комисије за ЈПП.

Иако су доношењем Закона, који се ослања на право ЕУ, умањени ризици корупције у овој области, јасно је да они нису у потпуности отклоњени.⁷ Наиме, из анализе одредаба Закона произилази да је, између осталог, потребно формулисати прецизне, јасне и објективне критеријуме за утврђивање *избалансираног односа* у подели ризика између јавног и приватног партнера, прецизирати одредбе о надзору над спровођењем ЈПП, прецизирати и појаснити надлежности Комисије за ЈПП, те размотрити њен састав и положај. Такође, потребно је отклонити и ризике корупције који постоје у одредбама које се односе на изузетке од примене Закона, јавног и приватног партнера, рок на који се закључује јавни уговор, вођење поступка за реализацију пројекта ЈПП са елементима концесије и јавни уговор.

С обзиром на то да је доношење подзаконских аката који су неопходни за потпуно спровођење Закона значајно каснило и да је окончано тек средином 2013. године, још увек је тешко говорити о ефектима примене Закона. Конкретно, Влада Србије усвојила је Уредбу о надзору реализације јавних уговора закључених за реализацију пројекта јавно-приватног партнерства са или без елемената концесије у мају 2013. године, министар финансија и привреде је у јулу 2013. године донео Правилник о начину вођења и садржају јавних уговора, док је Комисија за ЈПП 18. јула 2013. године усвојила Методологију за анализу добијене вредности у односу на уложени новац у јавно-приватном партнерству и концесијама.

Значајан проблем представља и чињеница да јавности и даље нису доступни подаци о ЈПП, односно да није успостављен Регистар јавних уговора, који би у складу са Законом и Правилником о начину вођења и садржају јавних уговора из јула 2013. године, требало да буде јединствена електронска база података на порталу јавних набавки-подпортал. Овде треба истаћи да је одредбе Закона, Уредбе о надзору реализације јавних уговора закључених за реализацију пројекта ЈПП са или без елемената концесије и поменутог правилника потребно усагласити и јасно одредити ко је надлежан да води Регистар јавних уговора. Наиме, Законом је прописано да Регистар води министарство надлежно за послове финансија, у Уредби се наводи да је то задатак Управе за јавне набавке, а у Правилнику да је то у надлежности министарства, односно органа управе надлежног за послове јавних набавки, које у складу са законом води Регистар.

Поред овога, интересантно је да су, према важећим прописима, различита министарства надлежна за вршење надзора и припрему и праћење прописа у области ЈПП. Законом и Уредбом о надзору реализације јавних уговора прописано је да је за надзор над реализацијом јавних уговора надлежно министарство надлежно за послове финансија, односно орган аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе надлежан за послове финансија, у зависности од тога ко је јавни партнер. С друге стране, одредбама Закона о

⁷ Прописи који су уређивали ову област су по одређеним питањима били међусобно неусаглашени и предвиђали су компликоване, дуготрајне и нејасне процедуре.

министарствима из 2012. и 2014. године предвиђено је да Министарство спољне и унутрашње трговине и телекомуникација, а сада Министарство трговине, туризма и телекомуникација, обавља послове државне управе који се односе на прописе у области страних улагања, концесија и јавно-приватног партнерства. Имајући у виду наведено, чини се да је потребно усагласити одредбе ових прописа и превидети да је Министарство финансија, поред вршења надзора, надлежно и за прописе у области страних улагања, концесија и јавно-приватног партнерства.

Да примена Закона није заживела у довољној мери у пракси говори и податак да је Комисија за ЈПП од оснивања 2012. године до краја јуна 2014. године дала позитивно мишљење за само једанаест предлога пројеката ЈПП, а да се од појединих предлога пројеката након давања овог мишљења одустало⁸. Као разлози зашто је до сада било мало примера ЈПП најчешће се наводе недостатак политичке воље и јасног стратешког опредељења према овом виду партнерства, уз потребу да се штити јавни интерес; непознавање правног оквира који уређује ову област и лоша искуства из прошлости. Поред наведених разлога, додатни проблем представља и широко распрострањена пракса да се велики пројекти, који суштински представљају ЈПП, спроводе мимо Закона, тако што се представљају као случајеви који су изузети од његове примене. Насупрот овим подацима, често се може чути да је Закон изузетно важан због стварања одговарајућег правног и институционалног оквира за привлачење инвестиција услед све веће потребе за изградњом, улагањима и ефикасним пружањем услуга од јавног значаја, као и да ће се у будућности инсистирати на концесионарским уговорима.

⁸ Предлог пројекта ЈПП поднет од стране ЈКП *Информатика Нови Сад*; предлог пројекта ЈПП за изградњу луке и друмског терминала поднет од стране Дирекције за изградњу Апатин; предлог концесионог акта за поверавање обављања делатности градско-приградског превоза путника на територији града Лознице; предлог концесионог акта за пројектовање, финансирање, изградњу, одржавање и управљање јавном паркинг гаражом у Шапцу; предлог пројекта ЈПП поднет од стране ЈКП Градска топлана Зрењанин, којим се предлаже производња топлотне и електричне енергије из биогаса, односно употреба органских сировина пољопривредне индустрије као и остатака и нус производа из прехранбене индустрије у његовој производњи; предлог концесионог акта за поверавање обављања комуналне делатности приградског превоза путника на територији општине Топола; предлог концесионог акта за поверавање обављања делатности градско-приградског превоза на територији општине Србобран; предлог пројекта ЈПП за обављање комуналне делатности градског и приградског превоза путника на територији града Ниша; предлог концесионог акта за поверавање обављања делатности градско-приградског превоза путника на територији града Јагодине; предлог пројекта јавно-приватног партнерства за финансирање, изградњу, управљање и одржавање канализационе мреже у општини Стара Пазова и предлог пројекта ЈПП поднет од стране града Ниша којим се предлаже замена котлова на лож уље и котлова на угљ, котловима на дрвену биомасу (пелет) у школским и предшколским установама града Ниша са испоруком топлотне енергије.

4. ЗАКОН О ЈПП И ПОДЗАКОНСКИ АКТИ

4.1. Изузеци од примене Закона

На ЈПП која се спроводе у складу са посебним правилима поступка међународних организација не примењују се одредбе овог закона које се односе на поступак доделе јавних уговора. Такође, одредбе Закона не примењују се на ЈПП уколико би његово успостављање захтевало стављање на увид информације чије би откривање угрозило безбедност Републике Србије; уколико би се заснивало на међународним уговорима које је Република Србија закључила са једном или више држава ради заједничког спровођења или коришћења пројеката и ако је предмет тог партнерства била експлоатација јавне телекомуникационе мреже, односно пружање телекомуникационих услуга.

Иако су наведени изузеци упоредно-правно гледано опште прихваћени, чињеница је да се не тако ретко, коришћењем форме стратешких партнерстава, уговора о пословно-техничкој сарадњи, међународних споразума и дугорочних уговора о закупу, избегава примена Закона и осталих прописа који уређују област ЈПП. Имајући у виду наведено, требало би размотрити могућност измене Закона и прописивања да се и на наведене уговоре примењује макар део правила који је предвиђен прописима који уређују област ЈПП, а који се односе на обавезу регистровања ових уговора у Регистру јавних уговора.

4.2. Начела и врсте ЈПП

Члановима 5. и 6. Закона одређена су начела на којима се заснива уређивање услова, начина и поступка закључивања јавних уговора, а то су: заштита јавног интереса, ефикасност, транспарентност, једнак и правичан третман, слободна тржишна утакмица, пропорционалност, заштита животне средине, аутономија воље и равноправност уговорних страна. Такође, приликом спровођења поступка давања концесија, давалац концесије дужан је да поред наведених начела примењује и начело слободе кретања робе, начело слободе пружања услуга, начело забране дискриминације и начело узајамног признавања.

Већина наведених начела, која се према Закону користе за тумачење његових одредаба, изузетно је значајна са становишта превенције корупције и њихова примена у пракси би требало да допринесе смањењу ризика корупције у овој области.

Према Закону, ЈПП може бити уговорно или институционално⁹. Код уговорних ЈПП, међусобна права и обавезе у реализацији пројекта ЈПП уговорне стране уређују саме јавним уговором. С друге стране, институционална ЈПП заснована су на односу јавног и приватног партнера, као чланова заједничког привредног друштва, које је носилац реализације пројекта ЈПП.

Посебан облик уговорног ЈПП представља концесија, која се може давати за јавне радове и за јавне услуге. Код концесије је јавним уговором уређено

⁹ Члан 7. став 1. Закона

комерцијално коришћење природног богатства, односно добра у општој употреби која су у јавној својини, или обављање делатности од општег интереса, које надлежно јавно тело уступа домаћем или страном лицу, на одређено време, под посебно прописаним условима, уз плаћање концесионе накнаде од стране приватног, односно јавног партнера, при чему приватни партнер сноси ризик везан за комерцијално коришћење предмета концесије¹⁰. Законом нису ограничене области које могу бити предмет концесије. Наиме, издвојено је 14 области (истраживање и експлоатација минералних сировина и других геолошких ресурса, делатности унутар заштићених подручја природе и коришћење заштићених природних богатстава, област енергетике, луке, јавни путеви, јавни превоз, аеродроми, област спорта и образовања, културна добра, комуналне делатности, област железница, комерцијално коришћење жичара, област здравства и туризма), али је остављена могућност да предмет концесије буде и у другим областима.

Овакво решење оставља широк простор за дискреционо одлучивање органа јавне власти приликом избора области која може бити предмет концесије. У том смислу, требало би размотрити могућност да се у Закону додатно прецизирају и таксативно наведу области које могу бити предмет концесије.

Чланом 7. став 2. Закона одређени су битни елементи ЈПП међу којима се налази и могућност јавног партнера да приватном партнеру за преузете обавезе изврши преношење одређених стварних права или да му додели концесију или да му за преузете обавезе врши плаћање у новцу, те могућност јавног партнера да приватном партнеру дозволи да обавља комерцијалну делатност у оквиру реализације пројекта ЈПП, само у случају да на други начин није могуће обезбедити потребан ниво исплативости.

Са становишта отклањања ризика корупције, веома је значајно законским и подзаконским одредбама што прецизније и јасније одредити у којим случајевима јавни партнер може извршити преношење одређених стварних права или доделити концесију, или извршити плаћање у новцу, односно у којим случајевима на други начин није могуће обезбедити потребан ниво исплативости, па јавни партнер може дозволити приватном партнеру да обавља комерцијалну делатност у оквиру реализације пројекта ЈПП.

4.3. Јавни и приватни партнер

Појам јавног партнера обухвата разне облике јавних тела која су Законом дефинисана веома широко. Наиме, јавна тела су државни орган, организација, установа и други директни или индиректни корисник буџетских средстава, у смислу закона којим се уређује буџетски систем и буџет, организација за обавезно социјално осигурање, јавно предузеће, као и правна лица која обављају и делатности од општег интереса, а суштински су под контролом или надзором јавних тела, или су основана од стране јавног тела, а обављају делатност од општег интереса. Ова тела имају право да самостално покрену

¹⁰ Члан 10. став 1. Закона

поступак реализације пројекта ЈПП из своје надлежности, да закључују јавне уговоре са свим правним или физичким лицима, као и да закључују споредне или повезане споразуме. Поред тога, јавна тела имају право да самостално покрену поступак реализације концесије, чији давалац може бити Влада Србије, влада аутономне покрајине, скупштина јединице локалне самоуправе или јавно предузеће, односно правно лице које је за то овлашћено посебним прописима, у зависности од тога у чијој надлежности су јавна тела и предмет концесије.

Оредбама чланова 26, 29. и 47. Закона предвиђено је да Влада, влада аутономне покрајине и скупштина јединице локалне самоуправе дају сагласност на предлог пројекта ЈПП без елемената концесије, усвајају предлог за доношење концесионог акта који припреми надлежно јавно тело и дају сагласност на коначни нацрт јавног уговора у року од 30 дана од дана његовог достављања. Уколико Влада, влада аутономне покрајине, или скупштина јединице локалне самоуправе у року од три месеца не одобри предлог пројекта, нити захтева његову измену, сматраће се да предлог пројекта није одобрен. С друге стране, Влада, влада аутономне покрајине или скупштина јединице локалне самоуправе дужна је да на основу оцене о усаглашености нацрта уговора са овим законом и конкурсном документацијом да сагласност на коначни нацрт уговора у року од 30 дана од дана његовог достављања, а јавни уговор може бити закључен по добијању поменуте сагласности.

Код ових одредаба је, пре свега, потребно појаснити да ли, и уколико да у којим ситуацијама, постоји могућност да наведени субјекти не усвоје предлог за доношење концесионог акта, или не дају сагласност на коначни нацрт јавног уговора. Такође, имајући у виду да је Законом прописано да је Влада, влада аутономне покрајине или скупштина јединице локалне самоуправе дужна да на основу оцене о усаглашености нацрта уговора са овим законом и конкурсном документацијом да сагласност на коначни нацрт уговора у року од 30 дана од дана његовог достављања, потребно је прецизирати и појаснити у којим ситуацијама након давања те сагласности јавни партнер може одустати од закључења уговора. Наиме, као што је наведено, Закон прописује да јавни уговор може бити закључен по добијању те сагласности, без навођења разлога због којих до тога неће доћи, па се на тај начин јавним телима пружају широка дискрециона овлашћења приликом одлучивања о том питању.

Приватни партнер поред сваког домаћег или страног физичког и правног лица може бити и конзорцијум или група лица. Формирање конзорцијума ради учешћа у поступку доделе јавног уговора дозвољено је Законом, осим ако јавно тело које спроводи поступак *из објективних разлога изричито не предвиди другачије у конкурсној документацији*. Поред тога, предвиђена су потенцијална ограничења, која може одредити јавно тело уколико за то постоје *објективни разлози*, као и то да уговор о конзорцијуму може да садржи одредбе којима се ограничава одговорност појединих чланова конзорцијума док најмање један члан конзорцијума мора да буде неограничено одговоран, *осим ако јавно тело другачије не захтева*, у складу са одредбом којом је прописано да јавно тело

може, ако за то постоје *објективни разлози да предвиди* ограничења у погледу одговорности чланова конзорцијума.

Ове одредбе подложне су различитим тумачењима и јавним телима пружају широка дискрециона овлашћења. Како би се отклонили наведени недостаци, потребно је појаснити у којим ситуацијама може доћи до формирања конзорцијума, као и када може доћи до ограничавања одговорности његових чланова.

4.4. Рок на који се закључује јавни уговор

Време трајања јавног уговора, односно рок на који се закључује јавни уговор одређује се на начин *који не ограничава тржишну утакмицу више него што је 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.* Овај рок не може бити краћи од пет година, нити дужи од 50 година, уз могућност да се након истека уговореног периода закључи нови уговор уз избор приватног партнера, на начин и у поступку прописаним овим законом. Рок за концесију је исти, осим уколико није одређен посебним прописом којим се уређује област из које је предмет концесије.

На овај начин, чини се, Закон не пружа довољно прецизне критеријуме на основу којих би се могла одредити дужина рока на који се закључује јавни уговор. Имајући то у виду, препорука је да се ове одредбе допуне тако што ће се навести додатни критеријуми који ће се користити приликом одређивања дужине рока јавног уговора.

4.5. Самоиницијативни предлог и заштита конкуренције

Према Закону, предлагач који је поднео самоиницијативни предлог за реализацију пројекта ЈПП има право да учествује у поступку доделе јавног уговора, ако његово учешће у припреми тог предлога пројекта не нарушава конкуренцију. Јавно тело ће неутралисати евентуалну конкурентску предност обезбеђивањем свих потребних информација свим другим заинтересованим лицима или понуђачима, а ако тако нешто није могуће, мора да искључи заинтересовано лице из поступка доделе јавног уговора.

Наведена одредба пружа дискрециона овлашћења у поступку доделе јавних уговора. Наиме, из наведене формулације нејасно је на који начин ће јавно тело процењивати да ли је конкуренција нарушена или не. Поред тога, нејасно је и да ли само обезбеђивање информација може бити довољна мера да се евентуална конкурентска предност неутралише. У том смислу, потребно је прописати на који начин ће јавна тела процењивати да ли се учешћем предлагача у припреми предлога пројекта нарушава конкуренција, шта је све потребно да се евентуална конкурентска предност неутралише, како се закључује да се конкурентска предност не може неутралисати, као и на који начин се обезбеђују капацитети јавних тела за овакве процене.

4.6. Садржина предлога пројекта ЈПП и расподела ризика

Предлог пројекта, према Закону, садржи пословни план, укључујући, између осталог, процену трошкова и анализу добијене вредности у односу на уложена средства, у складу са Методологијом коју доноси Комисија за ЈПП; анализу економске ефикасности предложеног пројекта и информације о поступку доделе, посебно о критеријумима избора и доделе, одабрани поступак доделе и преглед садржине јавног уговора.

Иако су наведени елементи предлога пројекта веома значајни са становишта превенције корупције, Методологија на основу које се врши процена трошкова и анализа добијене вредности у односу на уложена средства приликом израде пословног плана донета је тек у јулу 2013. године. Дакле, сви предлози пројекта који су израђени пре усвајања Методологије нису могли бити у потпуности израђени у складу са одредбама Закона. Такође, и поред доношења Методологије, поставља се питање примене ових елемената предлога пројекта у пракси, односно озбиљности пословних планова и анализа економске ефикасности.

Примена Методологије обавезна је код ЈПП без елемената концесије, а потребна је и код ЈПП са елементима концесије – у студији оправданости коју израђује јавно тело. Према Методологији, утврђивање добијене вредности у односу на уложена средства (*вредности за новац*) представља примену аналитичког поступка којим се квантитативним путем покушава утврдити да ли је за пореске обвезнике кориснија примена традиционалног модела инвестирања, у коме јавно тело преузима све или претежан део ризика јавне инвестиције, или набавити услугу од понуђача из приватног сектора, преносећи (алоцирајући) већину ризика на њега, када се ради о ЈПП. Методологија се, дакле, заснива на поређењу трошкова инвестиционих алтернатива – традиционалног модела инвестирања и модела ЈПП – а *вредност за новац* рачуна се на основу поређења ефеката ових модела реализације јавне инвестиције.

Од кључне важности у постизању *вредности за новац* јесте адекватна расподела ризика између јавног и приватног партнера. Према Методологији, сви ризици се идентификују, описују и анализирају, односно процењују. Анализу, односно процену, ризика потребно је закључити квантитативним исказивањем сваког појединачног ризика, који се потом деле између партнера. Оптимална алокација ризика представља алокацију оних ризика на приватног партнера којима он најбоље управља и задржавање оних ризика на страни јавног партнера којима он објективно ефикасније управља и/или оних ризика на које приватни партнер објективно не може да утиче.

Извесна питања која су уређена Методологијом, укључујући ту и избалансиран однос код расподеле ризика између јавног и приватног партнера, требало би појаснити и додатно приближити јавним телима. Поред тога, имајући у виду да усвајањем Методологије није у потпуности решено питање одговарајуће припреме пословног плана, потребно је израдити и приручник о припреми предлога пројекта ЈПП и примени ЈПП за јавна тела на републичком, покрајинском и локалном

нивоу. Такође, важно је обезбедити и континуирану едукацију из области ЈПП за представнике јавних тела. У овој области су до сада биле најактивније НАЛЕД и СКГО.

4.7. Покретање и вођење поступка за реализацију пројекта ЈПП са елементима концесије

Поступак избора приватног партнера представља поступак јавне набавке, одређен законом којим се уређују јавне набавке, или поступак давања концесије, одређен овим законом. Имајући у виду наведено, јавни уговор се закључује или као уговор о јавној набавци, или као уговор о концесији. Разлике између ова два поступка тичу се, између осталог, рокова, садржаја предлога, конкурсне документације, позива и произилазе из различитих правних режима који се примењују и фаза самог поступка. Значајно је истаћи да се код поступка доделе ЈПП са елементима концесије предвиђа формирање стручног тима јавног тела, који треба да се стара о реализацији поступка доделе, као и спровођење одговарајућих анализа и студија оправданости пројекта (чланови 30–32).

Јавно тело пре сачињавања предлога за доношење концесионог акта именује стручни тим за израду конкурсне документације, који врши процену вредности концесије, израђује студију оправданости давања концесије и предузима све остале радње које претходе поступку давања концесије. Овај тим приликом пружања стручне помоћи у припреми потребних анализа, односно студија оправданости давања концесије, сарађује са Комисијом за ЈПП. Уколико приликом анализе утврди да се ради о чистом пројекту ЈПП без елемената концесије, примениће се одговарајуће одредбе Закона којим се уређује ЈПП у делу који се односи на предлагање и одобравање пројекта ЈПП.

Законом, међутим, нису предвиђени никакви услови, нити критеријуми у погледу именовања лица која чине стручни тим за израду конкурсне документације, па је препорука да се то учини.

а) Достављање понуда и критеријуми за избор понуде

Према одредбама члана 36. Закона, понуда је обавезујућа за понуђача који је доставио до истека рока за достављање, али је, с друге стране, прописано и да је у току тог рока он *може мењати* и допуњавати на начин који је одређен за подношење понуде. **Имајући у виду да су наведене одредбе у колизији, потребно их је прецизирати и усагласити.**

Давалац концесије доноси одлуку о избору најповољније понуде за коју ће се понудити потписивање јавног уговора о концесији у примереном року, који, ако у конкурсној документацији није наведено другачије, износи 60 дана. Давалац концесије ову одлуку доставља сваком понуђачу и не може потписати јавни уговор о концесији пре истека периода од 15 дана од дана достављања сваком понуђачу. По истеку тог периода, *дозвољено је* потписивање јавног уговора између даваоца концесије и одабраног понуђача, уколико није поднет захтев за

заштиту права. Уколико је покренут поступак правне заштите, јавни уговор се може закључити по доношењу одлуке о одбијању, односно одбацивању поменутог захтева, у складу са законом којим се уређују јавне набавке.

На овај начин јавним телима остављено је да без јасних критеријума одлучују да ли ће закључити или одбити да закључе јавни уговор по окончању поступка правне заштите, доношењем одлуке о одбијању или одбацивању захтева за заштиту права. Како би се отклонио овај ризик, потребно је прецизирати којим критеријумима ће се водити јавна тела приликом одлучивања о томе да ли ће у наведеној ситуацији закључити јавни уговор, или не.

б) Концесиона накнада

Концесионар, односно концедент дужан је да плаћа новачну накнаду за концесију у износу и на начин како је то уређено јавним уговором о концесији, осим ако плаћање накнаде за концесију није економски оправдано. Висина накнаде одређује се у зависности од врсте природног богатства, врсте делатности, рока трајања концесије, пословног ризика и очекиване добити, опремљености и површине добра у општој употреби, односно јавног добра. Поред тога, јавним уговором о концесији може се одредити промена висине концесионе накнаде у одређеном временском периоду, за време трајања јавног уговора о концесији, што је неопходно назначити у конкурсној документацији.

Из наведених одредаба није најјасније у којим ситуацијама неће постојати дужност накнаде за концесију, па је потребно прецизирати формулацију ако плаћање накнаде за концесију није економски оправдано. Поред тога, важно је одредити критеријуме за промену висине концесионе накнаде у одређеном временском периоду.

в) Поништај поступка давања концесије

Давалац може поништити поступак давања концесије након истека рока за достављање понуда, ако је до истека рока за достављање понуда пристигла само једна понуда, односно ако након искључења понуда у поступку давања концесије преостане само једна прихватљива понуда.

На овај начин, даваоцу су пружена широка дискрециона овлашћења приликом одлучивања о поништавању поступка давања концесије у поменутих ситуацијама. Имајући у виду наведено, ову одредбу би требало прецизирати и појаснити од чега зависи да ли ће давалац концесије у оваквој ситуацији поништити поступак.

4.8. Јавни уговор и заштита права

Јавни уговор садржи све одредбе, услове и клаузуле које јавни партнер сматра корисним за испуњавање задатака приватног партнера и однос приватног партнера са другим учесницима који играју значајну улогу у реализацији ЈПП. У Закону је таксативно наведено 28 елемената које јавни партнер уређује

приликом одређивања одредаба и услова јавног уговора. Значајно је да се избор између доделе једног уговора и доделе више одвојених уговора не може извршити са циљем да се искључи примена овог закона, а до измена јавног уговора може доћи на основу захтева јавног, односно приватног партнера, или банке, односно друге финансијске институције, али се не може мењати предмет, рок на који је уговор закључен и понуђена концесиона накнада.

Овде је важно указати на одредбу члана 51. Закона, којом је предвиђено да, у случају концесије за радове, давалац концесије може, без спровођења новог поступка давања концесије, концесионару који обавља те радове доделити додатне радове који нису били укључени у почетно разматрани пројекат концесије, или у основни јавни уговор о концесији, а који су због непредвиђених околности постали неопходни за извођење радова, у складу са одговарајућим одредбама закона којим се уређују јавне набавке. На овај начин, даваоцу концесије пружена су широка дискрециона овлашћења у погледу доделе додатних радова концесионару, па је ову одредбу потребно изменити и одредити јасне критеријуме за доношење овакве одлуке.

Правна заштита у поступку доделе јавног уговора обезбеђује се у складу са законом којим се уређују јавне набавке, а свако лице које је заинтересовано за учешће или које учествује у поступку доделе јавног уговора на основу овог закона може Републичкој комисији поднети захтев за заштиту права против одлука јавног тела које спроводи поступак. које се могу одвојено побијати, а које су према мишљењу тог лица донете незаконито.

У досадашњем раду Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки разматрала је само један захтев за заштиту права који се односио на ЈПП. Комисија је овај захтев усвојила и у целости поништила спроведени поступак.

Имајући у виду разлике између поступка јавне набавке и поступка давања концесија, поставља се питање да ли Републичка комисија за заштиту права треба да буде надлежна и за заштиту права у поступцима концесија, или би за те случајеве требало предвидети другачији механизам заштите.

4.9. Надзор над реализацијом јавних уговора

Надзор над реализацијом јавних уговора уређен је Законом и Уредбом о надзору над реализацијом јавних уговора о јавно-приватном партнерству. Одредбама члана 62. Закона предвиђено је да министарство надлежно за послове финансија, односно орган аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе надлежан за послове финансија (у даљем тексту: надлежни орган), може самостално, без захтева јавног партнера, да покрене поступак надзора путем инспекцијских, односно надлежних пореских служби и органа над приватним партнером који не извршава обавезе у складу са јавним уговором, а у оквиру делокруга надлежности министарства, односно органа аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе. Овим чланом прописано је и да у

случају неизвршавања мера и препорука надлежних органа, као и у случају неостваривања сарадње, они *могу* затражити покретања управног и инспекцијског надзора, у складу са одредбама закона којим се уређује рад органа државне управе.

На овај начин надлежним органима пружена су широка дискрециона овлашћења приликом вршења надзора. Имајући у виду потребу да вршење надзора буде што прецизније уређено, ове одредбе је потребно изменити и јасно одредити које су дужности надлежних органа.

Законом је, такође, предвиђено да Влада посебним актом уређује надзор над реализацијом јавних уговора. Тим актом прописују се права и обавезе јавног и приватног сектора у поступку надзора, док се надзор у поступку давања концесије за јавне радове спроводи уз одговарајућу примену закона којим се уређују јавне набавке.

Поступајући по овој законској одредби, Влада Србије је са великим закашњењем, тек у мају 2013. године, донела Уредбу о надзору над реализацијом јавних уговора о јавно-приватном партнерству. Према одредбама Уредбе, надзор над реализацијом јавних уговора спроводи се ради праћења испуњења уговорних обавеза, поштовања уговорених рокова, трошкова, нивоа квалитета пружених услуга, односно квалитета изграђених објеката и испуњења других обавеза, предвиђених јавним уговором. Овај надзор врши надлежни орган, у зависности од тога ко је јавни партнер, а његова сврха јесте благовремено уочавање неиспуњавања или непотпуног испуњавања уговорних обавеза, уочавање могућности за побољшање испуњења одређених обавеза, као и идентификација одређених промењених околности које би за последицу евентуално могле имати редефинисање међусобних права и обавеза предвиђених јавним уговором. Поред овог, обавезног надзора, Уредба наводи да јавни партнер *може*, у складу са јавним уговором, успоставити и посебан систем надзора и праћења испоруке јавних радова, односно јавних услуга за конкретни пројекат ЈПП. Међутим, о овом виду надзора нема даљих одредаба.

Надзор над реализацијом јавних уговора спроводи се *све до испуњења уговорних обавеза* и обухвата: преглед и анализе извештаја јавног и приватног партнера (*редовни извештаји, ванредни и специјални*); непосредан увид стања локације на којој се реализује јавни уговор, обилазак друштва за посебне намене које реализује јавни уговор, обилазак седишта приватног партнера (ради вршења стручног увида); увид у документацију у вези са реализацијом јавног уговора која се доставља ради вршења надзора и *сагледавања резултата анализе реализације пројекта ЈПП који је предмет јавног уговора извршене од стране независног стручњака, односно ревизора на захтев вршиоца надзора.*

С обзиром на то да се, осим на овом месту, у Закону и Уредби не помињу ванредни и специјални извештаји јавног и приватног партнера, потребно је појаснити какви су то извештаји и у којим приликама се подносе. Поред тога, није довољно јасно што подразумева сагледавање резултата анализе реализације пројекта ЈПП који је предмет јавног уговора извршене од стране независног стручњака, односно ревизора

на захтев вршиоца надзора и у којим ситуацијама се врши тај вид надзора, па је и то потребно прецизирати.

Јавни партнер дужан је да у року од шест месеци од дана закључења јавног уговора, односно од дана оснивања или стицања власничког удела приватног партнера у заједничком привредним друштву, достави први извештај. Након тога, јавни партнер доставља извештај на сваких шест месеци од дана достављања претходног извештаја, а последњи извештај доставља најкасније у року од шест месеци од дана истека уговореног времена предвиђеног јавним уговором.

Према одредбама Уредбе, надлежни органи *могу* од јавног и приватног партнера тражити додатна објашњења у вези са појединим наводима из извештаја, као и другу документацију на увид; *могу* од уговорних страна у било ком тренутку затражити достављање документације која се односи на реализацију јавног уговора, коју су уговорне стране дужне да доставе у року од 30 дана, а *могу*, ради провере навода у извештају и достављене документације, извршити и непосредан стручни увид на локацији на којој се реализује пројекат ЈПП, односно у друштву за посебне намене који је носилац реализације пројекта, или у седишту приватног партнера. **Код ових одредаба потребно је појаснити у којим случајевима приликом вршења надзора надлежни органи предузимају наведене активности, а потом и предвидети да је у таквим случајевима то њихова дужност.**

Уредбом је, такође, прописано да ако надлежни орган на основу спроведеног надзора уочи неправилности¹¹ у реализацији јавног уговора о томе доставља обавештења са препорукама о начину отклањања уочених неправилности јавном и приватном партнеру. Уговорне стране обавезне су да најкасније у року од 15 дана од дана пријема ових препорука известе надлежни орган о активностима предузетим у сврху отклањања уочених неправилности. **Међутим, потребно је одредити рок у којем ће надлежни орган доставити обавештење са препорукама јавном и приватном партнеру, као и које су последице уколико уговорне стране не отклоне уочене неправилности, односно уколико не поступе по препорукама.**

С обзиром на то да пракса у области ЈПП још увек није заживела у довољној мери, не може се говорити о искуствима у вршењу надзора. Међутим, без обзира на то, важно је отклонити све уочене нејасноће и противречности у правном оквиру који уређује ову област, укључујући ту и потребу да се усагласе одредбе прописа који уређују надзор и припрему прописа у области ЈПП, тако што ће се прецизно одредити ко је и у којим сегментима задужен за њихово вршење.

Као што је поменуто, Законом и Уредбом прописано је да је за надзор над реализацијом јавних уговора надлежно министарство надлежно за послове финансија, односно орган аутономне покрајине или јединице

¹¹ Неправилностима се сматрају сва одступања од уговорених права и обавеза јавног и приватног партнера, до којих је дошло у реализацији јавног уговора.

локалне самоуправе надлежан за послове финансија, у зависности од тога ко је јавни партнер. С друге стране, одредбама Закона о министарствима из 2012. и 2014. године предвиђено је да је Министарство спољне и унутрашње трговине и телекомуникација, а сада Министарство трговине, туризма и телекомуникација, надлежно за прописе у области страних улагања, концесија и јавно-приватног партнерства. Имајући у виду наведено, чини се да је потребно усагласити одредбе ових прописа и предвидети да је Министарство финансија, поред обављања надзора, надлежно и за прописе у области страних улагања, концесија и јавно-приватног партнерства.

4.10. Положај Комисије за ЈПП

Комисија за ЈПП врши стручну помоћ при реализацији пројеката ЈПП и концесија у складу са Законом. Ово тело, које има девет чланова образује Влада Србије на предлог председника Владе, министарства надлежног за послове економије и регионалног развоја, министарства надлежног за послове финансија, министарства надлежног за послове инфраструктуре, министарства надлежног за послове рударства, министарства надлежног за послове комуналних делатности, министарства надлежног за послове заштите животне средине, аутономне покрајине и града Београда. Председник Комисије је представник министарства надлежног за послове економије и регионалног развоја, док је његов заменик представник министарства надлежног за послове финансија. Поред тога, интересантно је да је Влада Одлуком о образовању Комисије за ЈПП из 2012. године предвидела додатни услов приликом прибављања позитивног мишљења Комисије, које је неопходно прибавити за спровођење сваког пројекта ЈПП. Наиме, Закон једино предвиђа да је потребно прибавити позитивно мишљење Комисије, док је Одлуком прописано да такво мишљење мора бити дато уз позитиван глас члана Комисије који представља Министарство финансија. Да би неко лице могло бити предложено за члана Комисије потребно је да испуњава следеће услове: да је држављанин Републике Србије; да има најмање висок степен стручне спреме и да *поседује потребно стручно знање из области ЈПП, јавних набавки и концесија, и/или права Европске уније*. Члан Комисије именује се на период од пет година са могућношћу поновног именовања, на предлог истог предлагача. Мандат члана Комисије, поред истека времена на који је именовано, престаје и ако ово лице поступа супротно одредбама овог закона; ако се у раду не придржава одредаба пословника; ако је осуђено на безусловну казну затвора од најмање шест месеци и на лични захтев, подношењем писмене оставке.

Иако је неспорна потреба да се формира посебни субјект чији ће задатак бити да пружа допринос унапређењу капацитета јавних тела за управљање ризицима пројеката ЈПП, овде се поставља питање састава и функционисања Комисије. Конкретно, имајући у виду да Комисију образује Влада и да је чине представници министарстава, аутономне покрајине и града Београда, јасно је да она не спада у ред независних државних органа, иако се у Закону наводи да је *оперативно независна у раду*. Поред тога, Комисија нема своју стручну службу, већ стручне, административне и техничке послове за њу обавља министарство

надлежно за послове економије и регионалног развоја, које уједно обезбеђује простор и друге услове за рад, а средства за рад обезбеђују се у буџету Републике Србије.

С друге стране, важно је истаћи да без обзира на чињеницу да је прописано да мандат чланова Комисије траје пет година, што би требало да гарантује отпорност у погледу промена у саставу Владе, то се у пракси не дешава. Наиме, Комисија за ЈПП је од фебруара 2012. године, када је основана, до данас чак четири пута мењала свој састав.¹² Имајући то у виду, као и чињеницу да је поред држављанства Републике Србије и високе стручне спреме једини услов за чланство у Комисији *поседовање потребног стручног знања из области ЈПП, јавних набавки и концесија, и/или права Европске уније*, што је подложно различитом тумачењу и дискрецији предлагача, евидентно је да би требало предвидети додатне и прецизније услове да би неко лице било предложено за члана Комисије. Иначе, чланови Комисије су до сада били државни секретари или помоћници министара, саветници и руководиоци група у министарствима, саветник председника Владе, покрајински секретар у Влади Војводине и помоћник градоначелника града Београда. Поред наведеног, треба указати и да су законима којима се уређује рад министарстава, а који су донети након доношења Закона, неке надлежности министарстава спојене, а неке раздвојене, па се поставља питање целисходности решења којим ће састав и функционисање Комисије зависити од промене власти и поделе ресора.

Надлежности Комисије уређене су чланом 68. Закона којим је, између осталог, предвиђено да Комисија помаже у припреми предлога за ЈПП, како би се олакшао развој ЈПП и јавних уговора, као и да даје мишљење у поступку одобравања предлога ЈПП пројекта без елемената концесије и у поступку предлагања концесионог акта надлежним органима за одобравање. **Дакле, Законом је предвиђено да Комисија треба да даје мишљење у поступку одобравања ЈПП у чијој је припреми и сама учествовала, односно помагала, чиме се отвара простор за потенцијални сукоб интереса у пракси.**

Комисија за ЈПП је у марту 2012. године усвојила Пословник о раду, а тек у јулу 2013. године Методологију за анализу добијене вредности у односу на уложени новац у јавно-приватном партнерству и концесијама, са којом би, према Закону, морали да буду усаглашени пословни планови у предлозима пројеката ЈПП. Међутим, и пре доношења Методологије, Комисији за ЈПП су достављани предлози пројеката ЈПП, који су добијали позитивна мишљења.

Иако је прописано да Комисија подноси Влади годишњи извештај о реализованим пројектима у складу са овим законом у Републици Србији, на њеној интернет страници не може се пронаћи ниједан извештај о раду, нити мишљење. С друге стране, на интернет страници Комисије може се пронаћи публикација о ЈПП (Practicioners Guide) у којој су представљени модели уговора и других докумената, који могу бити од користи приликом реализације ЈПП.

¹² Седам од девет чланова Комисије промењено је у новембру 2012. године, а потом су поједини чланови током 2013. године мењани у три наврата.

Наведена публикација доступна је на енглеском језику, а њени поједини делови преведени су на српски језик.

4.11. Регистар јавних уговора

Према одредбама Закона, јавни уговори се евидентирају у Регистру јавних уговора који води министарство надлежно за послове финансија, као јединствену електронску базу података на порталу јавних набавки. Регистар је јаван, а јавно тело дужно је да достави министарству закључен јавни уговор са свим прилозима, као и измене уговора и свих прилога ради уписа у Регистар. Законом је, такође, прописано да министар надлежан за послове финансија прописује садржину и начин вођења Регистра, рокове у којима се достављају јавни уговори и прилози, начин уписа и лица овлашћена за приступ Регистру, као и податке којима се може приступити, у складу са посебним прописима којима се уређује заштита података и пословна тајна.

Поступајући по наведеним законским одредбама, министар финансија и привреде је тек у јулу 2013. године донео Правилник о начину вођења и садржају јавних уговора. Правилник је потом, у децембру 2013. године, измењен. Наиме, према одредби Правилника из јула 2013. године, било је прописано да приступ јавном уговору са свим прилозима и другим прилозима из збирке исправа Регистра, као информацији од јавног значаја, *неће бити омогућен тражиоцу ако би слободан приступ јавности могао битно отежати стварање економских интереса јавног и приватног партнера*, као и да тај приступ може бити дозвољен лицу које докаже правни интерес за увид у збирку исправа Регистра. **На овај начин, одредбама Правилника било је уређено питање које се према Уставу може уредити искључиво законом и то на начин супротан одредбама Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја и одредбама Закона о ЈПП. Тек након што је Повереник за слободан приступ информацијама од јавног значаја и заштиту података о личности затражио од Уставног суда да утврди неуставност и незаконитост ових одредаба Правилника, министар финансија је у децембру 2013. године изменио спорне одредбе Правилника и прописао да се приступ јавном уговору и другој документацији из збирке исправа Регистра врши у складу са законом којим се уређује слободан приступ информацијама од јавног значаја, а да се може ограничити под условима прописаним тим законом.**¹³

И поред поменутих законских одредаба и донетог Правилника, Регистар јавних уговора још увек не постоји, па јавности и даље нису доступни подаци о постојећим ЈПП у Србији. Поред овога, проблем представља и чињеница да су одређене одредбе Правилника непрецизне и нејасне. Правилником је, између осталог, предвиђено да ако се провером пријаве за упис података из јавног уговора утврди да пријава или неки од података не одговарају подацима из јавног уговора, о томе се обавештава јавни партнер, ради отклањања утврђених недостатака. **Међутим, из законских одредаба, као и одредаба**

¹³ Види Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, *Ограничавање законом утврђених права јавности подзаконским актима – недопустиво*, <http://www.poverenik.rs/sr/saopstenja/1692-ogranicavanje-zakonom-utvrdjenih-prava-javnosti-podzakonskim-aktima--nedopustivo.html>

овог правилника, није довољно јасно које су последице у случају да јавни партнер не отклони утврђене недостатке.

Према одредбама Правилника, јавни уговор са свим прилозима, његове измене са прилозима, пријава за упис података из јавног уговора и пријава за упис промене података чине збирку исправа Регистра које се уносе и чувају у архиви министарства, *односно органа управе надлежног за послове јавних набавки, које у складу са законом води Регистар*. С друге стране, Уредбом о надзору над реализацијом јавних уговора о јавно-приватном партнерству прописано је да извештај о реализацији јавног уговора састављају јавни и приватни партнер на прописаном обрасцу, који се потом доставља Управи за јавне набавке, ради објављивања на Порталу јавних набавки у оквиру Регистра јавних уговора – подпортал.

Имајући у виду да Закон прописује да Регистар води министарство надлежно за послове финансија, док се у Уредби и Правилнику наводи да је то задатак Управе за јавне набавке, односно министарства, односно органа управе надлежног за послове јавних набавки, потребно је изменити и усагласити одредбе ових прописа, те јасно одредити у чијој је надлежности вођење Регистра јавног уговора.

5. УСАГЛАШЕНОСТ ПРОПИСА

Поред Закона, за област ЈПП значајни су, између осталог, Закон о јавним набавкама, Закон о јавној својини и Закон о комуналним делатностима. Имајући у виду наведено, веома је важно водити рачуна о усаглашености ових прописа.

5.1. Закон о јавним набавкама

Закон о ЈПП донет је 2011. године, у време док је још увек био на снази Закон о јавним набавкама из 2008. године. Одређена решења Закона била су неусаглашена са тада важећим Законом о јавним набавкама. На пример, Закон о ЈПП у члану 23. став 2. тачка 2. помиње поступак конкурентног дијалога, који се сматра најпогоднијим за доделу јавних уговора за ЈПП без елемената концесије, а који уопште није био предвиђен тада важећим Законом о јавним набавкама. Овај поступак, међутим, детаљно је уређен одредбама Закона о јавним набавкама из 2012. године и спроводи се у случају када је предмет јавне набавке нарочито сложен. С друге стране, одређене одредбе Закона о ЈПП нису усаглашене са одредбама важећег Закона о јавним набавкама. Конкретно, ради се о одредбама које се односе на подуговарање и рокове за пријем понуда и пријава за учешће у поступцима јавних набавки.

У погледу подуговарања, Законом о ЈПП предвиђено је *да јавно тело може захтевати* у конкурсној документацији и нацрту јавног уговора од понуђача да у својој понуди наведе део вредности уговора у процентима за који намерава да закључи уговор са подизвођачима. Уколико подуговарање није наведено у понуди на овај начин, подуговор се не може закључити без претходне сагласности јавног партнера. С друге стране, у одредбама Закона о јавним набавкама које се односе на понуду са подизвођачем, између осталог, прописано је да је *наручилац дужан* да у конкурсној документацији захтева од понуђача да у понуди наведе да ли ће извршење јавне набавке делимично поверити подизвођачу, проценат укупне вредности набавке који ће поверити подизвођачу, а који не може бити већи од 50%, као и део предмета набавке који ће се извршити преко подизвођача. Поред тога, према Закону о ЈПП, подуговарање је *једино могуће ако предложени подизвођач испуњава услове за обављање професионалне делатности у погледу економског и финансијског стања, као и техничке и/или стручне оспособљености за извршавање свог дела уговорних обавеза*, док је Законом о јавним набавкама прописано да поред обавезних услова, *наручилац конкурсном документацијом одређује које још услове подизвођач мора да испуни и на који начин то доказује*.

У погледу рокова за пријем понуда и пријава за учешће, Законом о ЈПП је прописано да је у отвореном поступку најкраћи рок за пријем понуда 52 дана од датума објављивања јавног позива, а у случају поступка које спроводи ималац искључивих права који изводи радове, као и у случају рестриктивног поступка, преговарачког поступка са објављивањем јавног позива и конкурентног дијалога који спроводи јавно тело 37 дана од датума слања јавног позива за пријем понуда, или пријаве за учешће код рестриктивног поступка. У случају рестриктивних поступка овај рок је 40 дана од датума објављивања

јавног позива. С друге стране, рокови за подношење понуда су одређени на другачији начина према Закону о јавним набавкама.¹⁴

Имајући у виду све наведено, потребно је усагласити одредбе Закона о ЈПП са одредбама Закона о јавним набавкама по питању подуговарања и рокова за пријем понуда и пријава за учешће у поступцима јавних набавки.

5.2. Закон о јавној својини

Према овом закону, корисници ствари у јавној својини су: државни органи и организације; органи и организације аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе; јавна предузећа, друштва капитала чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, као и њихова зависна друштва, на основу уговора закљученог на основу акта надлежног органа, а којим нису пренета у својину тог јавног предузећа, односно друштва. Ствари у јавној својини могу се дати на коришћење и осталим правним лицима, концесијом или на други начин предвиђен законом. **Дакле, иако је Законом о ЈПП предвиђено да приватни партнер може бити и домаће или страног физичко лице, право коришћења може бити пренесено само правним лицима.** Закон о јавној својини помиње једино концесију, као облик ЈПП. Ово, међутим, не значи да је њиме искључена могућност заснивања ЈПП без елемената концесије, имајући у виду да је Закон о јавној својини донет пре Закона о ЈПП, па се може сматрати да формулација *или на други начин предвиђен законом* подразумева могућност заснивања ЈПП без елемената концесије.¹⁵

5.3. Закон о комуналним делатностима

Закон о комуналним делатностима одређује комуналне делатности и уређује опште услове и начин њиховог обављања. Значај овог закона за примену ЈПП у Србији јесте у томе да су у досадашњој пракси комуналне делатности најчешће биле предмет ове врсте партнерстава.

¹⁴ Рок за подношење понуда у отвореном поступку, односно пријава у рестриктивном и квалификационом поступку и конкурентном дијалогу не може бити краћи од 40 дана од дана објављивања позива ако је процењена вредност јавне набавке већа од износа из члана 57. овог закона и 30 дана ако процењена вредност јавне набавке није већа од поменутог износа. Конкретније, рок за подношење понуда у отвореном поступку, односно пријава у рестриктивном и квалификационом поступку и конкурентном дијалогу не може бити краћи од: 30 дана од дана када је објављен позив за подношење понуда ако је процењена вредност јавне набавке већа од износа из члана 57. овог закона и ако је наручилац објавио претходно обавештење у року од најмање 30 дана, а највише шест месеци пре објављивања позива, те 22 дана од дана када је објављен позив за подношење понуда ако процењена вредност јавне набавке није већа од поменутог износа и ако је наручилац објавио претходно обавештење у року од најмање 30 дана, а највише шест месеци пре објављивања позива. Поред тога, рок за подношење понуда у рестриктивном поступку не може бити краћи од 20 дана од дана када је наручилац послао позив кандидатима, у квалификационом поступку од осам дана од дана када је наручилац послао позив кандидатима, у преговарачком поступку са објављивањем позива за подношење понуда 25 дана од дана објављивања позива, а за подношење коначних понуда у конкурентном дијалогу од 20 дана од дана слања позива изабраним кандидатима.

¹⁵ Види проф. др Предраг Цветковић и др Слађана Сredoјевић, *Јавно-приватно партнерство – приручник за спровођење на нивоу локалне самоуправе*, СКГО, Београд, 2013. године, страна 57, <http://www.skgo.org/publications/details/450>

Надзор над обављањем комуналних делатности врши министарство надлежно за комуналне делатности, којем јединица локалне самоуправе и вршилац комуналне делатности до краја фебруара текуће године достављају извештај у вези са обављањем комуналних делатности у претходној години. Такође, јединица локалне самоуправе и вршилац комуналне делатности су дужни да у року од 15 дана од дана пријема захтева овог министарства доставе и извештај, податке и обавештења у вези са обављањем те делатности. Ово министарство обавља и инспекцијски надзор над спровођењем овог закона и републичких прописа донетих на основу овог закона преко републичких инспектора за комуналне делатности, док инспекцијски надзор над спровођењем прописа јединице локалне самоуправе донетих на основу овог закона врши јединица локалне самоуправе. **На овај начин, за надзор у области ЈПП која се односе на вршење комуналних делатности је поред министарства надлежног за послове финансија, односно органа аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе надлежног за послове финансија, надлежно и министарство надлежно за комуналне делатности, односно, према Закону о министарствима, Министарство грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре.**

6. ПРЕПОРУКЕ

На основу анализе области јавно-приватног партнерства и прописа који уређују ову област, Агенција за борбу против корупције даје следеће препоруке:

Министарству финансија, Влади и Народној скупштини Републике Србије

- Отклонити све уочене нејасноће и противречности у правном оквиру који уређује област надзора и усагласити одредбе прописа тако што ће се прецизно одредити ко је и у којим сегментима задужен за његово вршење.
- Усагласити одредбе Закона, Уредбе о надзору реализације јавних уговора закључених за реализацију пројеката ЈПП са или без елемената концесије и Правилника о начину вођења и садржају јавних уговора у погледу тога ко је надлежан да води Регистар јавних уговора и прецизирати одредбе наведеног правилника.
- Учинити доступним јавности податке о ЈПП и успоставити Регистар јавних уговора.
- Усагласити одредбе Закона и других закона од значаја за област ЈПП и концесија.
- Размотрити могућност измене Закона тако што ће се прописати да ће се и на уговоре који спадају у изузетке од примене Закона примењивати одредбе о обавези регистравања у Регистру јавних уговора.
- Размотрити измене Закона у погледу избора, састава и функционисања Комисије за ЈПП.
- Изменити Закон тако што ће се прецизно прописати надлежности Комисије за јавно-приватно партнерство, како би се спречио потенцијални сукоб интереса у пракси, имајућу у виду одредбу Закона да Комисија даје мишљење у поступку одобравања ЈПП у чијој је припреми и сама учествовала.
- Размотрити могућност да се Законом додатно прецизирају и таксативно наведу области које могу бити предмет концесије.
- Изменити закон и подзаконска акта тако што ће се формулисати прецизни, јасни и објективни критеријуми за утврђивање постојања *избалансираног односа* у подели ризика између партнера и немогућности да се на други начин обезбеди потребан ниво исплативости, па јавни партнер дозвољава приватном партнеру да обавља комерцијалну делатност у оквиру реализације пројекта ЈПП.

- Изменити Закон тако што ће се појаснити да ли, и уколико да у којим ситуацијама, постоји могућност да надлежни субјекти не усвоје предлог за доношење концесионог акта, или не дају сагласност на коначни нацрт јавног уговора и прецизирати и појаснити у којим ситуацијама након давања сагласности Владе, владе аутономне покрајине или скупштине јединице локалне самоуправе на коначни нацрт уговора јавни партнер може одустати од закључења тог уговора.
- Изменити Закон тако што ће се појаснити у којим ситуацијама може доћи до формирања конзорцијума и када може доћи до ограничавања одговорности његових чланова.
- Изменити Закон тако што ће се предвидети додатни критеријуми на основу којих би се прецизније могла одредити дужина рока на који се закључује јавни уговор.
- Изменити Закон тако што ће се прописати на који начин ће јавна тела процењивати да ли се учешћем предлагача у припреми предлога пројекта нарушава конкуренција, шта је све потребно да се евентуална конкурентска предност неутралише, како се закључује да се конкурентска предност не може неутралисати, као и на који начин се обезбеђују капацитети јавних тела за овакве процене.
- Изменити Закон тако што ће се предвидети услови и критеријуми за именовање лица у стручни тим за израду конкурсне документације јавног тела пре сачињавања предлога за подношење концесионог акта.
- Изменити Закон тако што ће се прецизирати и усагласити одредбе које се односе на достављање понуда.
- Изменити Закон тако што ће се прецизирати којим критеријумима ће се водити јавна тела приликом одлучивања о томе да ли ће закључити јавни уговор по окончању поступка правне заштите, доношењем одлуке о одбијању или одбацивању захтева за заштиту права.
- Изменити Закон тако што ће се прецизирати и појаснити одредбе које се односе на концесиону накнаду, поништај поступка давања концесије и доделу додатних радова концесионару.
- Размотрити решење по којем је Републичка комисија за заштиту права надлежна и за заштиту права у поступцима концесија, имајући у виду разлике између поступка јавне набавке и поступка давања концесије.

Комисији за ЈПП

- Учинити доступним јавности извештаје о раду Комисије за ЈПП и њена мишљења.
- Израдити приручник о припреми предлога пројеката ЈПП и примени ЈПП за јавна тела на републичком, покрајинском и локалном нивоу и обезбедити континуирану едукацију из области ЈПП за представнике јавних тела.