

Priručnici za pripremu i provedbu
modela javno-privatnog partnerstva

Priručnik 4
Verzija 1

Struktura ugovora o javno-privatnom partnerstvu

Republika Hrvatska
Agencija za javno-privatno partnerstvo

Kolovoz, 2012



© COPYRIGHT Agencija za javno privatno partnerstvo, 2012.

Kontakt:

Agencija za javno-privatno partnerstvo

Andrije Hebranga 32
Zagreb, Hrvatska
tel: +385.1.555.0600
fax: +385.1.555.0695
e-mail: info@ajpp.hr
url: www.ajpp.hr

Citiranje:

Agencija za javno-privatno partnerstvo Republike Hrvatske (2012): *Struktura ugovora o javno-privatnom partnerstvu*, Priručnici za pripremu i provedbu modela javno-privatnog partnerstva, Priručnik br. 4, Verzija 1, Zagreb.

Sadržaj

1.	Predgovor.....	5
2.	Uvod.....	6
3.	Svrha priručnika.....	7
4.	Svrha i predmet ugovora	7
5.	Rok na koji je ugovor sklopljen	8
6.	Podjela rizika između ugovornih strana	8
7.	Imovinska prava ugovornih strana i način njihova rješenja.....	10
	a) Projekti temeljeni na pravu građenja.....	10
	b) Projekti temeljeni na koncesiji	11
8.	Plaćanje ugovornih strana	12
9.	Financiranje, refinanciranje i reprogramiranje.....	14
	a) Temeljna obilježja financiranja projekata JPP-a.....	14
	b) Financiranje	15
	c) Refinanciranje i reprogramiranje	16
10.	Jamstva i police osiguranja	17
	a) Jamstva u JPP projektima	17
	b) Police osiguranja u JPP projektima.....	18
11.	Kompenzirajući i oslobađajući slučajevi	19
	a) Kompenzirajući slučajevi	19
	a.1. Promjene specifikacija ugovora o JPP-u	19
	a.2. Slučajevi koji nisu uzrokovani postupanjem javnog partnera, no za koje on preuzima odgovornost	20
	a.3. Izmjene zakona	21
	b) Oslobađajući slučajevi	22
12.	Ugovorne kazne.....	23

13.	Posljedica neispunjenja ugovornih obveza	24
14.	Prestanak ugovora.....	26
	a) Razlozi za prestanak ugovora.....	27
	b) Istek roka na koji je ugovor sklopljen	28
	c) Raskid ugovora	29
	c.1. Raskid ugovora zbog neispunjenja ugovornih obveza od strane privatnog partnera	29
	c.2. Raskid ugovora zbog neispunjenja ugovornih obveza od strane javnog partnera	30
	c.3. Sporazumni raskid ugovora o JPP-u.....	31
	c.4. Raskid ugovora temeljem diskrecijske ocjene javnog partnera .	31
15.	Viša sila.....	32
16.	Rješavanje sporova između ugovornih strana	33
	a) Sporazumno rješavanje sporova	33
	b) Mirenje	33
	c) Arbitraža	34
	d) Nacionalno pravosuđe (sudovi).....	34
17.	Pravo nadzora od strane javnog partnera.....	35
18.	Postupak i uvjeti preuzimanja javne građevine na kraju ugovornog razdoblja.....	37
19.	Zaštita intelektualnog vlasništva, poslovne tajne i tajnost podataka	39
20.	Literatura.....	40

1. PREDGOVOR

Prvi ugovori o javno-privatnom partnerstvu u Republici Hrvatskoj sklopljeni su 2006. i 2007. godine. Bili su to ugovorni modeli javno-privatnog partnerstva poznati kao PFI¹ projekti u području izgradnje i rekonstrukcije škola, sportskih dvorana i autobusnog kolodvora. Tada su sklopljeni ugovori za ukupno 13 JPP projekata. Slijedeći JPP projekt sklopljen je 2012. godine, Izgradnja i upravljanje novog putničkog terminala, Zračna luka Zagreb i to kao koncesijski model. Svi projekti iz Registra ugovora o JPP-u² sklopljeni su prije stupanja na snagu Zakona o javno-privatnom partnerstvu koji je prethodio novom Zakonu o javno-privatnom partnerstvu (NN 78/12) koji je stupio na snagu u srpnju 2012. godine.

Jedan od razloga zastoja sa isporukom JPP projekata od strane javnih tijela sigurno su složena procedura koja je bila određena prethodnim zakonom i neraspoloživost jednostavnih uputa koje bi olakšale postupak pripreme i provedbe JPP projekata javnim tijelima koji, po zakonu, jedini mogu biti predlagatelji JPP projekata.

Upravo zbog ovog drugog razloga, Agencija za javno-privatno partnerstvo sa suradnicima odlučila je subjektima na JPP tržištu Republike Hrvatske ponuditi seriju priručnika čiji je cilj pojasniti pojedine postupke u pripremi JPP projekata i usmjeriti zainteresirane subjekte za ove složene, ali vrlo izazovne i uzbudljive teme iz područja pripreme JPP projekata i projektnog financiranja.

Ugovor o javno-privatnom partnerstvu zasigurno je centralni dokument u okviru kojega se utvrđuju prava i obveze, tj. pravila ponašanja javnog i privatnog partnera u dugom ugovornom razdoblju od 20 do 30 godina u prosjeku. Zbog ovog značaja i uloge ugovora, ovim smo priručnikom nastojali dati osnovne informacije i smjernice javnim tijelima i privatnim partnerima kako bi trebalo strukturirati svaki JPP ugovor. Naravno, u ovom su priručniku navedeni samo osnovni pojmovi i pojašnjenja tako da će za konkretne projekte i njihove ugovore javno tijelo, u njegovom interesu, okupiti tim stručnjaka najrazličitijih struka kako bi se proizveo dobar ugovor.

Seriju ovih priručnika treba razumjeti kao gradivo čiji je cilj stalno poboljšanje. Upravo zato i nose oznake verzije. Vjerujemo da će se stvaranjem dobre prakse javno-privatnog partnerstva u Republici Hrvatskoj stalno poboljšavati.

dr.sc. Damir Juričić
Ravnatelj Agencije za javno-privatno partnerstvo

¹ Eng. *Private Finance Initiative*, Hrv. *Privatna financijska inicijativa*.

² <http://www.ajpp.hr/naslovnica/registar/ispis-ugovora.aspx>

2. UVOD

Ugovor o javno-privatnom partnerstvu je temeljni pravni akt kojim se dogovaraju međusobna prava i obveze između javnog tijela i privatnog partnera koje je javno tijelo odabralo temeljem provedenog postupka javne nabave, odnosno riječ je o ugovoru koji uglavnom sklapaju javno tijelo i društvo posebne namjene (DPN), koje isključivo u tu svrhu osniva privatni partner. Ugovor o JPP je u biti samo jedan od pravnih akata sklopljenih između javnog tijela i privatnog partnera (DPN-a), jer se uz taj temeljni ugovor sklapa i veći broj drugih povezanih ugovora (npr. financijski sporazum, direktni sporazum, ugovor o osnivanju prava građenja, ugovori s podizvođačima, ugovori o osiguranju i sl.).

Ono što ugovore o javno-privatnom partnerstvu razlikuje od ugovora (tradicionalne) javne nabave proizlazi iz činjenice da se radi o dugotrajnim ugovorima koji se temelje na vrlo detaljnoj (cjeloživotnoj) raspodjeli rizika između javnog i privatnog partnera (DPN-a) kako za vrijeme faze građenja, tako i za vrijeme upravljanja – eksploatacije javne građevine, te što pretpostavlja sudjelovanje i posebno pravno uređenje pozicije financijskih institucija koje privatnom partneru osiguravaju izvore financiranja.

Ugovor o javno-privatnom partnerstvu se može sklopiti kao ugovor o javnoj nabavi ili kao ugovor o koncesiji. Kada se sklapa kao ugovor o koncesiji, tada je riječ o tzv. koncesiji s obilježjima javno-privatnog partnerstva sukladno Zakonu o koncesijama, odnosno riječ je o slučajevima kada se temeljem sektorskih koncesijskih zakona, povjeravanje određenih poslova iz nadležnosti javnog tijela drugim pravnim ili fizičkim osobama, može ostvariti isključivo davanjem koncesije (za radove ili usluge). Ukoliko koncesija koja se daje ima obilježja javno-privatnog partnerstva, što se određuje sukladno kriterijima iz Zakona o javno-privatnom partnerstvu i temeljem mišljenja Agencije za javno-privatno partnerstvo, navedeni projekt se realizira kao projekt JPP-a (temeljen na koncesiji), te ugovor koji se sklapa (ugovor o koncesiji) je po svojoj naravi ugovor o javno – privatnom partnerstvu. Kod takvog ugovora o koncesiji, privatni partner (koncesionar) dobiva pravo obavljanja određene javne usluge, odnosno eksploatiranja javne građevine (koju je uglavnom obavezan izgraditi) te, stoga, i direktne naplate od krajnjih korisnika. Moguće je također (ovisno o studiji isplativosti projekta) da se privatni partner (koncesionar) djelomično ili u cijelosti naplaćuje i od javnog partnera, ali specifičnost koncesijskih ugovora jest u naplati privatnog partnera od krajnjih korisnika.

Kada je riječ o drugom tipu ugovora o javno-privatnom partnerstvu – tzv. javno - nabavnom ili temeljenom na dodjeli prava građenja (ili tzv. PFI³), radi se o ugovorima kod kojih privatni partner za preuzete obveze i rizike vezano uz građevinu (financiranje, građenje i održavanje objekta), dobiva pravo naplate od strane javnog partnera koji mu iz proračuna plaća odgovarajuću naknadu u novcu. Naknada koju javno tijelo plaća sadrži troškove građenja i održavanja, troškove preuzetih rizika, troškove financiranja te odgovarajuću dobit privatnog partnera. Naknada koju javno tijelo plaća privatnom partneru proizlazi iz

³ Engl. *Private Finance Initiative*.

najpovoljnije ponude, te mora predstavljati tzv. vrijednost za novac. Ovakvim projektima se ostvaruje vrijednost za novac, te se smatraju opravdanim, samo ukoliko godišnja naknada koju će javno tijelo plaćati privatnom partneru temeljem ugovora o JPP-a za određeno ugovoreno razdoblje je manja u odnosu na onu naknadu koju bi to javno tijelo za isti projekt i za isto vremensko razdoblje moralo plaćati ukoliko bi se projekt proveo po modelu tradicionalne javne nabave.

Kod ovakvih ugovora moguće je ugovoriti i pravo naplate privatnog partnera od strane trećih osoba (najčešće obavljanjem određene komercijalne djelatnosti). Naknada koja se plaća nije fiksna te ovisi o raspoloživosti građevine odnosno o tome da li privatni partner svoje obveze izvršava u skladu sa dogovorenim standardima prostora i usluga. Složeni mehanizam utvrđivanja visine naknade koje javno tijelo plaća proizlazi iz mehanizma plaćanja, koji uz standarde usluga predstavlja obavezni prilog ovakve vrste ugovora.

3. SVRHA PRIRUČNIKA

Svrha ovog priručnika je prikazati i objasniti značenje najvažnijih odredbi/klauzula jednog tipičnog ugovora o javno-privatnom partnerstvu. Ovaj priručnik namijenjen je najširoj javnosti koja ima potrebu razumjeti osnovne principe i obilježja javno-privatnog partnerstva, odnosno ugovora o javno-privatnom partnerstvu. Želja nam je da sa što više konkretnih primjera približimo značenje pojedinih klauzula za obje vrste ugovora, uz ipak pretežito osvrtnje na javno-nabavne ugovore, tj. one kod kojih javno tijelo preuzima obavezu plaćanja naknade privatnom partneru za izvršene usluge.

4. SVRHA I PREDMET UGOVORA

Vrlo je bitno odrediti predmet i svrhu projekta, odnosno ugovora o javno-privatnom partnerstvu. Kod projekata JPP-a, svrha projekta mora biti usmjerena na ispunjenje određene javne usluge, odnosno usluge iz nadležnosti javnog tijela. Tako, primjerice, projekt gradnje škole ili autoceste je usmjeren unapređenju javne usluge obrazovanja ili prometa. Nije moguće primijeniti model JPP ukoliko svrha projekta nije povezana s pružanjem javne usluge, odnosno ukoliko je ona isključivo komercijalne naravi.

Predmet projekta s druge strane označava određenje sadržaja konkretnog projekta, odnosno ugovora. Tako predmet ugovora može biti financiranje, građenje i održavanje škole ili financiranje, građenje, održavanje i upravljanje auto-cestom. Predmetom ugovora se određuje na koji način se želi ostvariti svrha projekta (gradnja nove škole ili autoceste), te u biti označava i razinu sudjelovanja privatnog partnera u provedbi tog projekta (financiranje, građenje, održavanje), odnosno, već se iz oznake predmeta ugovora određuju koje rizike privatni partner mora preuzeti da bi se uopće moglo raditi o projektu JPP-a. Uz svrhu i

predmet, u pripremi projekta (a što nije nužni sastojak ugovora) bitno je odrediti i cilj koji se želi postići određenim projektom: u slučaju gradnje nove škole to može biti ostvarenje određenih obrazovnih standarda kao što je npr. jednosmjenska nastava ili u slučaju autoceste možemo govoriti o ciljevima brže prometne povezanosti, unaprjeđenje gospodarstva ili smanjenja broja prometnih nesreća.

5. ROK NA KOJI JE UGOVOR SKLOPLJEN

U ugovoru se mora odrediti rok na koji se ugovor sklapa. Zakonom o javno-privatnom partnerstvu se određuje da rok ne može biti kraći od 5 niti duži od 40 godina, osim ako posebnim propisom nije dozvoljen i duži rok. Koji rok će za određenu vrstu i tip projekta biti primjeren, odredit će se prijedlogom projekta. Rok predstavlja važan element projekta. Duljina roka se već u komparatoru troškova javnog sektora određuje na način da se ostvari najbolja vrijednost za novac za javno tijelo. Ugovorom će se odrediti također koji je predviđeni rok građenja (npr. 2 godine), odnosno koji je rok iskorištavanja građevine (npr. 25 godina), odnosno koji je to trenutak (datum) početka pružanja usluge (npr. u projektu izgradnje škole taj rok označava onaj trenutak kada javno tijelo preuzima održavanje objekta i odgovorno je za raspoloživost građevine). Određenje ovih rokova je iznimno važno iz razloga što je privatni partner odgovoran za poštivanje roka građenja, te će snositi sve troškove koji bi nastali zbog prekoračenja tih rokova. Također, ukoliko dođe do prekoračenja roka građenja, moguće je ugovoriti i kazne po danu prekoračenja (bilo u apsolutnom iznosu ili u postotku od kapitalne vrijednosti građevine. Nadalje, tek nakon što završi s fazom gradnje i započne pružati ugovorenu uslugu, privatni partner može započeti s naplatom naknada (bilo od krajnjih korisnika ili od javnog partnera), odnosno ostvarivati korist investicije. U projektima javno-privatnog partnerstva osnovno je načelo da ukoliko nema usluge, nema ni plaćanja.

6. PODJELA RIZIKA IZMEĐU UGOVORNIH STRANA

Najznačajnija karakteristika ugovora o javno-privatnom partnerstvu je podjela rizika. S obzirom da se radi o dugogodišnjoj suradnji javnog i privatnog sektora, u obzir se isključivo uzimaju ukupni životni troškovi projekta (troškovi građenja i držanja građevine u raspoloživom stanju za isporuku javne usluge). Kako se projektom javno-privatnog partnerstva obavljanje određenih poslova, odnosno, uloga koje u modelu tradicionalne javne nabave ima javno tijelo, povjerava privatnom partneru (u širokom spektru od projektiranja do pružanja javne usluge), tako projekte JPP-a karakterizira transfer većine (ne svih!) rizika od strane javnog na privatnog partnera.

Optimalna raspodjela rizika svakako predstavlja izazov kvalitetne pripreme i uspješne provedbe projekata JPP-a. Stoga, pronaći pravu mjeru podjele rizika između javnog i privatnog partnera je osnovni razlog zbog kojeg je potrebno imati kvalitetne savjetnike na projektu.

Opće je pravilo da određene rizike preuzima ona strana koja sa tim rizicima efikasnije upravlja. U projektima JPP-a tako se na privatnog partnera prenosi većina rizika vezanih uz izgradnju i eksploataciju građevine (održavanja ali ovisno o vrsti projekta i pružanja javne usluge) jer privatni partner ima bolja znanja i vještine (know-how), te inovativniji pristup rješavanju tehničko-tehnoloških problema što, u konačnici, znači efikasnije i učinkovitije upravljanje ukupnim životnim troškovima projekta. Takav pristup je jedan od „uzroka“ da projekti JPP-a za javno tijelo ostvaruju veću vrijednost za novac u odnosu na slučajeve gdje sve ili većinu rizika preuzima javno tijelo.

Upravo zbog navedenih razloga, u fazi pripreme dokumentacije za nadmetanje, potrebno je s posebnom pažnjom definirati uvjete sposobnosti ponuditelja, odnosno kriterije odabira privatnog partnera da bi se odabrao onaj privatni partner koji će na najpovoljniji mogući način znati odgovoriti zahtjevima javnog partnera, odnosno najkvalitetnije upravljati preuzetim rizicima.

Podjela rizika u ugovoru javno-privatnog partnerstva iskazuje se na dva načina. Prvo, podjela obveza i odgovornosti, odnosno rizika između stranaka ugovora se provlači kroz cijeli tekst ugovora (ne postoji samo jedna klauzula ili jedno poglavlje) ovisno o tome koje faze projekta (koje preuzima privatni partner) se definiraju u samom tekstu. Iz samog određenja predmeta ugovora će u startu biti jasno da se u konkretnom ugovoru radi o npr. projektiranju, građenju, održavanju i upravljanju, ali će se tek kroz pojedina poglavlja detaljnije definirati koje sve obaveze (i rizike) za svaku od pojedinih faza preuzima privatni partner, odnosno koji od tih rizika ostaju na javnoj strani. Tako, na primjer, vezano za fazu građenja, javno tijelo u pravilu preuzima rizike vezane za osiguranje zemljišta (otkup, izvlaštenje, osiguranje prilaza zemljištu) ili za pojedine posebne „oslobađajuće“ i „kompenzirajuće“ slučajeve. Rizici mogu biti i podijeljeni kao npr. u slučaju više sile. Bitno je napomenuti da ne postoji univerzalna podjela rizika (čak ni za istu vrstu projekta), te se ona posebno određuje od slučaja do slučaja.

Drugi način prikaza podjele rizika, a koji čini obavezni prilog ugovora o JPP-u je tablica podjele rizika. Riječ je dokumentu u kojem je grafički prikazana vrlo detaljna lista svih mogućih rizika iz ugovora s naznakom tko koje rizik preuzima (preuzima privatni, javni partner ili su rizici podijeljeni).

7. IMOVINSKA PRAVA UGOVORNIH STRANA I NAČIN NJIHOVA RJEŠENJA

Sukladno zakonskom uređenju područja javno-privatnog partnerstva u Republici Hrvatskoj, projekti JPP-a mogu se realizirati temeljem osnivanja (ili prijenosa) prava građenja u korist privatnog partnera ili davanjem koncesije koncesionaru od strane ovlaštenog davatelja koncesije (koncedenta). Iako su do sada razvijeni mnogi alternativni oblici JPP-a, modeli JPP-a mogu se kategorizirati u dva glavna tipa:

- a) projekti u kojima javni partner plaća novčanu naknadu privatnom partneru u obliku plaćanja iznosa za raspoloživost, za koje se uobičajeno osniva pravo građenja u korist privatnog partnera (tzv. model temeljen na raspoloživosti), te
- b) projekti u sklopu kojih krajnji korisnici privatnom partneru izravno plaćaju naknadu.

U nastavku će se detaljnije opisati projekti koji se temelje na pravu građenja ili koncesiji.

a) Projekti temeljeni na pravu građenja

Jedan od modela JPP-a je model koji podrazumijeva da javni partner osniva pravo građenja u korist privatnog partnera, a nakon toga privatni partner, kao nositelj prava građenja, na zemljištu na kojem je dobio pravo građenja, vlastitim financijskim sredstvima gradi javni objekt (javnu građevinu), drži ga u svom vlasništvu te ga održava kroz cjelokupno trajanje ugovora o JPP-u, prema specifikacijama javnog partnera i uvjetima iz ugovora. Nakon što izgradi objekt, privatni partner ga iznajmljuje javnom partneru koji taj objekt koristi za svoje potrebe (pružanje javne usluge), te privatnom partneru u zamjenu za obveze koje je isti preuzeo, kroz cijelo ugovorno razdoblje periodično iz proračuna plaća naknadu u novcu.

Ova naknada reflektira iznos kapitalne investicije koju je preuzeo privatni partner, operativne troškove upravljanja i odražavanja objekta, troškove financiranja, preuzete rizike i zaradu privatnog partnera. Procijenjeni iznos utvrđuje se komparatorom troškova javnog sektora predviđenog Zakonom o JPP-u. Ovaj se model uglavnom primjenjuje u projektima socijalnog karaktera poput škola, bolnica, javnih upravnih zgrada, zatvora, vrtića i sl. Riječ je o projektima u kojima privatni partner ne preuzima nužno obvezu upravljanja isporukom javne usluge te u kojima krajnji korisnici ne plaćaju naknadu za usluge.

Pravo građenja osniva se na temelju pravnoga posla vlasnika nekretnine koja se opterećuje, s time da se pravo građenja u korist privatnog partnera može osnovati samim

ugovorom o JPP-u ili posebnim ugovorom koji se smatra dodatkom osnovnom ugovoru o JPP-u.

S obzirom na činjenicu da temeljem pravnog posla pravo građenja može osnovati isključivo vlasnik nekretnine potrebne za realizaciju JPP projekta, javna tijela moraju u trenutku sklapanja ugovora o JPP-u biti vlasnici nekretnina koje će biti obuhvaćene tim ugovorom, a ako to nije slučaj ugovorom o JPP-u moraju se predvidjeti mehanizmi za rješavanje imovinsko-pravnih odnosa na predmetnim nekretninama, a što je uostalom i predviđeno kao jedan od kriterija za odobrenje prijedloga projekta JPP-a. Predviđeni mehanizmi za rješavanje pitanja imovinsko-pravnih odnosa najčešće uključuju postupak izvlaštenja, ukoliko se radi o izgradnji objekata ili izvođenju radova u interesu Republike Hrvatske te ukoliko je izgradnja objekta, odnosno izvođenje radova u skladu s detaljnim planom uređenja, odnosno pravomoćnom lokacijskom dozvolom.

b) Projekti temeljeni na koncesiji

U odnosu na naprijed spomenuti model JPP-a, u projektima temeljenim na koncesiji privatni partner, uz rizike građenja, financiranja i održavanja, preuzima i rizik potražnje za uslugom. U takvim projektima se inicijalna investicija privatnog partnera vraća kroz naknade koje krajnji korisnici plaćaju direktno privatnom partneru (DPN-u) za korištenje infrastrukture ili za pružene usluge. Iznos tih naknada, uvjeti i mehanizam naplate naknade jasno su definirani u ugovoru. U slučaju da naknade koje plaćaju krajnji korisnici nisu dovoljne za pokriće cjelokupnog troška projekta, dio ukupnih prihoda može se osigurati plaćanjem javnog partnera.

I prilikom provedbe projekata JPP-a koji se temelje na danj koncesiji (ukoliko se ista daje na nekretnini), davatelj koncesije bi trebao biti vlasnik nekretnine u trenutku potpisa ugovora o koncesiji, a ukoliko to nije slučaj, sukladno Zakonu o koncesijama, imovinsko-pravni odnosi vezani za tu nekretninu moraju biti razriješeni na način koji će omogućiti izvršenje ugovora o koncesiji kroz razdoblje na koje je isti ugovoren, što praktično znači da se tada ugovorom moraju predvidjeti mehanizmi za rješavanje pitanja imovinsko-pravnih odnosa na predmetnim nekretninama. Spomenuti mehanizmi najčešće uključuju postupak izvlaštenja, na način da se JPP ugovorom ovlasti koncesionara da u ime i za račun korisnika izvlaštenja može provesti navedeni postupak, ukoliko se radi o izgradnji objekata ili izvođenju radova u interesu Republike Hrvatske i ukoliko je takova mogućnost predviđena sektorskim propisom (primjerice Zakonom o javnim cestama ili Zakonom o zračnim lukama). Uz navedene preduvjete, bitno je naglasiti i da se postupak izvlaštenja može provesti isključivo ukoliko je izgradnja objekta, odnosno izvođenje radova u skladu s detaljnim planom uređenja, odnosno pravomoćnom lokacijskom dozvolom.

8. PLAĆANJE UGOVORNIH STRANA

Središnji dio svakog ugovora o javno-privatnom partnerstvu je uređenje međusobnih plaćanja. Ovisno o modelu javno-privatnog partnerstva, moguće su razne kombinacije plaćanja.

Kod projekata koji se mogu okarakterizirati kao javno-nabavni odnosno onih koji se temelje na pravu građenja, javno tijelo plaća privatnom partneru naknadu iz proračuna za raspoloživost građevine, a od privatnog partnera naplaćuje naknadu za pravo građenje. Pri tome treba istaknuti da će ta naknada (ako se uopće naplaćuje) najčešće biti simboličnog karaktera (1 kuna mjesečno/godišnje i slično) iz razloga što bi svako „komercijalno“ naplaćivanje te naknade ulazilo u trošak DPN-a, te bi se referiralo kroz povećanu naknadu. Naplaćivanje naknade za pravo građenja od strane javnog tijela imat će posljedice u poreznom tretmanu kada se kao javno tijelo javlja trgovačko društvo u većinskom javnom vlasništvu. Naime u tom slučaju, iako je vrijednost naknade za pravo građenja ugovorno određena na razini od npr. 1 kune godišnje, prema postojećem poreznom zakonodavstvu, potrebno je izračunati tržišnu vrijednost danog prava građenja na koju se plaća porez na dodanu vrijednost i koja utječe na izračun osnovice za plaćanje poreza na dobit⁴.

Kod ove vrste projekata moguće je također da, u skladu sa svrhom odobrenog projekta, DPN obavlja i komercijalnu djelatnost, što mora biti unaprijed predviđeno i ugovorom definirano, te tako DPN (osim putem plaćanja od strane javnog tijela) jedan dio prihoda može ostvariti naplatom i od trećih osoba. Kolika će biti mogućnost naplate prihoda od strane trećih ovisi o samom karakteru projekta i potražnji za komercijalnim uslugama. Ukoliko je riječ o projektu škole ti prihodi – npr. nastali iznajmljivanjem školskih prostorija nakon završene nastave za održavanje tečaja stranih jezika – neće biti značajni, dok u nekim drugim projektima – npr. autobusnog kolodvora nastali iznajmljivanjem prostorija za razne poslovno-sportske namjene, mogu imati puno važniju ulogu u financijskom modelu i utjecati na visinu naknade koja se plaća iz proračuna javnog tijela. Rizik komercijalizacije u tom smislu preuzima privatni partner. Konačna vrijednost naknade koju naplaćuje od javnog partnera rezultat je umanjenja zbog komercijalnih prihoda.

Veća mogućnost naplate od strane trećih, privatnom partneru može donijeti komparativnu prednost pred drugim ponuditeljima, jer bi to značilo da je potencijalni privatni partner spreman zatražiti manju naknadu od javnog partnera, a što primjenom kriterija ekonomski najpovoljnije ponude (kao zakonom određenog jedinog kriterija odabira) definiranog kroz kriterije sadašnje vrijednosti ukupnih životnih troškova i sadašnje vrijednosti

⁴ Prilikom izračuna tržišne vrijednosti prava građenja za utvrđivanje osnovice obračuna poreza na dodanu vrijednost i poreza na dobit, razumnim se drži da sadašnja vrijednost naknade za pravo građenja, diskontirano po društvenoj diskontnoj stopi koju objavljuje Agencija za javno-privatno partnerstvo, nije veća od 30% procijenjene vrijednosti tog zemljišta.

naknade koju plaća javni partner, tom ponuditelju u krajnjem zbroju može donijeti više bodova u odnosu na konkurenciju.

Javno tijelo prilikom izrade odgovarajućih financijskih kalkulacija u pripremi projekta (izrade prijedloga projekta) u procjeni prihoda od obavljanja komercijalne djelatnosti mora pristupiti realno i objektivno.

Javni partner plaća naknadu privatnom partneru za raspoloživost građevine. Što to znači? Privatni partner je dužan temeljem tzv. „izlaznih specifikacija“⁵ javnog tijela definirati odgovarajuće standarde prostora i usluga u svezi s građevinom koja je predmet projekta. Privatni partner preuzimajući obvezu gradnje određenog objekta i njegovog održavanja za ugovorno razdoblje od npr. 30 godina procjenjuje sve životne troškove projekta (uključivo i troškove preuzetih rizika), te procjenjuje koliku naknadu bi javno tijelo trebalo godišnje plaćati da bi se navedeni troškovi namirili tim prihodima. Javni partner plaća navedenu naknadu samo ukoliko privatni partner kontinuirano isporučuje sve definirane usluge, odnosno ispunjava postavljene zahtjeve javnog partnera. Javna građevina je raspoloživa isključivo u slučaju kada se isporučuju ugovoreni standardi.

Sve navedeno se vrlo detaljno definira kroz posebne (i za ovakvu vrstu projekata obvezujuće) priloge ugovora koji se nazivaju: standardi javnih usluga i mehanizam plaćanja. Ukoliko pak privatni partner ne ispunjava preuzete obveze, odnosno ne isporučuje ugovorene usluge, ugovorom se vrlo precizno i detaljno definiraju posljedice za DPN koje po svojoj snazi mogu biti različite (od umanjenja ugovorene visine naknade, preko zamjene podugovarača koji određeno vrijeme ne isporučuje ugovorene usluge, pa čak i do raskida ugovora). Zbog toga javno tijelo ima iznimno važnu ulogu nadzora primjene ugovora odnosno ispunjavanja svih ugovorenih standarda usluge od strane privatnog partnera u skladu s navedenim priložima.

Kod projekata koji se temelje na dodjeli koncesije, struktura plaćanja je u pravilu obrnuta u odnosu na prethodno objašnjeni model. Kod ovog modela javno-privatnog partnerstva (primjerice, izgradnja javne garaže, zračne luke ili autoceste), temeljem date koncesije ili prava građenja, privatni partner dobiva u pravilu pravo potpune eksploatacije izgrađene građevine, odnosno u potpunosti preuzima rizik potražnje. Privatni partner pruža javne usluge (poput smještaja prometa u mirovanju, zračnog, željezničkog ili cestovnog javnog prometa), ali i komercijalne usluge (poput iznajmljivanja prostorija u poslovno-ugostiteljske svrhe).

Zbog toga privatni partner dobiva pravo naplate od strane trećih osoba (po obje osnove) i iz tih prihoda namiruje sve operativne troškove i obveze prema izvorima

⁵ izlaznim specifikacijama se definiraju zahtjevi javnog tijela usmjerenim na rezultat a ne na sredstvo ostvarenja rezultata; temperatura u učionici mora biti npr. između 21 i 23 stupnja celzijusa, rasvjeta u operacijskoj sali ne smije biti manja od određene količine luksa i to je standard koji privatni partner mora postići. Na koji način će privatni partner to ostvariti javno tijelo ne propisuje, te način ostvarenja željenog rezultata isključivo ovisi o sposobnosti privatnog partnera, odnosno o njegovom know-how

financiranja. Pored ovih troškova, privatni partner, u pravilu, javnom partneru plaća odgovarajuću koncesijsku naknadu ili naknadu za pravo građenja koja može biti podijeljena na fiksni ili varijabilni dio.

Koncesijska naknada ili naknada za pravo građenja koju privatni partner plaća javnom partneru predstavlja cijenu koju privatni partner plaća javnom partneru za prava koja je dobio temeljem date koncesije ili prava građenja (pravo pružanja usluge i naplate od trećih osoba). Kolika će naposljetku biti koncesijska naknada ovisi o velikom broju pokazatelja koji se definiraju u izradi potrebnih studija u pripremi projekta i konačno proizlazi iz ekonomski najpovoljnije ponude (gdje će visina koncesijske naknade ili naknade za pravo građenja činiti vrlo važan element cijele ponude). U pojedinim slučajevima, ovisno o procijenjenoj isplativosti, moguće je da javno tijelo preuzme dio rizika potražnje i da u određenom dijelu (pod okolnostima i na način definiran ugovorom, odnosno financijskim modelom) plaća određeni novčani iznos privatnom partneru. Na taj način privatni partner jedan dio prihoda ostvaruje naplatom na tržištu a jedan dio naplatom od strane javnog partnera jer se samo na takav način može osigurati isplativost projekta.

9. FINANCIRANJE, REFINANCIRANJE I REPROGRAMIRANJE

U tradicionalnim oblicima javne nabave javni sektor posjeduje i sam održava svoju infrastrukturu, dok njenu izgradnju financira iz proračuna ili zaduživanjem. Međutim, ukoliko pojedine rizike izgradnje, održavanja, potražnje i financiranja prenosi na subjekte iz privatnog sektora, tada primjenjuje model javno-privatnog partnerstva čija je, kada se govori o financiranju, osnovna značajka primjena tehnike projektnog financiranja.

a) Temeljna obilježja financiranja projekata JPP-a

Financiranje projekta JPP-a najčešće je zasnovano po načelima projektnog financiranja, tj. financiranja bez regresa. Ključna razlika između projektnog i korporativnog (tradicionalnog) financiranja je da se kod projektnog financiranja izvori financiranja vežu uz DPN, a kod korporativnog financiranja uz matičnu tvrtku. U tom smislu se rizik podmirivanja obveza prema izvorima financiranja kod projektnog financiranja procjenjuje na temelju procijene rizika novčanih tokova koji nastaju eksploatacijom imovine izdvojene tvrtke (DPN-a), a kod korporativnog financiranja na temelju procijene novčanih tokova koji nastaju eksploatacijom ukupne imovine matične tvrtke. Za razliku od ostalih poslovnih subjekata na tržištu, koji se osnivaju prema načelu *going-concern* (posluju neograničeno u vremenu), projekti JPP-a ugovaraju se na točno određeni rok, a zadaća je DPN-a da u tom roku iz ostvarenih prihoda u cijelosti namire operativne troškove i obveze prema izvorima financiranja. Kod projektnog financiranja kreditori ne financiraju javnog partnera već poslovni sustav privatnog partnera (DPN). Iz tog razloga kreditori, u postupku ocjene

kreditne sposobnosti projekta (engl. Bankability), posebnu sposobnost usmjeravaju na kvalitetu i stabilnost novčanih tokova i to kako priljeva (plaćanja javnog partnera privatnom ili plaćanja trećih osoba privatnom partneru) tako i odljeva (troškova poslovanja privatnog partnera - DPN-a). Potrebno je istaknuti i to da kod projektnog financiranja ne postoje jamstva u obliku dodatnih hipoteka već je osnovno jamstvo povrata kredita stabilnost novčanih tokova.

Financiranje projekta JPP-a najčešće je zasnovano po načelima Projektnog financiranja, tj. financiranja bez regresa. Ključna razlika između projektnog i strukturnog (klasičnog) financiranja je da se servisiranje duga bazira isključivo na novčanom tijeku projekta, prije nego na bonitetu svakog pojedinog investitora u projektu. Za razliku od ostalih poslovnih subjekata na tržištu, koji se osnivaju prema načelu *going-concern* (posluju neograničeno u vremenu), projekti JPP-a ugovaraju se na točno određeni rok, a zadaća je projektnog društva (DPN-a) da u tom roku iz ostvarenih prihoda u cijelosti namire operativne troškove i obveze prema izvorima financiranja. Kod projektnog financiranja kreditori ne financiraju javnog partnera već poslovni sustav privatnog partnera (DPN). Iz tog razloga kreditori, u postupku ocjene kreditne sposobnosti projekta (engl. Bankability), posebnu sposobnost usmjeravaju na kvalitetu i stabilnost novčanih tokova i to kako priljeva (plaćanja javnog partnera privatnom ili plaćanja trećih osoba privatnom partneru) tako i odljeva (troškova poslovanja privatnog partnera - DPN-a). Potrebno je istaknuti i to da kod projektnog financiranja ne postoje jamstva u obliku dodatnih hipoteka već je osnovno jamstvo povrata kredita stabilnost novčanih tokova.

Ugovorom o javno-privatnom partnerstvu potrebno je utvrditi prava i obveze partnera u postupcima financiranja te refinanciranja i reprogramiranja. Pod financiranjem se razumije postupak pribavljanja ukupnih izvora financiranja potrebnih za namirenje troškova ukupne aktive projekta. Pod refinanciranjem se razumije postupak promjene prvotno utvrđene strukture izvora financiranja u dijelu koji se odnosi na proces financiranja dok se kod reprogramiranja razumije proces promjene uvjeta tuđih izvora financiranja (kredita ili dužničkih vrijednosnih papira) poput roka ili kamatne stope.

b) Financiranje

Izvori financiranja projekta moraju biti strukturirani na način da osiguraju financijsku ravnotežu te stabilnost novčanih tokova u ugovornom razdoblju. Sa strukturom izvora financiranja moraju biti suglasni i javni i privatni partner. Da bi se osiguralo optimalno financiranje, izvori financiranja moraju biti upoznati sa svim detaljima projekta. Budući da se kod JPP projekata javni partner ne zadužuje, od posebnog je njegovog interesa da privatni partner iz naknade koju mu plati javni partner, uredno i po dospeljeću otplaćuje tuđe izvore financiranja.

Ugovorno razdoblje JPP projekata je dugo tako da uvijek postoji vjerojatnost dodatnog upravljanja izvorima financiranja, međutim, javni partner sa svakom izmjenom ugovora o financiranju ili sa novim ugovorom o financiranju mora biti upoznat i dati suglasnost. Ugovorom o javno-privatnom partnerstvu posebno je važno definirati ponašanje u slučaju izmjene prvotnog privatnog partnera, tj. u postupku pronalaženja tzv. zamjenskog izvršitelja.

Ugovorom je također potrebno istaknuti koja je očekivana stopa povrata na vlastite izvore financiranja (IRRE – engl. *Equity Internal Rate of Return*)

c) Refinanciranje i reprogramiranje

Refinanciranje, ili, promjena strukture izvora financiranja (odnos duga i kapitala, tj. tuđih i vlastitih izvora financiranja) može biti posljedica najrazličitijih poslovnih uzroka no, općenito, povećani rizik poslovanja privatnog partnera (DPN-a) može povećati udio vlastitih izvora financiranja dok će smanjeni rizik poslovanja povećati udio tuđih izvora financiranja. U praksi je poznato da se proces izgradnje financira pretežito sa vlastitim izvorima financiranja. Nastupom razdoblja eksploatacije projekta, tj. operativne faze, dolazi do refinanciranja na način da se poveća udio duga istovremenim smanjenjem vlastitih izvora financiranja.

Reprogramiranjem se, također, mijenja ukupan novčani tok projekta. Smanjenjem kamatne stope oslobađa se novčani tok na način da je veći dio slobodnog novčanog toka raspoloživ privatnom partneru.

Povećanjem udjela tuđih izvora financiranja u ukupnim izvorima financiranja kao i smanjenjem kamatne stope postojećeg kredita, povećava se vrijednost IRRE. Postupanje ugovornih strana u slučaju nastupa takvih situacija treba regulirati ugovorom o javno-privatnom partnerstvu. Potrebno je istaknuti i to da se učinak promjene uvjeta izvora financiranja treba uvijek prikazivati financijskim modelom koji je uvijek sastavni dio ugovora.

10. JAMSTVA I POLICE OSIGURANJA

Jamstvo predstavlja ugovor kojim se treća osoba, jamac, obvezuje vjerovniku da će ispuniti obvezu dužnika ako to dužnik ne učini. Jamčeva obveza je akcesorna, što znači da jamčeva obveza postoji ako postoji valjana obveza glavnog dužnika.⁶ Daljnja karakteristika jamstva je supsidijarnost, što znači da vjerovnik može tražiti ispunjenje obveze od jamca tek onda kad se nije uspio namiriti od glavnog dužnika. Smatra se da se vjerovnik nije uspio namiriti nakon proteka roka ostavljenog dužniku za ispunjenje obveze u pisanom pozivu koji mu je uputio vjerovnik. Ispunjenje od jamca iznimno se može tražiti i bez prethodnog pozivanja glavnog dužnika na ispunjenje ako je očito da su dužnikova sredstva nedovoljna za ispunjenje obveze ili je glavni dužnik pao pod stečaj. Jamac može protiv vjerovnikova zahtjeva isticati sve prigovore koje bi mu mogao isticati glavni dužnik, uključivo i prigovor prijeboga. Ne može isticati jedino osobne dužnikove prigovore.

a) Jamstva u JPP projektima

Osnovno jamstvo privatnog partnera ili DPN-a je jamstvo da će pružiti traženu razinu usluge. Privatni partner osigurava slijedeća jamstva:

- bankarsku garanciju za dobro izvršenje ugovora u razdoblju gradnje i prihvata;
- bankarsku garanciju za dobro izvršenje ugovora u razdoblju uporabe i održavanja;
- jamstvo matične tvrtke za obveze DPN-a.

Bankarska garancija za dobro izvršenje ugovora u fazi gradnje i prihvata predstavlja pravo javnog partnera da pozove banku da joj, u slučaju nastupa okolnosti za plaćanje po garanciji, bez prigovora, odgode i bezuvjetno platiti iznos ili iznose najviše do vrijednosti navedene u garanciji. Ovom se garancijom javni partner osigurava od neuspjeha privatnog partnera u građenju javne građevine ili nemogućnosti predaje građevine na uporabu javnom partneru do ugovorenog vremena.

Bankarska garancija za dobro izvršenje ugovora u razdoblju uporabe i održavanja predstavlja pravo javnog partnera i osiguranje od neispunjenja obveza privatnog partnera u razdoblju uporabe i održavanja u dijelu koji se odnosi na obvezu privatnog partnera da redovitim održavanjem javne građevine osigura uvjete potpune raspoloživosti javne građevine javnom partneru za isporuku javne usluge.

⁶ Gorenc, V. (urednik) (2007): *Rječnik trovačkog prava*, Zagreb, Masmedia.

Jamstvo matične tvrtke predstavlja jamstvo vlasnika DPN-a koje izdaje u korist javnog partnera i kojim se obvezuje da će, ukoliko obveze prema javnom partneru ne ispuni DPN, to učiniti matična tvrtka. Jamstvo matične tvrtke izdaje se kao javno-bilježnička isprava.

b) Police osiguranja u JPP projektima

Javna građevina mora biti osigurana kako za vrijeme građenja, tako i za vrijeme uporabe. Privatni partner obvezan je ishoditi policu osiguranja od osiguravajućeg društva kojom će građevina biti osigurana po principu *All Construction Risk* i *All Risk*. Ovakvom policom osiguranja građevina mora biti osigurana od dana početka izgradnje do predaje građevine na uporabu javnom partneru te za cijelo razdoblje uporabe javne građevine.

11. KOMPENZIRAJUĆI I OSLOBAĐAJUĆI SLUČAJEVI

Kompenzirajući i oslobađajući slučajevi odnose se na promjene okolnosti do kojih dolazi nakon početka primjene ugovora i koje mogu utjecati na prava ugovornih strana iz JPP ugovora.

a) Kompenzirajući slučajevi

Kompenzirajući slučajevi ili slučajevi nadoknada odnose se na slučajeve kada postoji kašnjenje dovršetka radova, porast kapitalnih troškova (*capex*) ili operativnih troškova projekta (*opex*) koje javni partner mora nadoknađivati privatnom partneru, odnosno DPN-u.

Svi kompenzirajući slučajevi, kao i način postupanja ugovornih strana u slučaju njihovog nastanka moraju biti predviđeni JPP ugovorom, kako bi se na taj način smanjila mogućnost nesporazuma između ugovornih strana, vezanog uz ispunjavanje obveza koje proistječu iz nastanka nekog od kompenzirajućih slučajeva. Navođenje kompenzirajućih slučajeva u pojedinom ugovoru o JPP-u ovisi o samoj prirodi projekta te se stoga konkretni kompenzirajući slučajevi mogu razlikovati ovisno o vrsti projekata. Ipak, postoje određeni slučajevi u kojima će javni partner morati DPN-u nadoknaditi gubitak prihoda ili povećane kapitalne troškove projekta, koji su zajednički većini ugovora, a mogu se podijeliti u tri glavne kategorije, koje ćemo u nastavku malo detaljnije objasniti:

- promjene specifikacija ugovora o JPP-u koje vrši javni partner;
- slučajevi koji nisu uzrokovani postupanjem javnog partnera, no za koje on preuzima odgovornost; te
- izmjene zakona.

a.1. Promjene specifikacija ugovora o JPP-u

S obzirom na dugotrajnost JPP ugovora, koji mogu trajati i 20-30 godina, pravilo je da javni partner (javna vlast) osigurava ugovornim odredbama ovlast kojom ima određenu fleksibilnost pri izmjeni specifikacija vezanih za predmet ugovora o JPP-u, odnosno za objekt ili usluge koje se pružaju sukladno JPP ugovoru. Potrebno je istaknuti kako pregovaranje o ugovornim specifikacijama zahtijeva pomnu analizu i dijalog među stranama prije nego što se postigne dogovor o izmjenama i provedbi izmjena ugovora.

Jasno je i razumno za očekivati da takve promjene projektom društvu moraju biti prikladno nadoknađene jer društvu mogu uzrokovati dodatne troškove. Primjerice, javnom sektoru je vrlo teško predvidjeti zahtjeve za korištenjem pojedinih vrsta javnih građevina kroz dugo razdoblje – npr. promjene broja stanovnika utječu na broj potrebnih bolnica ili škola na tom području. Jednako tako, može se dogoditi promjena tehnologije koja zahtjeva zamjenu velikog dijela objekta.

U praksi se najčešće javljaju manje promjene, koje nemaju značajnijeg utjecaja na zahtjeve u vezi usluga propisanih ugovorom o JPP-u i za takve se izmjene može jednostavno dogovoriti obveza javnog partnera da plaća dodatne troškove koji nastaju, bilo da su kapitalni ili operativni.

S druge strane, velike promjene koje zahtijevaju značajno povećanje projektnih troškova ili izmjenu u pružanju usluga, mogu donositi i određene rizike kao i dovesti u pitanje održanje „financijske ravnoteže“ projekta, te stoga mogu imati značajan učinak na dugoročnu fleksibilnost JPP ugovora. Iz tih razloga u međunarodnoj praksi su se iskristalizirala određena ograničenja u razmjerima promjena:

- promjene ne smiju biti tolike da izmijene svrhu i predmet JPP ugovora;
- promjene ne mogu povećati rizike koje je projektno društvo (DPN) preuzelo kroz ugovor o JPP-u.

Kao što pravo predlaganja promjena ima javna vlast, jednako tako, ugovorom o JPP-u bi trebalo omogućiti i projektom društvu pravo predlaganja promjena koje će biti korisne za javnog partnera, kao i postupak raspoređivanja ostvarenih koristi između ugovornih strana, nastalih korisnim promjenama. Na taj način bi se osiguralo da projektno društvo ima poticaj da i dalje predlaže korisne promjene.

Konačno, u ugovor o JPP-u trebalo bi unijeti odredbe o hodogramu koji se odnosi na postupak promjena, npr. u kojem vremenu projektno društvo mora odgovoriti na upit za promjenom i slične odredbe.

a.2. Slučajevi koji nisu uzrokovani postupanjem javnog partnera, no za koje on preuzima odgovornost

U slučajevima u kojima je javni partner odgovoran za slučajeve nadoknade, u dosadašnjoj praksi opće je prihvaćeno načelo „financijske ravnoteže“, što u praksi znači da visina nadoknade koji plaća javni partner mora biti takva da se DPN, kao i njegovi osnivači/investitori i zajmodavci, ne bi stavili u poziciju goru od one u kojoj bi bili da slučaj nadoknade nije niti nastao.

Kao što je već navedeno potrebe plaćanja nadoknada od strane javnog partnera mogu nastati u slučaju porasta kapitalnih troškova projekta u fazi izgradnje objekta, te u slučaju povećanja operativnih troškova projekta u fazi eksploatacije izgrađenog objekta.

Ako zbog nastanka kompenzirajućeg slučaja dođe do povećanja kapitalnih troškova projekta, najjednostavniji i u praksi najčešći pristup je da povećanje predmetnih troškova izravno financira javni partner iz proračunskih sredstava. Ukoliko javni partner u proračunu nema dovoljno potrebnih sredstava za jednokratnu nadoknadu povećanih troškova, on može od DPN-a zatražiti da ono od svojih osnivača/investitora ili zajmodavaca prikupi dodatna

sredstva potrebna za dovršetak izgradnje, a javni partner će preuzeti obvezu plaćanja povećane periodične naknade za isporučene usluge.

Ukoliko pak, zbog nastanka kompenzirajućeg slučaja dođe do povećanja operativnih troškova projekta, povećani trošak može biti pokriven odgovarajućim porastom naknade za usluge, ako je javni partner obveznik plaćanja naknade ili se ti troškovi mogu prenijeti na krajnje korisnike, ukoliko su isti obveznici plaćanja naknade. Kako bi se krajnje korisnike, kao obveznike plaćanja usluge na neki način zaštitilo od povećanja naknada koje moraju plaćati, javna vlast može i u slučaju koncesijskog modela JPP-a plaćati razliku za povećane operativne troškove, kako će oni nastajati.

Alternativno, u oba slučaja povećanja troškova, ugovorne strane mogu se sporazumjeti o produžetku roka na koji je ugovor o JPP-u prvotno zaključen, što može biti relativno „bezbolna“ opcija ako znači da se time neće morati povećati iznos naknade za usluge. Ova situacija se rijetko kada može omogućiti unaprijed te stoga ugovorne strane o ovome trebaju pregovarati kao o izmjeni ugovora o JPP-u.

Slučaj nadoknade tijekom faze izgradnje može uzrokovati ne samo dodatno povećanje kapitalnih troškova projekta, nego i kašnjenje s dovršetkom radova. Sukladno dosadašnjoj praksi, u tom slučaju, javni partner ugovorom se unaprijed obvezuje platiti DPN-u nadoknadu za bilo kakav gubitak prihoda.

a.3. Izmjene zakona

Kao jedno od temeljnih načela javne politike u uređenim državama, jasno je da vlada ne može zabraniti i onemogućiti pravo svojim nasljednicima da mijenjaju zakone i ostale propise koji se izravno tiču obveza stranaka ugovora o JPP-u. Međutim, javni partner se može ugovorno obvezati da će, ako se zakon promijeni na način za koji se ugovorne strane slažu da je štetan za projektno društvo ili za njegove investitore, sukladno tome izvršiti odgovarajuću nadoknadu.

U praksi razlikujemo dvije vrste promjena propisa:

- „diskriminatorne“ promjene – promjene koje su izravno povezane s JPP projektom, projektnim društvom ili njegovim osnivačima/investitorima, a koje uzrokuju povećanje projektnih troškova;
- „nediskriminatorne“ promjene – općenite promjene propisa koje jednako utječu na sve pravne subjekte.

Kao što smo već naveli, „diskriminatorne“ promjene izravno su povezane s projektom JPP-a, npr. izmjenom propisa određuje se smanjenje dopuštene količine ispuštanja štetnih emisija iz spalionica otpada i time se za projektno društvo javljaju dodatni troškovi uvođenja nove tehnologije, zbog prilagodbe novim zahtjevima. Uobičajeno je pravilo prilikom utvrđivanja ugovornih odredaba, da javni partner na sebe preuzme obvezu plaćanja

povećanih projektnih troškova, nastalih promjenom propisa koji su specifični za konkretan tip objekta izgrađenog putem JPP ugovora. Kod koncesijskog modela JPP-a, povećani troškovi projekta mogu se „prevaliti“ na krajnje korisnike usluga, na način da plaćaju višu naknadu za korištenje infrastrukture ili usluga. Drugim riječima, projektno društvo (DPN) ne preuzima rizik „diskriminatorne“ promjene propisa.

Druge, općenitije odnosno „nediskriminatorne“ izmjene propisa koje utječu na povećanje projektnih troškova trebaju biti rizik projektnog društva (DPN-a). Bez obzira što projektno društvo preuzima navedeni rizik, indeksacija (usklađivanje) naknade u dijelu koji se odnosi na inflaciju, omogućava određenu zaštitu od porasta takve vrste troškova.

b) Oslobađajući slučajevi

Oslobađajući slučajevi ili slučajevi olakšica za koje se često u literaturi rabi i naziv „privremena viša sila“, su slučajevi oko kojih su se ugovorne strane sporazumjele da ih ne mogu izravno kontrolirati i koji izuzimaju projektno društvo od odgovornosti zbog propusta u radu. To konkretno znači da se naknade za usluge ne plaćaju ako usluge nisu isporučene pa projektno društvo trpi određene gubitke, ali s druge strane, javni partner ne može teretiti projektno društvo ni za koju predviđenu štetu ili kaznu, niti može zahtijevati raskid JPP ugovora. Ukoliko nastupi neki od oslobađajućih slučajeva, projektno društvo dužno je u određenom roku (primjerice 3 dana) od nastupa konkretnog slučaja o tome pismeno obavijestiti javnog partnera.

Tipični primjeri oslobađajućih slučajeva u JPP ugovorima uključuju:

- događaje kao što su požar, eksplozija, poplave, oluje, potresi, oštećenja uslijed incidenata i sl.;
- javne nemire;
- arheološka otkrića; ili
- propuste trećih strana na izvođenju ili omogućavanju radova.

Iz navedenih primjera vidljivo je da su nabrojani slučajevi olakšica isti ili vrlo slični događajima koji predstavljaju višu silu (*Force Majeure*). Ali, u ugovorima o JPP-u ipak se radi razlika između slučajeva olakšica i više sile prema vremenu njihova trajanja, na način da se slučajevima olakšica smatraju događaji čije posljedice traju privremeno (najčešće do 6 mjeseci ili 180 dana), a višom silom ti isti događaji koji čine dugotrajniji ili trajno nemogući nastavak projekta. Ovo razlikovanje je vrlo važno iz razloga što kompenzirajući i oslobađajući slučajevi ugovornim stranama ne daju pravo na raskid ugovora o JPP-u, dok se s druge strane viša sila smatra opravdanim razlogom za prijevremeni raskid JPP ugovora.

Zaključno, može se reći da oslobađajući slučajevi projektnom društvu omogućavaju „vrijeme“ (za razrješavanje problema), dok kompenzirajući slučajevi omogućavaju „vrijeme i novac“. Ali, vrlo je bitno napomenuti da navedeni slučajevi u pravilu ne omogućavaju produljenje roka na koji je sklopljen ugovor o JPP-u.

12. UGOVORNE KAZNE

Ugovorna kazna ili penal je ugovorom unaprijed određena svota novca ili druga imovinska korist koje se dužnik obvezuje isplatiti odnosno prepustiti vjerovniku ako ne ispuni svoju obvezu ili zakasni s njezinim ispunjenjem ili ako je neuredno ispuni. U JPP ugovorima uobičajeno je pravilo da se predmetna kazna ugovara za slučaj da projektno društvo kasni s dovršetkom izgradnje javne građevine koja je predmet ugovora.

Ugovorne strane mogu odrediti visinu kazne po svojoj volji, u ukupnom paušalnom iznosu, u postotku od kapitalne vrijednosti projekta, u određenom iznosu za svaki dan zakašnjenja, ili na koji drugi način.

Za ugovornu kaznu specifično je da javni partner ima pravo od projektnog društva zahtijevati ugovornu kaznu i kad njezin iznos premašuje visinu štete koju je stvarno pretrpio, pa čak i kada nije pretrpio nikakvu štetu. Ako je pak šteta koju je javni partner pretrpio veća od iznosa ugovorne kazne, on ima pravo zahtijevati razliku do potpune naknade štete.

Ali, kao što je već navedeno, bitno je naglasiti da javni partner ne može projektnom društvu naplatiti ugovornu kaznu u slučaju nastupa događaja za kojeg je JPP ugovorom predviđeno da ima značajke oslobađajućeg slučaja.

13. POSLJEDICA NEISPUNJENJA UGOVORNIH OBVEZA

Sklapanjem ugovora o JPP-u ugovorne stranke, javni i privatni partner, obvezali su se ispunjavati svoje obveze. Privatni partner obvezao se izgraditi, održavati, upravljati i financirati javnu građevinu ili pružati javne usluge, a javni partner obvezao se za isporučene usluge privatnom partneru plaćati ugovorenu naknadu.

U slučaju da privatni partner uredno ispunjava svoje obveze javni partner ispunit će svoju obvezu i na vrijeme i u ugovorenom iznosu plaćati naknadu privatnom partneru.

U slučajevima u kojima privatni partner svoje obveze ne ispunjava redovito i sukladno odredbama ugovora o JPP-u javni partner, ovisno o težini povrede ugovornih odredbi od strane privatnog partnera ima pravo zaštititi javni interes i korisnike državnog proračuna na sljedeće načine:

- umanjnjem plaćanja privatnom partneru zbog neraspoloživosti ili zbog isporuke usluge ispod propisanih standarda;
- raskidom ugovora o JPP-u; preuzimanjem uloge i obveza privatnog partnera radi neposrednog pružanja usluga krajnjim korisnicima ("*step in*");
- naplatom jamstva za uredno ispunjenje ugovornih obveza koje je privatni partner dao javnom partneru prilikom sklapanja ugovora o JPP-u; i
- zahtjevom privatnom partneru da promijeni podizvođača koji ne ispunjava uredno svoje obveze.

U slučajevima kad javni partner svoje obveze prema privatnom partneru ne ispunjava redovito privatni partner ima pravo na raskid ugovora i na naknadu štete.

Umanjenje plaćanja javnog partnera privatnom partneru zbog neraspoloživosti ili isporuke usluge ispod propisanih standarda definirano je mehanizmom plaćanja koji se temelji na standardima prostora i usluga.

Mehanizam plaćanja je dio ugovora o JPP-u u kojem se stavlja na snagu financijski učinak podjele rizika i odgovornosti između javnog i privatnog partnera (HM Treasury, 2007). Mehanizam plaćanja određuje plaćanja koja javni partner vrši privatnom partneru i potiče privatnog partnera da isporučuje uslugu na način da se ostvaruje vrijednost za novac. Mehanizam plaćanja uključuje dvije najvažnije odrednice plaćanja javnog partnera koje ovisi o dostupnosti prostora (raspoloživosti) i razini isporučene usluge. Mehanizam plaćanja treba prilagoditi svakom pojedinom projektu i ugovoru o JPP-u, ovisno o veličini i važnosti projekta, a njegove glavne značajke su:

- nema plaćanja prije nego prostor usluga budu dostupni – plaćanje javnog partnera privatnom partneru započinje nakon završetka gradnje javnog objekta u trenutku kad započne pružanje javnih usluga;

- mora postojati jedinstvena periodična naknada (mjesečna) koju plaća javni partner;
- visina plaćanja mora biti vezana uz razinu pružene usluge;
- plaćanja se ne obavljaju unaprijed nego na kraju obračunskog razdoblja nakon isporučene usluge.

Za umanjene plaćanja javnog partnera privatnom partneru u slučaju neraspoloživosti prostora bitno je mehanizmom plaćanja definirati „*Raspoloživost*“ ili „*Neraspoloživost*“ odnosno u kojim slučajevima se prostor smatra raspoloživim.

Postupak izračuna umanjenja plaćanja zbog neraspoloživosti prostora provodi se na način da se na kraju svakog obračunskog razdoblja koje prethodi isplati naknade javnog partnera privatnom partneru navedu svi slučajevi neraspoloživosti prostora, povežu s faktorima odbitka definiranih mehanizmom plaćanja te se zbroje sva umanjenja kako bi se dobilo ukupno umanjenje naknade u zadnjem obračunskom razdoblju.

Za umanjene plaćanja javnog partnera privatnom partneru u slučaju pružanja usluga ispod standarda definiranih standardima prostora i usluga bitno je mehanizmom plaćanja i standardima prostora i usluga definirati razinu potrebne usluge, način na koji će javni partner pratiti kvalitetu pružanja usluge privatnog partnera i posljedice koje proizlaze iz činjenice da je kvaliteta usluge koju pruža privatni partner pala ispod ugovorene razine (visinu odbitka naknade koju javni partner plaća privatnom partneru).

Razina potrebne usluge definira se određivanjem izlaznih specifikacija, npr. definiranjem potrebnih uvjeta prostorije (temperature, vlage, količine svjetlosti i slično).

Praćenje razine i kvalitete pružanja usluga najčešće se obavlja koristeći softverska rješenja koja omogućavaju javnom i privatnom partneru zapis svih događaja koji umanjuju razinu pružene usluge. Redovito praćenje razine usluga obavlja privatni partner prilikom redovitog održavanja građevine i javni partner kontrolama na licu mjesta.

Visina umanjenja naknade koju javni partner plaća privatnom partneru izračunava se na način da se mehanizmom plaćanja povežu različiti tipovi usluge isporučene ispod ugovorenih standarda i visina umanjenja za svaki tip. Na kraju obračunskog razdoblja zbroje se sva umanjenja naknade zbog pružene usluge ispod standarda i dobije se ukupno umanjenje naknade.

Zbroj umanjenja naknade plaćanja zbog neraspoloživosti prostora i zbog usluge ispod ugovorene razine predstavlja ukupno umanjenje od ugovorom određene mjesečne naknade koju javni partner plaća privatnom partneru

14. PRESTANAK UGOVORA

Svaki ugovor pa tako i ugovor o JPP-u je dvostrani pravni posao, a to znači da nastaje očitovanjem volje najmanje dviju strana. Postoji više vrsta ugovora, ali za područje obveznog prava najvažniji su obveznopravni ugovori (obligacijski ugovori). Obligacijski ugovori su dvostrani pravni poslovi koji smjeraju na zasnivanje obveznopravnog odnosa, a u te ugovore spada i ugovor o JPP-u, kao temeljni ugovor sklopljen između javnog partnera i društva posebne namjene u ugovornom javno-privatnom partnerstvu, ili javnog i privatnog partnera u statusnom javno-privatnom partnerstvu, kojim se u svrhu provedbe projekta JPP-a uređuju prava i obveze ugovornih strana.

Ugovorom se stvaraju prava i obveze za ugovorne strane, dakle za one pravne subjekte koji su sklopili ugovor i čijom je voljom ugovor nastao. U slučaju ugovora o JPP-u radi se o javnom partneru s jedne strane te privatnom partneru ili društvu posebne namjene, koje je osnovao odabrani najpovoljniji ponuditelj, s druge strane.

Ugovor o JPP-u je dugoročan ugovor koji se u pravilu sklapa na period od 5 do 40 godina, ali također, kao i svi ostali obligacijski ugovori, ima ograničeno trajanje, koje ovisi o vremenu na koje je sklopljen. Kao što obveznopravni odnos nastaje u trenutku kada su se dogodile određene činjenice, koje nazivamo pretpostavkama, isto se tako obveznopravni odnos gasi kad se dogode određene činjenice koje pravno nisu ništa drugo nego pretpostavke prestanka obveznopravnog odnosa. Zakon o obveznim odnosima („Narodne novine“ broj 35/05, 41/08; dalje: ZOO) propisuje da obveza prestaje ispunjenjem, suglasnošću volja sudionika u obveznom odnosu te u drugim zakonom određenim slučajevima.

Prema tome, sukladno ZOO-u, činjenice koje izazivaju prestanak obveznopravnog odnosa mogu biti ili manifestacije ljudske volje (ispunjenje, kompenzacija) ili pak neke druge pravne činjenice neovisno o ljudskoj volji (slučajna nemogućnost ispunjenja, protek vremena) za koje zakon veže prestanak obveznopravnog odnosa.

Odredbe o prestanku ugovora su jedne od najvažnijih odredaba koje čine njegov sadržaj, te sukladno tome ugovor o JPP-u treba sadržavati detaljne odredbe o prestanku ugovora. Glavna pitanja koja se predmetnim odredbama moraju urediti jesu:

- okolnosti u kojima jedna od ugovornih strana može raskinuti ugovor;
- naknada koju javno tijelo eventualno treba platiti projektnom društvu (DPN-u) nakon prestanka ugovora, visina koje ovisi o određenim okolnostima; i
- stanje imovine u trenutku njezine predaje javnome tijelu nakon prestanka ugovora o JPP-u.

a) Razlozi za prestanak ugovora

Razlozi za prestanak ugovora mogu biti:

- istek roka na koji je ugovor o JPP-u sklopljen;
- neispunjenje ugovornih obveza od strane projektnog društva (DPN-a);
- neispunjenje ugovornih obveza od strane javnog partnera;
- sporazumni raskid;
- diskrecijska ocjena javnog partnera; i
- prestanak ugovora u slučaju produljenog trajanja više sile.

Ugovorom o JPP-u trebaju se detaljno opisati okolnosti koje ugovornoj strani daju pravo na raskid ugovora, osobito kada druga ugovorna strana nije ispunila svoje ugovorne obveze. Kako bi dovela do raskida ugovora, povreda ugovora po svojoj naravi treba biti bitna te (kada je to moguće) mora postojati mogućnost njezina otklanjanja u određenom roku. Primjerice, javni bi partner, u pravilu, bio ovlašten raskinuti ugovor o JPP-u u slučajevima insolventnosti ili stečaja društva koje sudjeluje u JPP-u ili zbog ozbiljnog nedostatka u pružanju usluge (npr. u slučaju opasnosti za zdravlje ili sigurnost) koji nije bez odgađanja otklonjen.

Posebnu pažnju potrebno je pridati stanju „neprestanog kršenja” (tj. zbroja nekoliko povreda, od kojih nijedna sama za sebe nije dovoljna pretpostavka za nastanak prava na raskid ugovora, ali koje zajedno predstavljaju bitno neispunjenje ugovora). Kriterij procjene postojanja neprestanog kršenja ugovora treba biti što objektivniji, a to je moguće postići npr. pozivanjem na visinu akumuliranih kazni, odbitke, bodove za ispunjenje ili upozorenja tijekom određenog razdoblja. Iznad određene granice javni partner treba imati pravo raskinuti ugovor o JPP-u.

S druge strane, postoje i slučajevi neispunjenja ugovornih obveza od strane javnog partnera, a tipičan primjer takovog neispunjenja je neplaćanje novčanih obveza koje javni partner ima prema projektnom društvu (npr. naknade za uslugu).

Ugovorima o JPP-u javni se partner obično obvezuje da u slučaju prestanka ugovora privatnom partneru plati određenu novčanu naknadu. Odredbe JPP ugovora o navedenoj naknadi u pravilu su složene te ih treba pažljivo sastaviti uz pomoć savjetnika na projektu.

U nastavku su sažeto objašnjeni razlozi za prestanak ugovora, kao i posljedice do kojih dolazi u slučajevima prestanka ugovora.

b) Istek roka na koji je ugovor sklopljen

Istek roka je tzv. redoviti i za stranke zasigurno najpoželjniji razlog za prestanak JPP ugovora. Kao što je već spomenuto, ugovor o JPP-u je dugoročan ugovor koji se u pravilu sklapa na period od 5 do 40 godina, ali također, kao i svi ostali obligacijski ugovori, ima ograničeno trajanje, koje ovisi o vremenu na koje je sklopljen. U ovom slučaju, za razliku od raskida koji spada u prijevremene prestanke ugovora, radi se o redovitom prestanku ugovora iz jednostavnog razloga isteka vremena na koji je taj ugovor sklopljen.

Kada je riječ o ugovorima o JPP-u i njihovom redovitom prestanku, poglavito ukoliko je temeljem ugovora izgrađena određena građevina ili infrastruktura koju privatni partner po prestanku ugovora mora prenijeti u vlasništvo javnom partneru, u njima se moraju detaljno regulirati odredbe koje se odnose na trenutak prijenosa vlasništva. Najvažnije pitanje koje se ugovorom o JPP-u mora regulirati je pitanje standarda kvalitete građevine ili infrastrukture prilikom primopredaje, ili drugim riječima, u kojem se stanju građevina ili infrastruktura koja je predmet ugovora mora predati javnom partneru. Ugovori o JPP-u su u pravilu sastavljeni tako da za javno tijelo ne propisuju obvezu plaćanja naknade projektnom društvu u slučaju kad ugovor o JPP-u prestane istekom ugovorenog roka, a projektno društvo dužno je predati javnom tijelu u posjed i vlasništvo izgrađene objekte u funkcionalnom stanju i bez tereta.

Osim toga, na javnog partnera trebaju se prenijeti i sva prava uporabe prenijete građevine ili infrastrukture, tehnička dokumentacija potrebna za uporabu, a također od strane javnog partnera postoji i obveza preuzimanja zaposlenika koji su do trenutka primopredaje radili za privatnog partnera, a čiji su poslovi vezani uz prenijete građevine ili infrastrukturu.

Međutim, u određenim okolnostima istekom ugovora predviđene su naknade. Tipičan slučaj je onaj izgradnje nove imovine u određenom stadiju trajanja ugovora o JPP-u kao posljedica izvanrednog događaja (to može uključivati obvezu javnog tijela na isplatu jednokratnog iznosa naknade zbog prestanka ugovora). Slično, kada je vijek trajanja objekata izgrađenih putem JPP-a osobito dug u usporedbi s rokom na koji je ugovor o JPP-u sklopljen, moguće je razmatrati plaćanje preostale vrijednosti imovine po isteku ugovorenog roka.

c) Raskid ugovora

Raskid je način prestanka valjanog ugovora koji još nije ispunjen ili je samo djelomično ispunjen. Raskidom prestaje ugovor koji je pravno valjan. Ugovori koji nisu pravno valjani ne prestaju raskidom nego poništenjem. Uzrok poništenja redovito postoji već u trenutku sklapanja ugovora, dok uzrok raskida nastaje nakon njegova sklapanja.

Raskid valja razlikovati od otkaza. Otkaz je jednostrana izjava ugovorne strane kojom se okončava trajniji ugovorni odnos na neodređeno vrijeme i on uvijek djeluje *pro futuro*.

U suvremenom pravu dopušta se ugovornim stranama da u ugovor unesu posebne klauzule kojima se zbog određenih razloga i u određenim situacijama predviđa mogućnost jednostranog raskida ugovora. Naše obvezno pravo također dopušta ugovornim stranama da si ugovornim klauzulama osiguraju pravo jednostranog raskida ugovora (najčešće u slučaju ako druga strana ne ispunji svoju obvezu).

Kako bi se izbjegli eventualni sporovi o pravu na jednostrani raskid, ugovorne strane u svakom ugovoru, pa tako i u ugovoru o JPP-u moraju određeno i točno navesti slučajeve i razloge zbog kojih će moći jednostrano raskinuti ugovor, npr. zbog učestalog i ponovljenog kršenja ugovornih odredbi ili neispunjenja neke važnije odredbe i sl.

Prilikom raskida ugovora osnovno je pravilo da sa ugovorne strane oslobađaju svojih ugovornih obveza, osim odgovornosti za štetu u nekim slučajevima raskida. Raskidom ugovora nastaje i obveza restitucije ili povrata onoga što je primljeno na ime ispunjenja, kao i vraćanja koristi, uglavnom u obliku novčane naknade, koje je ugovorna strana u međuvremenu imala od onoga što treba vratiti.

c.1. Raskid ugovora zbog neispunjenja ugovornih obveza od strane privatnog partnera

Okolnosti koje uzrokuju raskid ugovora zbog neispunjenja ugovornih obveza od strane privatnog partnera moraju biti propisane ugovorom o JPP-u i iste uključuju materijalno kršenje ili neispunjenje ugovornih obveza, primjerice nemogućnost korištenja javne građevine, nemogućnost ili nesposobnost privatnog partnera da financira projekt, napuštanje projekta od strane projektnog društva, slabija kvaliteta pružene usluge od standarda propisanog ugovorom, trajno kršenje pravnih propisa od strane privatnog partnera te njegove insolventnosti. Potrebno je istaknuti da se ugovorom o JPP-u uređuju i okolnosti u kojima neispunjenje ne može biti povod za raskid ugovora (prije spomenute oslobađajuće okolnosti).

Privatni partner može povrijediti ugovorne obveze i zbog nedostatka jednog od njegovih podizvođača (npr. insolventnost, loše ispunjenje ugovora, korupcija). U tom slučaju to isto društvo treba imati ugovorom (odnosno ugovorima sklopljenima s podizvođačima) predviđenu mogućnost da zamijeni podizvođača koji ne ispunjava ugovor i da od njega traži

naknadu štete zbog raskida ugovora. Ta naknada treba biti osigurana (barem djelomično) garancijama za dobro izvršenje posla ili jamstvima, te određena u iznosu koji će omogućiti projektnom društvu plaćanje svih dodatnih troškova u svezi sa zamjenom podizvođača.

U slučaju neispunjenja ugovora od strane projektnog društva vrlo je bitna uloga zajmodavaca (banaka). Naime, u tom slučaju zajmodavcima se treba omogućiti da „uskoče“ (tzv. *Step-in right*) i na taj način zaštitili svoj zajam. Pravo ulaska zajmodavaca uređuje se ugovorom o JPP-u.

Ugovor o JPP-u raskida se samo ako zajmodavci odluče ne „uskočiti“, ne uspiju „uskočiti“ ili odluče „iskočiti“ iz projekta koji je podbacio. U tim slučajevima razumno je pretpostaviti da je vlasnički kapital (*equity*) projektnog društva izgubljen te da se stoga tom društvu ne isplaćuje naknada. Međutim, obično postoji obveza isplate naknade zajmodavcima projektnog društva (izravno ili kroz projektno društvo). To je opravdano činjenicom da se po raskidu ugovora imovina projekta JPP-a (ili prava na njoj) prenose javnom partneru. Ta je naknada predviđena ili odredbama ugovora o JPP-u ili važećim pravnim propisima ili drugim sporazumima (npr. ako je javni sektor pristao jamčiti za dug projekta).

U načelu, važno je osigurati da javni partner nije financijski potaknut tražiti prijevremeni raskid ugovora. Jednako tako, zajmodavci ne bi smjeli očekivati da će izbjeći gubitke na štetu javnog partnera koji će ih nepravedno snositi.

c.2. Raskid ugovora zbog neispunjenja ugovornih obveza od strane javnog partnera

Okolnosti koje opravdavaju ovu vrstu raskida ugovora su puno rjeđe nego okolnosti koje uzrokuju raskid ugovora zbog neispunjenja ugovornih obveza od strane privatnog partnera. Najčešća takva okolnost koja se pojavljuje u praksi je neplaćanje dospjelih naknada projektnom društvu i nakon isteka razumnog *grace* perioda.

Ukoliko dođe do raskida ugovora uslijed neispunjenja ugovora od strane javnog partnera, ugovorom o JPP-u treba osigurati da privatni partner ne snosi financijsku štetu. Dakle, u tim okolnostima i zajmodavcima i ulagačima u vlasnički kapital mora se u cijelosti naknaditi šteta (i stvarna šteta i izmakla dobit). Iako je izračun iznosa naknade koja se mora platiti zajmodavcima razmjerno jednostavan (npr. preostali dug, neplaćene kamate i naknade te troškovi prijevremene otplate zajma zbog raskida ugovora o omeđivanju rizika), definiranje iznosa naknade koja se mora platiti ulagačima u vlasnički kapital može biti složeno.

c.3. Sporazumni raskid ugovora o JPP-u

Sporazumni raskid je ugovor kojim ugovorne strane odustaju od postojećeg, valjanog ugovora prije njegova ispunjenja, a pravni temelj za tu mogućnost nalazi se u načelu dispozitivnosti, prema kojemu obveznopravni odnosi nastaju, mijenjaju se i prestaju voljom ugovornih strana.

Sporazumni raskid moguć je samo ako ugovor nije ispunjen ili je samo djelomično ispunjen.

Raskid ugovora do kojeg bi došlo nakon potpunog ispunjenja ugovora nije raskid postojećeg ugovora, nego sklapanje posve novog ugovora o istom objektu, i taj se ugovor smatra novim pravnim poslom. Budući da je sporazumni raskid po svojoj pravnoj prirodi ugovor, za njegovu se valjanost zahtijevaju sve one pretpostavke koje se inače zahtijevaju za valjanost ugovora (sposobnost strana, mogućnost, dopustivost, određenost ili odredivost činidbe, suglasno i valjano očitovanje volje, poseban oblik).

Temeljni učinak sporazumnog raskida ugovora sastoji se u oslobođenju ugovornih obveza u određenom obujmu i od određenog trenutka. Uobičajeno je da učinci sporazumnog raskida ugovora koji je djelomično ispunjen nastupaju *ex nunc*, tj. od trenutka raskida, a učinci raskida neispunjenog ugovora *ex tunc*, tj. od trenutka sklapanja ugovora.

c.4. Raskid ugovora temeljem diskrecijske ocjene javnog partnera

U ugovorima o JPP-u uobičajena je odredba kojom javni partner ima pravo jednostrano raskinuti ugovor u bilo koje vrijeme uz obvezu slanja prethodne obavijesti privatnom partneru. Pojedini ugovori ovo pravo javnog partnera ipak vežu uz određene pretpostavke, npr. javni partner ima pravo raskinuti ugovor ako, po svom vlastitom nahođenju, utvrdi da je takav raskidu interesu javnosti.

Posljedice ove vrste raskida jednake su posljedicama koje nastaju u slučaju raskida ugovora zbog neispunjenja ugovornih obveza od strane javnog partnera. Bitno je napomenuti kako privatni partner nema pravo je jednostrani raskid ugovora po diskrecijskoj ocjeni.

15. VIŠA SILA

Viša sila predstavlja vanjski događaj koji se nije mogao predvidjeti, izbjeći ili otkloniti, a utječe na projekt i čini ispunjenje ugovora trajno ili privremeno nemogućim. Vanjski događaj znači da je izvan stvari ili djelatnosti kojima je prouzročena šteta, a kao viša sila najčešće se pojavljuju prirodni događaji, npr. klizanje tla, sijevanje munja, potresi, poplave, požari, eksplozije itd. Karakter više sile mogu poprimiti i društvene pojave, npr. ratovi, javni nemiri, revolucije, štrajkovi, sabotaže, zabrane uvoza, izvoza i slične pojave. Odredbe koje reguliraju postupanje ugovornih strana u slučaju nastanka događaja koji se mogu pripisati višoj sili moraju biti sastavni dio svakog ugovora o JPP-u.

Za razliku od općeprihvaćene znanstvene definicije više sile, ona u JPP ugovorima ima vrlo specifično mjesto, iz razloga što nastanak takvog instituta predstavlja mogućnost za prijevremeni raskid ugovora. Tako se odredbom ugovora o višoj sili koja se unosi u JPP ugovore, predviđaju sve buduće okolnosti koje mogu nastati, a na koje ugovorne strane ne mogu utjecati i koje čine ispunjenje ugovora trajno ili privremeno nemogućim. Potrebno je razlikovati slučajeve više sile koji uzrokuju privremeni prekid u pružanju usluga sukladno JPP ugovoru, a koji se tretiraju kao oslobađajući slučajevi od onih slučajeva koji trajno onemogućuju daljnju provedbu JPP projekta, odnosno daljnja provedba uzrokuje značajne dodatne troškove.

Ako se ostvare pretpostavke za primjenu odredaba o višoj sili, moguća je obustava ispunjenja ugovornih obveza, a krajnja posljedica je raskid ugovora o JPP-u. Jedinstvenog pravila o višoj sili nema, već postoji univerzalno načelo prema kojim ugovorne strane predviđaju sve moguće slučajeve koji mogu nastati, a na koje one nikako ne mogu utjecati, a za posljedicu imaju osnove za raskid ugovornog odnosa.

Nastupom događaja više sile, u kojem je nastala samo djelomična šteta, obje strane podjednako snose trošak takvog događaja, međutim nastupom događaja u kojem ne postoji mogućnost daljnje provedbe ugovora, daje za pravo svakoj ugovornoj strani raskid takvog odnosa, bez nadoknade. Raskid se vrši putem pisane obavijesti o odluci za raskidom ugovora, upućene drugoj ugovornoj strani.

Uz navođenje događaja koji označavaju višu silu, pojedini ugovori o JPP-u taksativno navode događaje koji ni u kom slučaju na predstavljaju višu silu. Takvi događaji su primjerice stopa inflacije i kamate, promjene tečaja valute ili cijena roba i usluga, posljedice grašaka u projektiranju i slično.

➤ *Prestanak ugovora zbog produljenog trajanja više sile*

Ugovori o JPP-u obično predviđaju mogućnost da jedna od stranaka raskine ugovor u slučajevima kada viša sila sprječava ispunjenje obveza tijekom dužeg razdoblja. U ovom slučaju opće je načelo da se, s obzirom na to da nijedna strana nije kriva, teret prestanka ugovora na odgovarajući način mora podijeliti.

16. RJEŠAVANJE SPOROVA IZMEĐU UGOVORNIH STRANA

Odredbe o rješavanju sporova u JPP ugovorima vrlo su bitne i njih ugovorne strane moraju pažljivo ugovarati kako bi se potencijalni spor što je moguće „bezbolnije“ riješio te kako mogući spor između ugovornih strana ne bi ugrozio njihov odnos što bi za posljedicu dovelo do lošije kvalitete pružanja usluga za vrijeme trajanja spora. Ugovorni sporovi su poprilično uobičajena pojava u JPP ugovorima iz razloga što su ugovori o JPP-u dugoročni ugovori pa nužno dolazi i do neočekivanih događaja te zbog složenosti samog modela JPP-a. pravilo je da o nastanku bilo kojeg spora, strana koja smatra da je oštećena mora obavijestiti drugu stranu u pisanoj izjavi u određenom roku od dana njegovog nastanka.

Ocjena ugovornih rizika od strane privatnih ulagača u projekte JPP-a velikim se dijelom odnosi na raspoložive mehanizme rješavanja sporova i sukoba. Tipični mehanizmi rješavanja sporova su:

- sporazumno rješavanje sporova;
- mirenje ili concilijacija (kada odluka treće strane nije obvezujuća nego je cilj postići dogovor (nagodbu) među ugovornim stranama);
- arbitraža (nacionalna ili međunarodna); te
- nacionalno pravosuđe (parničenje);

a) Sporazumno rješavanje sporova

Prvi i osnovni princip u svim pa tako i u JPP ugovorima je sporazumno rješavanje sporova, a on znači da će ugovorne strane pokušati riješiti svaki spor, neslaganje ili potraživanje pregovorima na prijateljski način i u dobroj vjeri. Pravilo je da je svako takvo rješavanje sporova važeće samo ako je potvrđeno u pisanom obliku i potpisano po objema ugovornim stranama.

b) Mirenje

Kao jedan od načina rješavanja sporova između ugovornih strana, preporučljivo je ugovarati mirenje (posredovanje) koje se može provesti na sudu ili uz pomoć institucije za mirenje⁷ (npr. Centra za mirenje pri Hrvatskoj gospodarskoj komori), ovisno o sporazumu stranaka ugovora. Naime, ukoliko se, unatoč pregovorima, spor ne riješi sporazumno, ugovorne strane mogu pokušati riješiti spor mirenjem uz pomoć jednog ili više nezavisnih i nepristranih izmiritelja (posrednika), oko čijeg imenovanja se moraju obje složiti. Ukoliko se

⁷ Zakon o mirenju, NN18/11.

strane ne mogu složiti oko identiteta izmiritelja ili ako jedna strana odbije usluge predloženog izmiritelja, uobičajeno je da izmiritelja (posrednika) imenuje institucija za mirenje. Ugovorom o JPP-u potrebno je urediti i način pokretanja postupka mirenja, pitanja troškova mirenja, jezika mirenja i druga slična pitanja.

c) Arbitraža

Ukoliko mirenje ne uspije, sljedeći korak može biti pokretanje arbitražnog postupka. Arbitraža ili izabrano suđenje je suđenje koje se provodi pred arbitražnim sudom. Ugovorom o JPP-u stranke trebaju urediti pitanje imenovanja i broja arbitražnih sudaca (arbitara), mjerodavno pravo koje će arbitražni sud primjenjivati⁸, pravila postupka kojih će se arbitražni sud pridržavati⁹, jezik arbitraže, mjesto arbitraže¹⁰ i druga slična pitanja potrebna za uspješnu provedbu postupka.

d) Nacionalno pravosuđe (sudovi)

U slučaju kada ugovorne strane nisu ugovorile mirenje ili arbitražno rješavanje sporova, za rješavanje spora između ugovornih strana isključivo je nadležan Trgovački sud na čijem se području nalazi nekretnina koje je predmet ugovora o JPP-u.

⁸ Prema Zakonu o javno-privatnom partnerstvu isključivo je mjerodavno pravo Republike Hrvatske.

⁹ Primjerice, arbitražna pravila Međunarodne trgovinske komore ili tzv. Zagrebačka pravila.

¹⁰ Primjerice, Stalno izabrano sudište pri Hrvatskoj gospodarskoj komori.

17. PRAVO NADZORA OD STRANE JAVNOG PARTNERA

Radi zaštite javnog interesa, zadržavanja uredne razine pružanja javnih usluga i nadzora nad trošenjem proračunskih sredstava javni partner dužan je brinuti se za urednu provedbu ugovora o JPP-u.

Ugovorima o JPP-u na privatne partnere prenose se obveze financiranja, projektiranja, građenja i održavanja javnih građevina te, eventualno, pružanja javnih usluga. Zbog tog prijenosa obveza, javni partner mora zadržati pravo nadzora poslovanja privatnog partnera.

Da bi se javnom partneru omogućio nadzor nad provedbom obveza koje je privatni partner preuzeo, ugovor o JPP-u mora sadržavati jasne odredbe o pravu javnog partnera da nadzire poslovanje privatnog partnera i obvezi privatnog partnera da mu to omogući. Način na koji se upravlja ugovorom i kvaliteta nadzora kojeg obavlja javni partner ključni su za uspješan projekt JPP-a i samo dobro vođeni ugovor može isporučiti razinu javne usluge zadanu natječajnom dokumentacijom te može ostvariti vrijednost za novac.

Nadzor nad provedbom ugovora provodi se i u fazi građenja javne građevine i u fazi pružanja usluga.

Javni partner ima pravo ostvarivati uvid u tijek građenja, a privatni partner dužan je to omogućiti javnom partneru. Uvid u tijek gradnje potreban je da bi građevina bila izgrađena po ugovorenim standardima i da bi građenje završilo u predviđenim rokovima. Nadzor u fazi građenja javni partner može provoditi samostalno ukoliko ima zaposlenike sa stručnim kvalifikacijama ili posredstvom svog ovlaštenog predstavnika. Ovlašteni predstavnik najčešće je tvrtka specijalizirana za poslove nadzora građevinskih radova. Nadzor koji provodi ovlašteni predstavnik javnog partnera razlikuje se od poslova nadzora gradnje koje prema propisima o gradnji mora provoditi investitor gradnje. Ovlašteni predstavnik naručitelja nadzire da li se građenje odvija u skladu s ugovorenim standardima iz ugovora o JPP-u. Nadzor javnog partnera, samostalno ili putem ovlaštenog predstavnika, mora se obavljati na način koji će u najmanjoj mogućoj mjeri utjecati na obavljanje radova.

Nakon završetka građevinskih radova započinje pružanje javne usluga. Za kvalitetu pružanja javnih usluga bitno je osigurati učinkoviti nadzor javnog partnera nad standardima pruženih usluga. Bitni preduvjeti za provedbu nadzora su određivanje zaposlenika javnog partnera koji će provoditi nadzor ili angažiranje vanjskog suradnika javnog partnera koji je specijaliziran za područje javnih usluga koje su predmet ugovora te definiranje standarda pružanja javnih usluga.

Osobe koje će javni partner ovlastiti za nadzor nad provedbom ugovora o JPP-u moraju imati dostupne sve relevantne informacije na temelju kojih mogu procijeniti ispunjava li privatni partner preuzete obveze. U tu svrhu privatni partner dužan je prikupljati i čuvati podatke o kvaliteti i troškovima obavljanja usluga što uključuje sve bitne troškove projektiranja, građenja, održavanja, upravljanja i financiranja. Prikupljene podatke privatni

partner dužan je periodično ili na zahtjev javnog partnera dostavljati osobama zaduženima za nadzor. Nadzor pružanja usluga može se periodično obaviti i na mjestu provedbe neposrednim uvidom stoga je ugovornim odredbama potrebno predvidjeti mogućnost takvog nadzora te obvezu privatnog partnera da nadzor omogući i da predstavnicima javnog partnera pruži sve potrebne informacije, dokumentaciju i objašnjenja.

Standardi javnih usluga (stručnog naziva „*Standardi prostora i usluga*“) definirani su ugovornim odredbama, obično, posebnim dodacima ugovoru o JPP-u. Privatni partner obvezao se građevinu održavati na način da u svakom trenutku njeno stanje ne odstupa od ugovorenih standarda. U slučaju da je razina usluge ili stanje građevine koja je predmet ugovora o JPP-u iznad razine propisane Standardima prostora i usluga privatni partner ima pravo na isplatu ugovorene mjesečne ili godišnje nadoknade od javnog partnera. U slučaju da razina padne ispod razine ugovorene Standardima prostora i usluga javni partner ima pravo umanjiti iznos plaćanja za isporučenu uslugu u visini određenoj ugovorom o JPP-u ili prilogom ugovora.

18. POSTUPAK I UVJETI PREUZIMANJA JAVNE GRAĐEVINE NA KRAJU UGOVORNOG RAZDOBLJA

Ukoliko je predmet ugovora o JPP-u bila izgradnja građevine, koja je na temelju osnovanog ili prenesenog prava građenja ili dodijeljene koncesije bila u vlasništvu privatnog partnera prije isteka ugovorenog razdoblja trajanja ugovora potrebno je riješiti prijenos vlasništva i posjeda izgrađenog objekta s privatnog partnera na javnog partnera (javno tijelo). Prijenos vlasništva nad izgrađenom građevinom provodi se u zemljišnim knjigama brisanjem prava građenja koje je bilo osnovano ili prenijeto na privatnog partnera prilikom sklapanja ugovora o JPP-u.

Budući da će nakon isteka ugovora javno tijelo, pretpostavlja se, nastaviti pružati istu razinu javnih usluga vrlo je bitno da je fizičko i tehničko stanje građevine u stanju koje to omogućava.

Da bi se to postiglo ugovor o JPP-u mora sadržavati odredbe o postupku i uvjetima preuzimanja građevine. Te odredbe obuhvaćaju definiranje sljedećih pitanja:

Dan prijenosa građevine - U pravilu je to dan isteka ugovora o JPP-u, ali stranke mogu ugovoriti i neki drugi dan na koji su ispunjeni svi uvjeti potrebni za nesmetani prijenos.

Potrebno stanje građevine – Stanje građevine koje odgovara uvjetima iz ugovora ili dodatka ugovora (Standarda prostora i usluga) te podrazumijeva da je građevina u potpunosti funkcionalna i da je održavana u skladu sa svim propisanim standardima te je u trenutku prijenosa na javnog partnera pogodna za nesmetano pružanje javnih usluga.

Razdoblje prijenosa građevine - Razdoblje između dana početka postupka prijenosa i dana prijenosa građevine. Dan početka postupka prijenosa ovisi o vrsti i složenosti građevine te se obično ugovara na dan koji pada od 12 do 36 mjeseci prije dana prijenosa. Jednostavnije građevine relativno je jednostavno održavati i procijeniti njihovo stanje prije prijenosa na javnog partnera, dok je složenije građevine, na kojima se odvija značajan broj složenih radnih aktivnosti potrebno detaljno pregledati i stoga je vrijeme potrebno za postupak njihovog prijenosa znatno duže.

Način objektivnog pregleda stanja građevine – Da bi se ugovorne stranke (javni i privatni partner) suglasile oko stanja građevine i eventualnih dodatnih radova koji su potrebni da bi se građevina dovela u stanje potpune ispravnosti i usklađenosti sa standardima provodi se objektivni pregled stanja građevine. Objektivni pregled stanja građevine provodi neovisni građevinski stručnjak kojeg bira javni partner ili, ovisno o ugovoru obje stranke zajedno. Neovisni stručnjak u razdoblju koje prethodi prijenosu građevine obavlja više različitih pregleda. Prvi pregled je procjena stanja građevine na početku razdoblja prijenosa. Na temelju prvog pregleda određuju se daljnji koraci potrebni

za uspješan prijenos građevine. Ukoliko je građevina u potpunosti u skladu s ugovorenim standardima neovisni stručnjak potvrđuje da nisu potrebni nikakvi dodatni radovi. Ukoliko je građevina u stanju koje ne zadovoljava u potpunosti uvjete za prijenos neovisni inženjer određuje opseg, cijenu i vrijeme potrebno za dodatne radove koje o svom trošku mora obaviti privatni partner kako bi građevinu doveo u ispravno stanje. Nakon završetka dodatnih radova neovisni stručnjak pregledava radove i prema potrebi određuje još dodatnih radova ili građevinu proglašava u potpunosti sukladnu ugovorenim standardima.

Visinu zadržanog iznosa ugovorene naknade za vrijeme razdoblja prijenosa građevine
– Ugovorne strane u određenom razdoblju prije prijenosa građevine mogu ugovoriti izdvajanja iz mjesečne naknade u svrhu namirenja eventualnih troškova usklađivanja stanja javne građevine sa standardima prostora i usluga. Navedeni iznos javni partner može koristiti ukoliko stanje građevine na dan prijenosa nije u skladu sa ugovorenim standardima ili ukoliko dodatni radovi, koje je bio dužan učiniti privatni partner, nisu učinjeni u skladu sa standardima ili prema odluci neovisnog stručnjaka.

U trenutku prijenosa građevine na javnog partnera privatni partner dužan je prenijeti i svu dokumentaciju vezanu uz gradnju i održavanje građevine, dozvole za gradnju i uporabu, priručnike za održavanje, sve potrebne certifikate ispravnosti ugrađene opreme.

Ukoliko javni partner, nakon prijenosa, želi nastaviti održavati građevinu uz pomoć vanjskih poduzeća za održavanje, privatni partner dužan je javnom partneru prenijeti sve ugovore o održavanju koje ima sa svojim podizvođačima.

19. ZAŠTITA INTELEKTUALNOG VLASNIŠTVA, POSLOVNE TAJNE I TAJNOST PODATAKA

Ugovori o JPP-u često sadrže podatke koji su zaštićeni propisima o intelektualnim vlasništvu ili su označeni kao poslovna tajna. Također, neki ugovori mogu sadržavati podatke čije odavanje nije dozvoljeno zakonom ili nekim drugim aktom.

Intelektualno vlasništvo i poslovne tajne, u koje se svrstavaju autorsko pravo, računalni programi, know-how, nacrti, projekti i slično, u ugovorima o JPP-u najčešće se pojavljuje u priložima ugovoru. Specifično znanje i postupke razvili su specijalizirani savjetnici, a prije svega odnose se na Standarde prostora i usluga i Mehanizam plaćanja.

Podaci koji predstavljaju poslovnu tajnu ili su zaštićeni intelektualnim vlasništvom prilikom sklapanja ugovora o JPP-u zaštićuju se klauzulom u samom ugovoru o JPP-u ili posebnim ugovorom između stranaka ugovora; javnog i privatnog partnera. Posebni ugovor o čuvanju povjerljivosti podataka može obuhvatiti i druge osobe koje mogu doći u kontakt s podacima iz ugovora o JPP-u, kao npr. savjetnike javnog i privatnog partnera, podizvođače i ostale, a njegov sadržaj odnosi se na zabranu iznošenja povjerljivih podataka koje su stranke saznale u postupku sklapanja ugovora.

Uz podatke zaštićene intelektualnim vlasništvom i poslovnom tajnom stranke ugovora dužne su čuvati i sve podatke koje mogu saznati u postupku sklapanja ugovora. Osobni podaci do kojih privatni partner može doći ne smiju se učiniti dostupnima drugim osobama ili javnosti, osim ukoliko je potrebno takve podatke učiniti dostupnima vanjskim suradnicima privatnog partnera, savjetnicima ili podizvođačima. U tom slučaju vanjski suradnici dužni su se pridržavati obveze čuvanja podataka.

Podaci zaštićeni zakonom mogu se pojaviti u ugovorima koji se odnose na vojni i sigurnosni sektor i upotreba podataka klasificiranih kao tajni podaci dozvoljena je samo u skladu s propisima o zaštiti tajnih podataka.

Osnovni podaci o ugovorima ne smatraju se povjerljivim podacima i njihovo iznošenje ne predstavlja povredu obveze čuvanja podataka. Također, prema Zakonu o pravu na pristup informacijama (NN 172/03, 144/10, 77/11) svaka domaća ili strana pravna ili fizička osoba može od tijela javnih vlasti zatražiti dostavu informacija o ugovorima iz njihove nadležnosti, a tijela javne vlasti dužna su takve informacije dostaviti ukoliko njihova dostava ne ugrožava državnu, vojnu, profesionalnu ili poslovnu tajnu ili bi se njihovom dostavom ugrozila obveza zaštite osobnih podataka ili bi se njihovom dostavom ugrozilo pravo intelektualnog vlasništva.

20. LITERATURA

1. European PPP Expertise Centre (2010): *Priručnik za pripremu projekata JPP – Priprema, nabava i provedba projekata JPP-a*, Agencija za javno-privatno partnerstvo, Zagreb, 2012. (www.ajpp.hr).
2. Gorenc, V. (urednik) (2007): *Rječnik trgovačkog prava*, Zagreb, Masmedia.
3. HM Treasury (2007): *Standardization of PFI Contracts*, March, UK.
4. *Uredba o provedbi projekata javno-privatnog partnerstva*, NN 88/12.
5. *Zakon o javno-privatnom partnerstvu*, NN 78/12.
6. *Zakon o obveznim odnosima*, NN 35/05, 41/08.
7. *Zakon o pravu na pristup informacijama*, NN 172/03, 144/10, 77/11.