



УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



Зоран Ј. Филиповић

**УПРАВНИ УГОВОР КАО ИНСТИТУТ ЈАВНЕ
УПРАВЕ**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ниш, 2017.



UNIVERSITY OF NIŠ
FACULTY OF LAW



Zoran J. Filipović

**ADMINISTRATIVE CONTRACT AS AN
INSTITUTION OF PUBLIC ADMINISTRATION**

DOCTORAL DISSERTATION

Niš, 2017.

ИЗЈАВА ЗАХВАЛНОСТИ

Захваљујем ментору, проф. др Димитријевић Предрагу, и члановима Комисије, проф. др Дмичић Милу и доц. др Вучетић Дејану, на драгоценим сугестијама и упутствима, за време докторских студија и посебно при изради дисертације, што ми је омогућило да своју енергију фокусирам на истраживање и проналажење, понекад скривених, често замршених, али уз стручно вођење и адекватан труд ипак доступних путева научног сазнања.

...

Посебно захваљујем мојој породици, супрузи Сњежани, сину Дејану и кћерки Дејани, чија ми је безгранична подршка уливала додатну енергију да овај рад успешно приведем крају. Њима посвећујем ову дисертацију.

Зоран Филиповић

Подаци о докторској дисертацији

Ментор: Проф. др Предраг Димитријевић, редовни професор, Универзитет у Нишу, Правни факултет

Наслов: Управни уговор као институт јавне управе

Резиме:

У процесу реформе јавне управе постаје нарочито важан један од облика њеног остваривања - управни уговор, који је под различитим називима, али ипак са углавном истим основним карактеристикама, нашао своју примену у многим областима деловања јавне управе. Управним уговором се успостављају специфични управноправни односи између јавне управе и приватних субјеката, који се не заснивају на ауторитативном и једностраном управном акту, него на сагласности њихових воља. Овај институт, у различитим облицима има истакнуто место у правним системима већег броја развијених земаља. Упркос томе, карактер и правна природа управног уговора као једног од облика делатности јавне управе у садашњим условима нису у довољној мери постали предмет систематског истраживања пре свега у домаћој, али и страној правној литератури. Да би се овај циљ постигао потребно је размотрити низ питања која обухватају: прецизно дефинисање порекла, правне природе и правног режима управног уговора, карактеристике управног уговора као института јавне управе, његовог теоријског концепта, његов однос са сличним институтима, као што је приватноправни уговор, управни акт и слично. Потребно је уочити и тенденције и перспективе његовог развоја у савременим политичким и правним условима у свету и код нас. Сагледавање овог сложеног проблема захтева у неким питањима интердисциплинарни приступ. Разматрајући управни уговор у његовом историјско-просторном оквиру, потребно је анализирати и неке правнополитичке, економскосоцијалне и друге узроке ширења активности државе. Ово је у непосредној вези са потискивањем појма „управна функција“, који означава правни режим и начин вршења управне власти, и његове замене појмом „управна делатност“ као укупности ауторитативних и наауторитативних активности којима држава непосредно остварује своје социјалне циљеве. Овом процесу немерљив допринос дала је теорија јавних служби и праксе Државног савета у Француској, чиме је отворен простор за каснију трансформацију управе и отварање већих могућности сарадње јавног и приватног сектора кроз уговорни однос. На основама модела управе као јавне службе, заснива се и нови концепт који се појављује средином XX века, под називом „нови јавни менаџмент“ (New Public Management), а који представља концепт демократизације и модернизације јавне управе и уговор као правни основ за многе управне делатности. Упоредноправна анализа управних уговора пре свега у француском и немачком правном систему као и стања у управноправној

теорији и пракси управног уговора у низу других земаља пре свега континенталне Европе, укључујући и Русију и Украјину, важна је за правилно разумевање института управног уговора. Ово се односи и на примере из праксе земаља англосаксонског правног система као што су САД и Велика Британија, чији је значај управо у њиховим специфичностима у овој области. Упоредноправна анализа је извршена и у односу правног система Србије и других земаља, укључујући и правне системе земаља региона, са којима Србија дели исто историјско правно наслеђе, што све скупа омогућава идентификовање, како материјалних, тако и процесних управно-правних карактеристика управног уговора, као специфичног облика активности јавне управе. Анализа ефекта примене појединих облика управног уговарања у пракси као што су концесије јавних служби, јавно-приватна партнерства и друго, треба да омогући дефинисање услова и претпоставки за остварење основног циља научног истраживања, а то је уопштавање нових теоријских знања о институту управног уговора и његовог места у савременом систему јавне управе, као и дефинисање могућег правца његовог даљег развоја. Ово подразумева и формулисање услова и препорука за унапређење управноуговорног режима у целини, те изричито увођење управног уговора у правни систем Србије и земаља региона, у којима је он већ латентно присутан.

Научна област	Правне науке
Научна дисциплина:	Јавноправна област
Кључне речи:	Управни уговор, јавна управа, јавне службе, реформа управе, јавно-приватно партнерство, концесије, нови јавни менаџмент
УДК:	342.98
CERIF класификација:	S 110 Право
Тип лиценце Креативне заједнице:	CC BY-NC-ND

Data on Doctoral Dissertation

LLD Predrag Dimitrijević Full Professor, University of Niš, Faculty of Law,

Title:

„Administrative Contract as an Institution of Public Administration”

Abstract:

In the process of public administration reform, one of its realization forms becomes particularly important - an administrative contract. Having different names, but yet with mainly the same basic characteristics, it found its application in many areas of public administration. Administrative contract is used to establish specific administrative legal relations between public administration and private entities, which are not based on authoritarian and unilateral administrative act but on the consent of their will. This concept, in various different forms, has a prominent place in the legal systems of a large number of developed countries. Despite this fact, the character and the legal nature of administrative contract as one of the public administration activity forms nowadays has not become the subject of systematic research enough, primarily in the domestic as well as foreign legal literature. To achieve this goal, it is necessary to consider a number of issues that include: the precise definition of the origin, legal nature and legal regime of administrative contract, characteristics of administrative contract as the institute of public administration, its theoretical concept and its relations with similar institutes, such as private-public contract, administrative act and others. The tendencies and perspectives of its development in modern political and legal conditions in the world and in our country should also be noticed. To perceive this complex problem, an interdisciplinary approach is sometimes required. Considering the administrative contract in its historical and spatial context, it is necessary to analyze some legal-political, economic-social and other causes of state activity expansion. This is directly related to suppressing the term 'administrative function', which means the legal regime and the way of using administrative power, and its replacement by the term 'administrative action' as a sum of authoritarian and non-authoritarian activities which the state directly uses to achieve its social objectives. In this process, the theory of public services and practice of the State Council in France has given an immeasurable contribution, and it created the space for later transformation of governance and creation of more opportunities for cooperation between public and private sectors through a contractual relationship. On the basis of the model of administration as a public service, a new concept that appears in the mid-twentieth century, called "New Public Management" is based on, which represents the concept of democratization and modernization of public administration, and contract as the legal basis for many administrative activities. Comparative analysis of administrative contracts, primarily in French and German legal system as well as the situation in administrative theory and practice of administrative agreements in a number of other countries (especially in continental Europe, including Russia and Ukraine), is important for a proper

under-standing of the administrative contract institute. This also applies to examples from common law countries practice, such as the USA and the UK, whose importance lies exactly in their specifics in this area. A comparative analysis was performed to compare legal system of Serbia and other countries, including the legal systems of countries in the region, with which Serbia share the same historical and legal heritage. This enables the identification of material and admini-strative characteristics of administrative contracts, as a specific form of public administration activities. The analysis of the effect of some forms of administrative contract application in practice, such as concessions of public services, public-private partnerships and others, should enable defining conditions and assumptions for the achievement of the basic objective of scientific research, which is generalization of new theoretical knowledge about the institute of administrative contract and its place in the modern system of public administration, as well as defining possible direction of its further development. This also means defining requirements and recommen-dations for improvement of administrative and contractual regime as a whole, and the introduction of administrative contracts in the legal system of Serbia and the countries in region, in which it is already latently present.

Scientific Field:
Scientific
Discipline:

legal sciences
Public legal domain

Key Words:

Administrative contract, public administration, public services, public administration reform, public-private partnership, concessions, new public management.
--

UDC:

342.98

CERIF
Classification:

S111 Administrative law

Creative
Commons
License Type:

CC BY-NC-ND

САДРЖАЈ:

У В О Д	1
1. Релевантност истраживачке теме.....	1
2. Теоријски и практични значај истраживања.....	5
3. Циљ истраживања.....	6
4. Предмет истраживања.....	6
5. Хипотезе у истраживању.....	7
6. Методолошки оквир истраживања.....	8
7. Структура дисертације.....	9
ГЛАВА ПРВА.....	13
УПРАВНИ УГОВОРИ И ЈАВНА УПРАВА	13
1. Концепције о подели права на јавно и приватно	13
2. Јавна управа, појам и место у савременим правним системима	21
3. Уговори јавне управе – појам и обележја	34
3.1. Управно имовинско право, појам и класификација.....	35
3.1.1. Управно стварно право	35
3.1.2. Управно облигационо право	37
ГЛАВА ДРУГА	39
УПРАВНИ УГОВОРИ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ	39
1. УПРАВНИ УГОВОРИ У ПРАВУ НЕКИХ ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА.....	39
1.1. Управни уговор у праву Француске	39
1.1.1. Настанак и развој института управног уговора	39
1.1.2. Појам и класификација управних уговора.....	44

1.1.3. Закључење управног уговора	52
1.1.4. Уговорне стране и њихов правни положај	53
1.1.5. Најважнија функција управног уговора – вршење јавне службе	56
1.1.6. Дерогативне клаузуле (<i>Clause exorbitante du droit commun</i>).....	68
1.1.7. Извршење управних уговора.....	71
1.1.7.1. Теорија самовоље (<i>fait du Prince</i>)	76
1.1.7.2. Теорија непредвидивости (<i>imprevision</i>)	78
1.1.8. Престанак управних уговора.....	80
1.1.9. Правна заштита управних уговора и решавање спорова	82
1.2. Управни уговор у праву Немачке	90
1.2.1. Управни уговор у немачкој правној теорији	90
1.2.2. Управни уговор у немачком позитивном праву.....	95
1.2.3. Класификација управних уговора у немачком праву	100
1.2.4. Престанак управних уговора у немачком праву	105
1.2.5. Ништавост управних уговора у немачком праву.....	106
1.2.6. Правна заштита управних уговора и решавање спорова	109
1.3. Управни уговор у праву Шпаније	111
1.4. Управни уговор у праву Белгије.....	114
1.5. Управни уговор у праву Италије	115
1.6. Управни уговор у праву Руске Федерације	119
1.7. Управни уговор у праву Украјине.....	124
2. УПРАВНИ УГОВОРИ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ	128
2.1. Општа начела Европске уније и управни уговори.....	128
2.2. Правни режим и врсте управних уговора у праву Европске уније	135

2.3. Правна заштита управних уговора и решавање спорова	139
3. УПРАВНИ УГОВОРИ У АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВУ	141
3.1. Уговори јавне управе у правном систему Велике Британије	141
3.2. Уговори јавне управе у правном систему САД.....	143
4. УПРАВНИ УГОВОРИ У ПРАВУ НЕКИХ ДРЖАВА У РЕГИОНУ.....	158
4.1. Управни уговор у праву Хрватске.....	158
4.1.1. Управни уговор у позитивном праву Хрватске.....	158
4.1.2. Врсте управних уговора у Хрватској	166
4.1.3. Управни уговори у хрватској пракси – уговори о концесијама и ЈПП	172
4.1.4. Управни уговор у Општем пореском закону.....	181
4.1.5. Правна заштита управних уговора и решавање спорова	183
4.2. Управни уговор у праву Македоније	187
4.2.1. Управни уговор у позитивном праву Македоније.....	187
4.2.2. Уговори о концесијама и ЈПП у македонској пракси.....	197
4.2.3. Правна заштита управних уговора и решавање спорова	203
4.3. Управни уговор у праву Црне Горе.....	205
4.3.1. Управни уговор и позитивно право Црне Горе.....	205
4.3.2. Уговори о концесијама и ЈПП у пракси Црне Горе	213
4.4. Управни уговор и позитивноправни систем Босне и Херцеговине	219
4.4.1. Уговори о концесијама и ЈПП у позитивном праву Републике Српске ...	223
4.4.2. Уговори о концесијама и ЈПП у пракси Републике Српске.....	233
4.4.3. Правна заштита уговора јавне управе и решавање спорова	237
ГЛАВА ТРЕЋА.....	239
УПРАВНИ УГОВОРИ И УГОВОРИ ПРИВАТНОГ ПРАВА.....	239

1. Начела уговорног права.....	239
1.2. Основна начела грађанског права.....	240
1.2.1. Начело приватне аутономије.....	241
1.2.2. Начело савесности и поштења	243
1.2.3. Начело слободе уговарања	246
1.3. Начела облигационог права према Закону о облигацијама	247
1.3.1. Начело општости и диспозитивности	248
1.3.2. Начело равноправности страна.....	249
1.3.3. Начело забране стварања и искоришћавања монополског положаја....	250
1.3.4. Начело консензуализма (неформалности)	251
1.3.5. Начело забране злоупотребе права.....	252
1.3.6. Начело једнаке вредности давања	253
1.3.7. Начело дужности испуњавања обавеза	256
1.3.8. Начело одређене пажње у извршавању обавеза и остваривању права .	256
1.3.9. Начело мирног решавања спорова	257
2. Општи појам уговора и управни уговор	258
3. Правна природа уговора	260
4. Релативно дејство уговора.....	262
5. Правни основ (кауза) уговора	263
6. Предмет уговора.....	267
7. Сагласност воља	271
8. Закључење уговора	274
9. Форма уговора	278
10. Дејство уговора.....	282

11. Престанак уговора.....	287
12. Врсте уговора.....	290
ГЛАВА ЧЕТВРТА.....	293
УПРАВНИ УГОВОРИ И УПРАВНИ АКТИ.....	293
1. Значај разграничења управног уговора и управног акта.....	293
2. Појам управног акта.....	295
3. Обележја управног акта.....	306
3.1. Доносилац управног акта.....	306
3.2. Ауторитативност (<i>authoritty, autorite</i>).....	307
3.3. Једностраност управног акта.....	309
3.4. Правно дејство управног акта.....	309
3.5. Конкретност управног акта.....	312
3.6. Управна ствар.....	314
4. Управни уговор - двострани однос између уговорних субјеката.....	318
ГЛАВА ПЕТА.....	321
ПОЈАМ, ОБЕЛЕЖЈА И ВРСТЕ УПРАВНИХ УГОВОРА.....	321
1. Проблем теоријске генерализације појмова управног уговора.....	321
2. Појам управног уговора.....	322
3. Правна природа управног уговора.....	330
4. Јавни интерес као основни циљ управног уговора.....	332
5. Специфичност поступка закључења управног уговора.....	335
6. Уговорне стране код управног уговора.....	336
7. Правни основ управног уговора.....	339
8. Предмет управног уговора.....	340

9. Опште и дерогативне клаузуле управног уговора	345
10. Форма управног уговора.....	347
11. Дејство управног уговора	349
12. Извршење управног уговора	353
13. Престанак управног уговора	356
14. Правна заштита управног уговора.....	360
15. Врсте управних уговора.....	365
15.1. Уговори о концесији јавних служби	368
15.2. Уговори о јавноприватном партнерству	371
15.3. Уговори о јавној набавци	377
15.4. Остали управни уговори.....	379
ГЛАВА ШЕСТА	381
УПРАВНИ УГОВОР У ПРАВУ СРБИЈЕ	381
1. Управни уговор у југословенској и српској управноправној теорији	381
2. Управни уговор у предлогу новог Закона о општем управном поступку	387
3. Уговори о ЈПП, концесијама и јавним набавкама у позитивном праву Србије.	390
4. Уговори о ЈПП и концесијама у пракси Србије	420
5. Правна заштита јавноправних уговора и решавање спорова.....	441
ГЛАВА СЕДМА.....	445
ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА	445
ЛИТЕРАТУРА:.....	461
Биографија аутора	476

У В О Д

1. Релевантност истраживачке теме. У другој половини XIX и почетком XX века у свету, а нарочито у Европи под снажним утицајем индустријализације, дошло је до прогреса у економији, науци, образовању, култури и другим областима делатности друштва. Ове промене неминовно су довеле до проширења улоге државе и њене управе и значајно су утицале на даљи развој управноправне теорије и праксе. Схватања према којима се активност државе своди на вршење власти нису више одговарала реалним животним околностима.

Постепено се мења став о класичној улози и концепцији „правне државе“ засноване искључиво на сувереној државној власти. Заштита принципа легалитета није била више довољна за даљи развој друштва, а држава је преко своје управе требала да обезбеди обављање низа делатности од општег друштвеног интереса. Ово се односи на обезбеђење услова за остварење социјалне функције државе и стварање претпоставки за обављање других неопходних друштвено корисних послова. Управа је све више преузимала нове облике ангажовања који се односе на привреду, здравство, просвету и друге области, што је довело до промене у карактеру садржине активности које чине управну функцију. Упоредо с тим, и термин управна функција, који је служио за означавање правног режима и начина вршења управне власти, све се више замењује изразом „управна делатност“ као укупност ауторитативних и неауторитативних активности којима држава непосредно остварује своје социјалне циљеве.

Промене у теоријском схватању материјалног појма управе последица су, између осталог и превазилажења класичног концепта поделе власти на законодавну, извршну (односно управну) и судску на којој се заснивао модел „правне државе“ из XIX века. Ово становиште је, између осталог, заступано и у Немачкој после Првог светског рата и основ је низа савремених концепција управе. Концепт правне државе који је у време свог настанка представљао велики искорак у демократизацији друштва и обезбеђењу легалитета функционисања државне власти, ипак није био довољан за осигурање пуне демократије и укупног друштвеног развоја. Све више је до изражаја долазила спознаја да овај концепт мора да буде допуњен и са елементима који

обезбеђују да држава и њена управа имају социјалну функцију остварења друштвене добробити. У правној теорији уводи се нови појам, „социјална држава“ (*welfare state*) који подразумева државу која се стара о добробити грађана, општем друштвеном и културном напретку, развоју производње и услуга и социјалног благостања уопште.

За еволуцију у схватању појма управе од посебног је значаја „теорија јавних служби“ која настаје у Француској крајем XIX и почетком XX века у оквиру солидаристичких концепција о држави, при чему појам „јавне власти“ замењује појам „јавне службе“. Оснивач теорије јавних служби је познати француски теоретичар *Леон Диги*¹. Полазећи од солидаристичких концепција о држави и праву, према којим држава и право нису искључиво „инструменти у рукама владајуће класе“ већ организација која има за циљ остваривање интереса друштва као целине, *Диги* заступа схватање да се основни задатак државе у новим условима променио и да уместо јавне власти држава има задатак да врши јавне службе.² Посебан значај за развој ове теорије имала је пракса Државног савета Француске који је решавајући спорна питања у вези са радом управе, почео проширивати појам управне функције проширујући њену активност на неауторитативне послове које су добили обележја јавних служби.

Средином XX века ослањајући се на модел управе као јавне службе, настаје нови концепт управе под називом „нови јавни менаџмент“ (*New Public Management*), којег карактерише „једнакост у третману са грађанима, захтев друштвене праведности, одговорност за сопствено деловање и деловање подређених, извршавање јавних програма и давање предности потребама грађана пред потребама управних органа и организација“³. За овај концепт можемо рећи да представља процес демократизације и модернизације јавне управе. Промене у јавној управи обухватају неколико кључних сегмената као што су децентрализација, деволуција, временско ограничење и рокови за извршавање пројеката, програмирање рада кроз пројекте, уговор као правни основ за

¹ Леон Диги, *Преображаји јавног права*, Геца Кон, Београд, 1929.

² Исто, стр. XIX - XX.

³ Предраг Димитријевић, *Управно право-општи део*, Правни факултет Ниш, 2008. стр. 81.

многе управне делатности, нови систем вредновања и вредности. Овај модел јавне управе настао је као потреба да се управом другачије управља, како би гломазни управни апарат био ефикасан, економичан и ефективан. Ако држава треба да буде у служби бизниса онда она треба да послује по тржишним правилима која „Нови јавни менаџмент“ уводи у њеном деловању.⁴ Ново јавно управљање се бори за добру и квалитетну администрацију која ће се мерити по резултатима.⁵

У складу са савременом улогом управе за одређивање њеног теоријског појма у организационом смислу, данас се по правилу, користи појам „јавна управа“. Овај појам се пре свега користи у англосаксонској, француској и немачкој стручној литератури, због тога што је у управноправној теорији и пракси ових земаља врло рано преовладао став да вршење управних активности није искључиво вршење управне власти, већ и обављање других делатности које немају ауторитарна обележја. У овим земљама јавна управа, у првом реду означава стручни део државне управне организације при чему се наглашава њена разлика од тзв. „пословне управе привредних корпорација“. У теорији преовладава став да појам јавне управе обухвата и недржавне вршиоце управе (јавне установе и јавна предузећа), често и локалну самоуправу.⁶

У процесу демократизације и модернизације јавне управе значајну улогу заузима институт управног уговора, који регулише одређени облик уговорних односа између јавног и приватног сектора и путем кога јавна управа остварује важне делатности. Овај институт је у упоредним правним системима присутан под различитим називима, али његови основни елементи су углавном исти. Ипак, и поред осетне заступљености у законодавству држава европског континенталног права, карактер и правна природа управног уговора нису у довољној мери истражени. Недовољна систематичност у приступу овој теми карактерише и стране правне

⁴ Исто, стр. 81. - 82.

⁵ Мијат Дамјановић, *Уводне напомене, Упоредна искуства државних управа*, Београд, 2003. стр. 13.

⁶ Стеван Лилић, Петар Кунић, Предраг Димитријевић, Милан Марковић, *Управно право*, Савремена администрација, Београд, 1999. стр. 73. - 74.

теоретичаре, а нарочито домаће ауторе који су се овом темом бавили врло ретко. Недостатак системске правне регулативе управноправних уговорних односа и противречност правног режима у овој области присутан је и у Србији и земљама региона.

У оваквим околностима потпуно оправдано, наметнула су се питања: У којој је мери одсуство управноправних инструмената за реализацију ових односа, у узрочно-последичној вези са степеном ефикасности уговорних форми управљања и колико недостатак ових инструмената утиче на могућност управног уговарања у области јавног права? У домаћем праву је несумњиво најизраженији недостатак и неадекватност позитивне законске регулативе у овој области. Правни оквир се у савремених правним системима заснива, пре свега, на ставовима науке и струке, те практичним искуствима у одређеној области. Дакле, изостанак научне подлоге је један од основних узрока неадекватног правног оквира и за ову врсту уговорноправних форми деловања јавне управе.

Схватање системског карактера правне природе управних уговора постаје важно питање и за управноправну теорију и праксу. Постоји потреба за уопштавањем добрих искустава у примени уговорних облика јавне управе у различитим делатностима јавне управе. Може се закључити да је развој науке управног права у овој области веома актуелан и да као такав, отвара простор за значајније ангажовање и бављење овом темом, како страних тако и домаћих теоретичара управног права.

Питања која одређују тему овог рада била су предмет интересовања правних теоретичара још у првим деценијама прошлог века. Од тада је наука управног права у овој области дала одговоре на многа питања, али су до данас остале и бројне дилеме. Актуелност теме се последњих година значајно повећала, нарочито отпочињањем интензивног процеса реформе јавне управе у земљама које су у процесу прилагођавања своје правне регулативе прописима развијених западних земаља.

По нашем мишљењу, задатак (управно)правне науке на садашњем степену развоја, лежи у потреби јасног одређења места и улоге управног уговора у савременој јавној управи, кроз свеобухватну анализу позитивних решења овог института у упоредном праву и прилагођавања овог института потребама домаћег управноправног

система, те обезбеђења одговарајућег правног оквира за његово регулисање. У том смислу истраживање је отворило бројна питања на која се у дисертацији покушало одговорити, али свакако да услед објективних околности и ограничености обима ове врсте рада многа питања остају отворена, како на нивоу саме научне поставке проблема, па све до заузимања коначних ставова о теми дисертације.

2. Теоријски и практични значај истраживања. Научна новина рада одређена је како самим формулисањем проблема, тако и недостатком системског истраживања института управног уговора у домаћем, али и упоредном праву. У истраживању ће бити извршена теоријска разрада концепције управноправног регулисања уговорних односа у сфери јавног управљања, као и различита теоријска схватања о природи управног уговора и његовом месту у управном праву.

Такође ће бити извршена упоредна анализа, пре свега француског и немачког модела управног уговора, због њихових специфичности и утицаја на начин регулисања овог института у правним системима развијених држава континенталне Европе, које су прихватиле неки од ових модела. Резултати теоријског истраживања, треба да допринесу бољем разумевању института управног уговора и олакшају његово даље истраживање.

Допринос дисертације се огледа у анализи утицаја правног режима на примену управних уговора у пракси, нарочито његових латентних облика у уговорима о концесији и уговорима о јавно-приватном партнерству у Србији и земљама Региона.

Правилно разумевање института управног уговора нужно је и за дефинисање одговарајућег броја конкретних препорука за његову успешну имплементацију у правни систем Србије и земаља Региона са којима она дели исто историјско управноправно наслеђе.

Теоријски ставови, практичне сугестије и препоруке су презентовани на научним скуповима у Србији, Босни и Херцеговини и Црној Гори кроз објављене научне радове и реферате аутора. Резултати истраживања својим закључцима и теоријско-практичним предлозима треба да омогуће напредак у демократизацији уговорних форми деловања јавне управе и нарочито веће примене управног уговора у

уређивању друштвених односа и функционисања јавне управе на новим тржишним принципима.

3. Циљ истраживања. Основни циљ научног истраживања је уопштавање нових теоријских знања о институту управног уговора и његовог места у савременим системима јавне управе, одређивање могућег правца његовог даљег развоја, те формулисање предлога за унапређење управноуговорног режима и могућности његове успешне примене у законодавству и пракси Србије.

Тако су из циља истраживања проишли задаци истраживања:

- Анализирање релевантне научне грађе, страних и домаћих аутора посвећене теорији управног уговора,
- Одређивање места управног уговора у управноправном систему;
- Теоријско одређење управног уговора као института (деловања) јавне управе;
- Идентификовање управноправних карактеристика, материјалних и процесних аспеката управног уговора као специфичног облика активности јавне управе;
- Истраживање проблема управноуговорног субјективитета органа јавне управе,
- Разграничење уговорних форми између јавног и приватног сектора у обављању јавних служби;
- Анализирање института управног уговора у упоредном праву, нарочито у праву Француске и Немачке због њихове специфичности и значаја за тему рада;
- Истраживање ефикасности примене појединих облика управног уговарања у пракси;
- Утврђивање материјалних и процесних претпоставки за правну заштиту управног уговора и решавање спорова;
- Утврђивање предлога за унапређење правне регулативе ради побољшања услова за увођење и развој система управних уговора у Србији.

4. Предмет истраживања. Предмет истраживања је порекло, правна природа и правни режим управног уговора, карактеристике управног уговора као института деловања јавне управе, теоријски концепт, те тенденције и перспективе његовог развоја у савременим политичким и правним условима у свету и код нас. Избор предмета научног истраживања определила је повећана актуелност теме, у оквиру реформских

процеса јавне управе и њене све веће тржишне оријентисаности, те потребом да се по узору на успешне моделе управног уговора у земаљама континенталне Европе, овом институту, непотребно занемареном у Србији и државама региона, посвети одговарајућа пажња.

5. Хипотезе у истраживању. У тежњи ка свеопштој демократизацији државе и друштва, јавна управа је превазишла аутократски облик управљања и њена делатност се све више базира на тржишним принципима и новим моделима сарадње јавног и приватног сектора.

Стога се главна хипотеза дисертације базира на претпоставци да је у процесу развоја јавне управе и даље демократизације друштва управни уговор важан институт, који у правној теорији, нарочито домаћој још увек није довољно истражен, иако је латентно присутан, те је неопходно обезбедити правне и друге претпоставке да овај институт буде унапређен и формално-правно уведен у домаће законодавство. Да бисмо проверили ову главну хипотезу, сагледаћемо посебне хипотезе које се заснивају на следећим претпоставкама:

- У бројним земљама континенталне Европе са развијеном јавном управом управни уговор заузима значајно место,
- У бившим социјалистичким правним системима укључујући и правни систем Србије као републике у социјалистичкој Југославији, управни уговор је сматран непримереним за тадашње друштвено уређење и тип државе, па није био формално-правно присутан у позитивном праву и веома мало је изучаван,
 - Управни уговор има елементе управног акта, али се од њега јасно разликује;
 - Управни уговор је специфична врста споразума који има особине приватно-правног и јавноправног уговора.
- До доношења новог Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама у Србији, правни оквир за управне уговоре био је неадекватан и контрадикторан;
- Правне системе већине постјугословенских држава укључујући и Србију, карактерише латентна присутност управних уговора, али ради њихове успешне примене, неопходно је њихово експлицитно увођење у позитивно законодавство,

- У предлогу новог Закона о општем управном поступку Републике Србије управни уговори су предвиђени као законска категорија, али је изостала њихова прецизна разрада и усаглашавање са другим законима;

- За постојање управних уговора у Србији и заштите права из овог уговора, неопходно је посебно управно судство и одговарајући материјалноправни и процесно правни оквир за његово функционисање.

6. Методолошки оквир истраживања. Приликом изучавања управног уговора као института (деловања) јавне управе између осталих биће коришћени следећи научни методи: правни метод као основни метод, историјски метод, компаративни метод, метод анализе, метод синтезе и други.

Правни метод ће бити примењен као основни метод за анализу правних института и појава везаних за управно право, јавну управу и управни уговор. Њиме ће се анализирати правни прописи, као и схватања правне теорије и праксе о предмету истраживања. *Историјски метод* ће бити коришћен као начин стицања научног сазнања о настанку и развоју управног уговора повезаног са моделом управљања, јавних служби и других управноправних института, у одређеном временском и просторном оквиру, на основу ког се формирају новостечена и предвиђају постојећа научна сазнања о предмету истраживања.

С обзиром на то да је један део истраживања посвећен управним уговорима у упоредном праву, пре свега Француске и Немачке, али и неких других држава Европе и региона, у раду ће широко бити заступљен *компаративни метод*. Помоћу компаративног метода испитаће се сличности и разлике између концепта управног уговора у појединим државама.

У раду ће бити широко коришћени научни *методи анализе и синтезе*. Највећи део истраживања биће спроведен научноистраживачком *техником анализе садржаја*, којом ће бити анализирани различити садржаји који се односе на предмет научног истраживања, као што су анализа правних прописа, анализа теоријских схватања института управног уговора, али и анализа резултата практичне примене појединих врста управног уговора. *Метод синтезе* ће бити заступљен кроз: а) *метод*

конкретизације који ће бити примењен при разматрању конкретних примера управних уговора и б) *метод генерализације* код истраживања општих карактеристика, заједничких за уговоре из различитих правних система. Заједничка и појединачна својства управних уговора до којих се дође истраживањем биће систематизована и класификована да би се указало на битне везе и односе.

7. Структура дисертације. Структура дисертације одређена је природом циљева и задатака истраживања, као и логиком аутора у презентовању научног материјала. Рад се састоји од увода, седам поглавља, и списка коришћене литературе. У раду су, у вези са темом дисертације, наведени многобројни примери из праксе, а неки карактеристични примери су посебно истакнути, због њихове прегледности, тако што су уоквирени и нумерисани.

У *уводном делу* изложен је научни проблем, релевантност истраживања, циљ, предмет, хипотетички и методолошки оквир истраживања. Тако се наглашава да се управним уговорима успостављају специфични управноправни односи између јавне управе и приватног субјекта, који се не заснивају на ауторитативном и једностраном управном акту него на сагласности њихових воља.

Као један од разлога за избор предмета истраживања наводи се недостатак, нарочито у Србији, али и другим земљама региона, системске правне регулативе управних уговорних односа, присутност противречности правног режима и одсуство управноправних механизма за њихову реализацију, што узрокује низак степен ефикасности уговорних форми управљања и као последица тога ствара сумњу у могућност њиховог коришћења у области јавног права.

Прва глава носи назив: „Управни уговори и јавна управа“. У овом делу рада је извршена анализа теоријских концепција о подели целокупног права на јавно и приватно и теоријско одређење појма и места управе и јавне управе у савременим правним системима, као једног од комплекснијих питања правне теорије. Приликом дефинисања уговора јавне управе и разраде појмова „имовинског управног права“, заокружен је и појам „облигационог имовинског права“ у који се може сврстати и управни уговор. Анализа концепција о подели права на јавно и приватно, омогућава прецизније одређење места управног уговора у правном систему, али и његову улогу

као института (делатности) јавне управе као управе у ширем смислу у чију надлежност улазе и делатности од највећег друштвеног значаја као што је обављање јавних служби.

Друга глава носи назив: „Управни уговори у упоредном праву“ и састоји се из четири целине: 1) управни уговори у праву неких европских држава, 2) управни уговори у праву Европске уније, 3) управни уговори у англосаксонском праву и 4) управни уговори у праву неких држава у региону. У овом делу рада извршена је компаративна анализа управног уговора у француском праву као родоначелнику овог института, затим у немачком праву са другим концептом управног уговора у односу на француски модел, те на шпански, италијански, белгијски, руски и украјински модел због њихових специфичности.

Француски концепт управног уговора је детаљније анализиран због његовог пресудног значаја за развој овог института и његово прихватање у другим правним системима. Посебан значај је дат теорији јавних служби на којој се заснива француска управна теорија, а тиме и управни уговор.

Немачка управноправна теорија, која дуго није прихватала управни уговор и чија концепција се заснива на другачијим теоријскоправним основима, има такође важан упоредноправни значај. Карактеристике шпанског, италијанског и белгијског концепта управног уговора треба да послуже за превазилажење одређених елемената из француског и немачког концепта управних уговора који нису компатибилни са правним системима Србије и земаља региона.

Анализом руског и украјинског концепта управног уговора, могу се сагледати тешкоће у прихватању овог института у позитивно право ових држава, узроковано пре свега негативним утицајем социјалистичког управноправног наслеђа. Социјалистички политички и правни систем карактерисало је неприхватање института управног уговора који би представљао „страно тело“ тадашњем моделу управе са јаким прерогативама власти. Сличан модел и неприхватање управног уговора карактерише и правни и политички систем социјалистичке Југославије, укључујући и Србију као једну од њених федералних јединица.

У овом делу рада приказана је и анализа практичних примера сарадње јавне управе и приватних субјеката у англосаксонским земљама, која се заснива на јавноправним споразумима сличним управним уговорима, али и са извесним специфичностима у односу на европско континентално право. Примери уговора јавне управе и приватних партнера за вршење јавних услуга у САД треба да покажу колико је ефикасан овај модел сарадње јавног и приватног сектора који садржи битне елементе управног уговора.

Дата је и упоредноправна анализа управног уговора у земљама Региона, пре свега Хрватске и Македоније чије позитивни право однедавно познаје овај институт, те Босне и Херцеговине, односно Републике Српске и Црне Горе које, иако немају изричито предвиђен управни уговор у својим правним системима, ипак овај институт примењују, често под другачијим називима, али са углавном истим карактеристикама.

Трећа глава носи назив: „Управни уговори и уговори приватног права“. Овај део рада посвећен је детаљној упоредној анализи карактеристика приватноправних уговора, њихових начела, садржаја појединих института, њихово поређење и разграничење са управним уговорима.

Четврту главу под називом: „Управни уговори и управни акти“ карактерише дефинисање односа управног уговора и управног акта као два одвојена, али међусобно повезана института, односно акта управе. Кроз приказ основних теоријских концепција о појму и обележјима управног акта врши се разграничење овог института управе као једностраног и управног уговора као двостраног акта управе. Истовремено се истиче и међусобна повезаност и условљеност ова два института.

Пета глава под називом: „Појам, обележја и врсте управних уговора“ представља и централни део рада у којем се обједињују сазнања о управном уговору до којих се дошло кроз истраживање и чији резултати су садржани у претходним деловима рада. Та сазнања се затим, приказом општих теоријских и практичних ставова о појму, обележјима и врстама управног уговора, генерализују у мери у којој је то могуће.

Притом су овим приказом поред појма и правне природе, обухваћени и: јавни интерес као предуслов за настанак управног уговора; специфичности поступка закључења

управног уговора; уговорне стране; правни основ управног уговора; предмет управног уговора, опште и дерогативне клаузуле управног уговора; форма управног уговора; дејство; извршење; престанак управног уговора; правна заштиту управног уговора и на крају, врсте управних уговора.

Шеста глава носи назив: „Управни уговор у праву Републике Србије“. У овом делу рада се анализира управни уговор у југословенској и српској управноправној теорији, затим предложени концепт управног уговора према предлогу новог Закона о општем управном поступку Србије. Разрађује се и теза о латентном постојању управних уговора у правном систему пре свега у уговорима о јавно-приватном партнерству и концесијама јавних служби у позитивном праву Србије, надлежност за решавање спорова у вези уговорних форми деловања јавне управе, те пракса уговора о јавно-приватном партнерству и концесијама за обављање јавних служби.

Седма глава дисертације су „Завршна разматрања“. У овом делу рада укратко су изнети најважнији резултати истраживања, као и могућности и начини изричитог увођења и/или унапређења института управног уговора како у Србији, тако и земљама Региона. Ради бољег разумевања и проверљивости наведених ставова и изнетих закључака истраживања, образложен је примењени методолошком апарат за проверу хипотеза и изложена закључна аргументација.

На крају рада је приложен списак коришћене литературе.

ГЛАВА ПРВА

УПРАВНИ УГОВОРИ И ЈАВНА УПРАВА

1. Концепције о подели права на јавно и приватно

У савременим правним системима континенталне Европе, опшеприхваћена је подела целокупног права на јавно и приватно право. Ова подела има пре свега значај за наставно-научне потребе, али и практични значај. Наиме, разликовање права на јавно и приватно, значајно је за одређивање надлежности редовних судова који одлучују о приватноправним предметима, и управних судова, који одлучују о јавноправним предметима, као и за разграничавање надлежности управе.⁷ Ради прецизног дефинисања и утврђивања правне природе управног уговора, неопходно је пре свега одредити место управног уговора у оквиру поделе на јавно и приватно право, те појмовно и теоријски дефинисати јавну управу и њену улогу као јавноправног субјекта управног уговора.

Питање поделе права на јавно и приватно је тема којом се много бавила правна теорија и у свету и код нас, међутим још увек правна наука нема одговоре на многобројне недоумице које ова подела изазива. Ова подела спада у најстарије поделе права, а своје корене вуче још из античког периода, тачније из римског права. У теорији се наводи да се подела права на јавно право (*ius publicum*) и приватно право (*ius privatum*) приписује Улпијану (*Domitius Ulpianus*), једном од последњих великих римских правника класичног доба, а наведена је у чувеним Јустинијановим Дигестима и Институцијама. У Дигестима је наведено да се јавно право односи на положај римске државе, а приватно је оно које се односи на интересе појединаца, јер су неке ствари корисне за заједницу, а неке за појединце. Јавно право се односи на уређење питања

⁷ Иван Пађећ, *Јавно и приватно право: Трансфер правних теорија*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 44. 3-4/2007, стр. 446. и 447.

светковина, свештенства, магистрата, док је приватно трипартитно и састоји се од одредаба природног, општег и грађанског права.⁸

На основу ове Улпијанове изреке правна теорија издваја четири различите одредбе јавног права које истовремено представљају четири различита мерила за разликовање јавног од приватног права и то по: 1) *интересима* којима служи: јавно право служи јавним интересима и разликује се од приватног права, које „уређује појединце и односе у којима су они субјекти“;⁹ 2) *ствараоцима*: јавно право је створено од државе и разликује се од приватног, које није створено од државе; 3) *предметима*: јавно право које уређује државу и односе у којима је она субјект и разликује се од приватног права које уређује односе у којима су они субјекти појединци;¹⁰ 4) *обавезности*: које се састоји од тзв. строгог права (*jus strictum* или *jus cogens*) створеног од државе и обавезног за све правне субјекте и које се разликује од тзв. диспозитивног права (*jus dispositivum*) које је такође створено од државе, али је обавезно за своје адресате само ако они уместо њега не створе другачије, тј. аутономно право.¹¹

Основна карактеристика приватног права су субјективна приватна права која га чине. Ова субјективна права њихов ималац може по слободној вољи да остварује и да тражи њихову заштиту. У мери у којој та слобода налаже, стране приватноправних односа су једнаке, а ова слобода се омогућава тако што прописи који уређују приватноправне односе већином имају диспозитиван карактер. Дакле, ове одредбе се примењују уколико стране приватноправног односа нису тај однос уредиле на

⁸ Лат.: “Publicum jus est quod ad statum rei Romani spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratis consistit, privatum jus tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus preceptis aut gentium aut civilibus” (D. 1,1,1,2.), Анте Ромац, *Извори римског права, латински текстови са преводом*, Загреб Информатор, 1973. стр. 3. Н. према: И. Пађен, стр. 445.

⁹ Владимир Водинелић, *Јавно и приватно право, докторска дисертација*, Правни факултет, Београд, 1986. стр. 13; слично: Charles Szladits, II. *The Civil Law System*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 2. ch. 2 (Tübingen: Mohr, н. д. /1974/), стр. 15. – 16. Н. према: И. Пађен: стр. 446.

¹⁰ В. Водинелић, стр. 13; Слично: Ch. Szladits, стр. 15. – 16. Н. према: Исто.

¹¹ Ch. Szladits, стр. 16. Н. према: Исто.

другачији начин. У приватном праву важи начело комутативне правде.¹² Садржина јавног права нешто је сложенија. Постоје такође субјективна јавна права, како појединаца тако и државних органа, којима одговарају одређене дужности. Међутим карактеристика ових права је да стране у јавноправним односима нису једнаке.¹³

Иако настала у римском праву ова подела није имала веће значење за класичне римске правнике да би била посебно разрађена. Ово је у складу са специфичним начином правног логицирања класичних римских правника који су као врсни практичари дали велики допринос развоју правне праксе, али се нису у значајнијој мери бавили правном теоријом.

Средњи век карактеришу феудални друштвени и економски односи који не познају поделу на јавно и приватно право. У овом систему не постоји разлика у стицању јавних или приватних права, а правни систем је једнообразан. Средњовековне кодификације карактерише настојање кодификатора да створе свеобухватан корпус права, „под чије окриље би сместили цело јавно и приватно право“. Поред тога средњовековни законодавци не одвајају право од „наравоученија“, тј. поуке хришћанског морала и религије па су њихове одредбе „есејистичке“, немају апстрактан правно-технички стил, него казуистичност као своје битно обележје.¹⁴ Елементи поделе на јавно и приватно право у средњем веку су готово исчезли, а задржали су се делимично у учењима глосатора који су своје ставове у погледу дихотомије целокупног права, заснивали на ставовима класичног римског права. „Нововековне кодификације за разлику од средњовековних одликује систематичност, апстрактни правно-технички приступ и утемељење на правнонаучном систему правних појмова. Заснивају се на идејама доба просвећености, било да су израз револуционарних промена (као француски *Code civil*), или настојања просвећеног монарха да своју владавину обележи

¹² Милан Петровић, Милош Прица, *Посебно управно право са међународним управним правом*, СБЕН, Ниш, 2012. стр. 4.

¹³ Исто.

¹⁴ Милан Петровић, Милош Прица, *Увод у велике правне системе*, Ниш 2013. стр. 24.

великим кодификаторским делом (као што је Аустроугарски општи грађански законик) [...]“¹⁵

Даљим развојем друштвено-економских и политичких односа долази до јачања улоге монарха, повећања потреба државе и проширења њених функција, те установљавања државне управе са професионалним чиновничким апаратом. На овај начин се успоставља систем норми који чине јавно право. У овом периоду долази до пуне реафирмације римског права и његових принципа, нарочито грађанског права. Тако се поново актуелизује концепција о подели права на јавно и приватно.

У савременом праву преовладавају два велика сродна правна система: а) романско-германско-словенски (европско-континентални) и англоамерички (англо-саксонски). Подлога европског континенталног правног система је реципирано римско право (*civil law*), а подлога англоамеричког правног система је обичајно право (*common law*). С обзиром да су правни системи који улазе у континентални систем преузели најзначајније појмове, правне принципе и норме римског права,¹⁶ преузета је и подела на јавно и приватно право. Стога се може рећи да је ова концепција као наслеђе римског права присутна у свим земљама континенталног правног система. Међутим, неке од њих карактеришу различити модалитети. Тако правна теорија и пракса држава као што су Немачка и Француска, разграничавају јавно и приватно право на другачије начине, али и и за једне и друге је неспорно да је управно право грана јавног, док је грађанско право грана приватног права.

Постоје многобројне теорије о критеријумима поделе на јавно и приватно право. Ове теорије се заснивају на материјалним и формалним елементима. Од домаћих аутора најобимнију разраду наведених теорија дао је *Водинелић* у својој докторској дисертацији,¹⁷ анализирајући и обимну страну правну литературу о истој теми. За потребе овог рада ће укратко бити изложене неке од значајнијих теорија на основу

¹⁵ Исто.

¹⁶ Исто, стр. 16. - 22.

¹⁷ Више: В. Водинелић, н. д.

којих се може прецизније одредити позиција јавне управе у систему права те место управног уговора у подели на јавно и приватно право.

Теорија интереса полази од материјалних критеријума у разграничењу јавног и приватног права. Ова теорија се заснива на наведеној Улпијановој подели према којој је јавни, односно приватни интерес опредељујући за утврђивање да ли је реч о јавноправном или приватноправном односу. Тако јавно право унапређује општи, а приватно појединачни интерес.¹⁸

И док *Szladits* сматра да теорија интереса може много тога понудити у рафинираном облику који тражи да се вага вредност дата јавном интересу,¹⁹ *Водинелић* ову теорију у потпуности одбацује као неприхватљиву наводећи да се ради о нејасном критеријуму, док појам интереса сматра релативним, промењивим и многозначним.²⁰

Сматрамо да су аргументи који истичу недостатке ове теорије довољно јаки и конкретни, да се не могу оспорити, те да теорија интереса у свом изворном облику, трпи по нама оправдане критике. Наиме, врло често се приватни и јавни интерес преклапају. Тако је заузето становиште, да ако се јавни интерес посматра као збир појединачних интереса, онда све правне норме штите и јавни и приватни интерес.²¹

Ипак, не можемо се у потпуности сложити са ставовима оних теоретичара који у целини одбацују теорију интереса. Сматрамо да су неки њени елементи надживели време у коме је ова теорија настала и да је претежно приватни или јавни интерес и даље битан као један од фактора за одређење да ли неки уговор или институт, припада јавном или приватном праву. Тако можемо рећи да је и данас јавни интерес „*conditio sine qua non*“ „пактирања државе са појединцима“ и то пре свега кроз институт управног уговора.

¹⁸ Ch. Szladits, стр. 23. – 24. Н. према: Исто, стр. 451.

¹⁹ Ch. Szladits, стр. 23. Н. према: Исто.

²⁰ Више: Водинелић, стр. 42. - 51.

²¹ Правна енциклопедија, 1. и 2. Савремена администрација, Београд, 1989. стр. 570.

Теорија субјеката настаје последице теорије интереса као покушај да се подела на јавно и приватно право објасни полазећи од формалног критеријума за њихово разликовање. Теорија се заснива на једном од мерила за поделу јавног и приватног права по *Ултијану*. Утврђивање разлике између јавног и приватног права се поистовећује са разликом између субјеката у правном односу. Ова класификација у делу правне теорије обухваћена је тзв. *теоријом власти*.²² Подела права на јавно и приватно, заснива се на тврдњи да су јавноправни односи они у којима је бар један од субјеката држава или друга правна власт (*Subjekttheorie*), или са друге стране став да се у јавноправним односима држава поставља према појединцима као власт која заповеда и врши принуду, док се приватноправни односи одликују „захтевом за остварење и тужбом“ (*Rechtsformentheorie*).²³ Првој се тврдњи приговара да држава суделује и у бројним приватноправним односима, а другој да у све бројнијим јавноправним односима појединци имају правне захтеве и право на тужбу против државе.²⁴

Кад су у питању ове теорије, приклањамо се већини теоретичара који сматрају да су оне превазиђене. За велики број односа у којима је једна страна јавноправни субјект, можемо рећи да су јавноправни односи, али постоје исто тако и уговори између јавног и приватног лица у којима они заснивају чист приватноправни однос (нпр. уговори јавноправног органа са приватним лицем о кречењу или о одржавању хигијене пословних просторија). Исто тако приватно лице има право на тужбу против државе ако му је нпр. без његове кривице нанесена штета поступањем државних органа или њиховим пропуштањем да изврше неку чинидбу.

Теорија субординације за критеријум подела на јавно и приватно право, узима однос равноправности (координације) страна или надређености (субординације) једне стране према другој у том односу. Тако су у јавноправним односима недржавни субјекти подређени државним, а приватноправне односе карактерише равноправност

²² Ch. Szladits, стр. 23. Н. према: Исто, стр. 448.

²³ Исто.

²⁴ Ch. Szladits, стр. 23, н. према: Исто, стр. 448. и 449; слично: Водинелић, стр. 72, 90. и 92.

субјеката.²⁵ Теорији субординације се приговора да односи подређености нису карактеристични искључиво за јавни однос, и да одређен степен надређености постоји и у приватном праву (нпр. у односима родитеља и деце). Такође се наводи да односи координације постоје и у јавном праву, (нпр. у односима између двије јединице локалне самоуправе), те да је разлика између односа субординације и координације последица, а не узрок разлика између јавног и приватног.²⁶ Наведени аргументи по нама довољно потврђују исправност мишљења да овај критеријум не може бити пресудан за опредељивање једног односа као јавног или приватног.

Као што је приказано у претходној анализи све ове теорије имају очигледне недостатке и ни једна не обезбеђује критеријуме који у потпуности могу послужити за разграничење права на јавно и приватно. Ово нису могле обезбедити ни друге теорије које су покушале објаснити ово питање. Мишљења смо да само комбинација различитих параметара које оне користе може дати одговор на питање о критеријумима разграничења јавног од приватног права. Између њих постоје и заједнички елементи тако да се често јавно и приватно преплиће, што ову поделу донекле релативизује. Да ова чврста подела на јавно и приватно право није пресудна за функционисање правног система, пример је англосаксонски правни систем у коме нема јасне границе између јавног и приватног права као у европском континенталном праву, али то није препрека за његово успешно функционисање.

Ипак, анализирајући наведене теорије, уочавамо да се оне заснивају на разликама између јавне и приватне сфере и на ставу да одређени специфични елементи из јавне или приватне области права имају већи значај од других. Дакле, између њих постоје сличности, али и значајне разлике које, са методолошког аспекта, могу послужити за теоријско-правно разграничење појединих правних инстутута и одређивање њиховог места у целокупном правном систему.

²⁵ Више: Jellinek Georg, *Allgemeine Staatslehre*, ed. 3, Berlin, 1921. стр. 384; Водинелић, стр. 78.

Табела бр. 1. Однос јавног и приватног права

бр	Опис	Јавно право	Приватно право
1.	Стваралац	Држава	Приватни субјект
2.	Предмет	Односи у којима је држава субјект (изузев кад иступа као приватни субјект)	Односи у којима су субјекти појединци
3.	Интереси	Јавни интереси	Приватни интереси
4.	Обавезност норми	Императивне - <i>ius cogens</i>	Диспозитивне <i>ius dispositivum</i>
5.	Претежан однос субјеката	Субординација	Координација
6.	Заштита права у односу	Јавноправни органи и управни судови	Редовни судови опште надлежности

Након разматрања наведених теорија и њихових елемената који су прихватљиви и у савременом праву, можемо одредити положај управног уговора у подели на јавно и приватно право. Наиме, кад говоримо о субјектима управног уговора једна уговорна страна је увек јавноправни орган. Исто тако управни уговор се закључује ради остварења пре свега јавног интереса. Такође јавноправни орган као уговорна страна има надређен положај у односу на приватноправног субјекта.

На основу наведених карактеристика управног уговора укључујући и његов садржај (о чему ће детаљнија елаборација бити изнесена касније), потпуно је оправдано да се управни уговор сврста у јавноправну област. Ипак, класични уговор је по свом пореклу и карактеристикама институт приватног права, а управни уговор садржи и елементе приватног уговора. Стога можемо закључити да се управни уговор налази између јавног и приватног права, али ипак са доминантим јавноправним елементима. Да би се јасније сагледала правна природа овог специфичног управноправног института, преко кога јавна управа обавља делатности од јавног интереса, неопходно је одреити опши појам јавне управе и појам јавне управе као јавноправног субјекта управног уговора.

²⁶ Ch. Szladits, стр. 22. – 23. Н. према: Исто, стр. 449.

2. Јавна управа, појам и место у савременим правним системима

Институт управног уговора се не може разумети уколико се не изврши дефинисање јавне управе, њена диференцијација у односу на сродне правне појмове, као стране управног уговора која је због њене основне функције – заштите јавног интереса у доминантном положају у односу на другу, приватноправну уговорну страну. Јавна управа користи институт управног уговора у обављању специфичних - уговорноправних делатности, пре свега јавних служби. У правној теорији постоји мноштво покушаја да се дефинише појам управе па самим тим и јавне управе. Ради се веома комплексним појмовима и њихово одређење је веома сложено.

Приказ и краћа анализа теоријских схватања појма управе и јавне управе у домаћој и страниј литератури, нарочито у аглосаксонском, немачком и француском правном систему, те осталим европско-континенталним земљама, укључујући и Србију са друге стране, допринеће јаснијем сагледавању ових појмова у обиму неопходном за њихово боље разумевање, као и дефинисање управног уговора као једног од инструмената њиховог деловања. Томе ће допринети дефиниције и ставови неких страних и домаћих аутора којим они ближе објашњавају појам управе, јавне управе и других сродних појмова, те најзначајнија општеприхваћена становишта теорије о овим појмовима у мери која је неопходна за тему овог рада.

Појам управе је основни појам на коме се темеље науке које се баве изучавањем управе с различитих аспеката, међу којима се посебно истичу: Наука о управи, Управно право и Наука о управљању.²⁷ Етимолошки, реч „управа“ потиче од латинске речи *administratio*, што значи управљање, вођење, помагање, помоћ, и *administrare* што значи управљати, извршавати, вршити јавну службу. У италијанском језику у употреби је реч *amministrazione*, у руском *управление*, а у француском *administration*. До Другог светског рата код нас су се више користили изрази „администрација“ и „административно право“, док се данас углавном користе изрази германског порекла

²⁷ Правна енциклопедија, 2. стр. 1773.

„управа“ и „управно право“.²⁸ Може се рећи да су у нашем језику „управа“ и „администрација“ синоними, тј. да у основи имају исто значење, иако израз „администрација“ понекад има и један ужи смисао који се односи на посебне стручне и техничке службе.²⁹ У употреби је и израз „јавна управа“ („јавна администрација“) паралелно са изразима „управа“ и „администрација“. Овај израз је нарочито присутан у аглосаксонском правном и политичком систему, а термин „јавна“ „треба између осталог, да укаже на разлику у односу на администрацију у предузећима, банкама и другим институцијама приватног карактера“.³⁰

„Одређивање теоријског појма управе веома је комплексна методолошка операција, јер се могу идентификовати најмање два основна приступа при одређивању теоријског појма управе: а) правно-политички и б) социо-технолошки. Међутим да би се одредио савремени теоријски појам управе, мора се разумети и модерни теоријски концепт сложеног управног система као инструмента социјалне регулације који је конструисан уз помоћ методологије кибернетске моделистике.“³¹

Предраг Димитријевић наводи: „Управа је један изузетно сложени систем како у организационом смислу, јер обухвата енормно велики број органа и организација, тако и у функционалном смислу, јер управа обавља веома велики број послова, који су међусобно толико различити и хетерогени, да се не може пронаћи нешто заједничко што би повезивало у једну целину све послове и задатке који чине управну функцију. Због тога тешко је објединити једном дефиницијом организацију и послове управе, а да она буде кратка и сажета, што је основни методолошки захтев сваког дефинисања.“³²

²⁸ С. Лилић, и др. *Управно право*, 1999. стр. 4.

²⁹ Иво Крбек, *Управно право ФНРЈ*, Београд, 1955. стр. 15. Н. према: С. Лилић и др. *Управно право*, 1999. стр. 54.

³⁰ Предраг Димитријевић, *Управно право општи део, књига прва*, Правни факултет у Нишу, 2008. стр. 82.

³¹ С. Лилић и др. *Управно право*, 1999. стр. 5.

³² П. Димитријевић, стр. 83.

У одређивању појма управе постоје два различита основна приступа из којих даље произилази и појмовно уобличавање управе. То су *негативан* и *позитиван* појам управе.

Негативан појам управе, заснива се на скептицизму у могућност дефинисања управе јер је управа сложен феномен кога је, као што је наведено, немогуће обухватити и изразити једном дефиницијом. Ово гледиште полази од материјалног схватања управе, али објашњава управу не улазећи у садржину њене делатности, него одређује управу на негативан начин јер је лакше одредити шта управа није него шта управа јесте. Тако се истиче да је управа (управна делатност) она државна делатност која преостаје у односу на законодавство и судство. Дакле према овог гледишту треба одредити појам законодавне и судске функције, а све што не припада овим функцијама јесте управна делатност (функција). Ово гледиште заступала је старија немачка теорија управног права, на челу са оснивачем *Ото Мајером*, а присталице ове теорије код нас су *Иво Крбек*, *Лазо Костић*.³³

Приклањамо се мишљењу да овакво дефинисање појма управе није прихватљиво у савременом праву, како у теорији тако и у позитивном законодавству. Савремени прихваћени и развијени правни стандарди и принципи траже јасно и прецизно дефинисане норме које не остављају простор за њихово произвољно тумачење. Негативни појам управе неодређен и „неухватљив“ тешко може издржати озбиљне критике које му се упућују. Стога и нема већи значај за правну науку и праксу.

Позитиван појам управе у одређивању појма управе у функционалном смислу полази од саме делатности, послова које обавља управа и то на позитиван начин одређујући делатност, послове управе, акте и радње управе и слично. Већина теоретичара прихвата да је могуће дефинисати управу на позитиван начин.

Сам појам управе као правни појам можемо одредити у *теоријскоправном* и *позитивноправном* смислу, а они се понекад не поклапају. Теоријски појам управе

³³ Исто.

полази од одређених теоријских претпоставки, док се позитивноправни појам управе заснива на позитивноправним текстовима и евентуалне дефиниције управе која је дата у позитивноправним прописима (уставу и закону).

Управу можемо посматрати и као скуп или систем различитих органа и организација и у том случају је реч о управи у органском смислу. Ако пак управу посматрамо, не са аспекта организационе структуре, него са аспекта функције, послова и активности, као управљање, у том случају се ради о управи у функционалном смислу (“администрација“ као специфична активност којом се задовољавају општи интереси).³⁴ *Стеван Лилић* наводи да се традиционално у одређивању теоријског појма управе као организације полазило се од одређивања тзв. органског појма управе. За разлику од утврђивања организационог појма управе, као сложеног организационог система вршилаца управних активности у оквиру управног система за социјалну регулацију, утврђивање органског појма управе полази од концепције да се вршење управе своди на вршење управне власти од стране органа државне управе.³⁵ Иако је теоријско одређивање управе као организације са становишта органског појма данас превазиђено, и због тога у теорији углавном напуштено, неки наши аутори, посебно *Павле Димитријевић* и *Ратко Марковић*, полазе од тога да се за њихово означавање употребљава термин „државна управа“, тако да управа у органском смислу код нас има значење „државна управа“.³⁶

Дакле, разликовање управе у смислу делатности од управе у смислу организације има за последицу разликовање тзв. *функционалног* појма управе (управна функција, управна делатност) од тзв. *организационог* појма управе (управна организација, управни орган).³⁷ У организационом смислу, управа се јавља као сложена

³⁴ Исто, стр. 85.

³⁵ Стеван Лилић, *Организациони појам управе*, Правни зборник, Удружење правника Црне Горе, бр. 2/3 1995. стр. 102.

³⁶ Исто.

³⁷ С. Лилић и др. *Управно право*, 1999. стр. 24.

управна организација састављена од бројних и разноврсних органа и организационих облика који успостављају међусобну комуникацију на основу унапред утврђених правила и прописа.³⁸ У одређивању појма управе у организационом (формалном, органском смислу) већина аутора се слажу да је управа у ужем смислу део државног апарата (тзв. државна управа). Овај теоријски концепт управе као државне управе настао је у Немачкој у другој половини IX века, а покренуо га је знаменити правни мислилац *Георг Јелинек*. Према овој теорији управа се одређује као функција државне управе која се своди на ауторитативно извршавање закона доношењем управних аката и других појединачних аката власти и вршењем управних радњи као материјалних радњи принуде. Међутим, неки аутори органима државне управе додају и недржавне субјекте (организације које имају јавна овлашћења) и „тај спој државне и недржавне управе назива се јавна управа.“³⁹

И Лилић такође наводи, да се при одређивању теоријског појма управе у организационом смислу, прави разлика између државне управе, са једне и јавне управе, са друге стране. При томе истиче да је израз државна управа, карактеристичан за оне концепције које полазе од становишта да организациони појам управе треба одредити као органски појам управе, у смислу да државна управа обухвата само органе државне управе као вршиоце управне власти.⁴⁰ Истовремено се нарочито у англосаксонској, француској и немачкој стручној литератури, много чешће користи појам „јавна управа“ (односно, „јавна администрација“). „Ово због тога што се у овим земљама вршење управних активности не схвата искључиво као вршење управне власти, већ и као обављање других делатности које немају ауторитативних обележја. У овим земљама јавна управа (јавна администрација), у првом реду, означава стручни део државне управне организације (која се разликује од тзв. пословне управе привредних корпорација), али и недржавне вршиоце управе (јавне установе и јавна предузећа), а

³⁸ С. Лилић, *Организациони појам управе* [...] стр. 99.

³⁹ П. Димитријевић, стр. 86.

⁴⁰ С. Лилић, *Организациони појам управе* [...] стр. 103.

често и локалну самоуправу (нпр. општине и друге територијалне заједнице јавног карактера).⁴¹ Аутор закључује да је у теоријском смислу, појам јавна управа шири од појма државне управе, јер означава све вршиоце управне делатности, како у оквиру државне организационе структуре (управне органе и друге државне органе који су овлашћени за вршење управних активности), тако и ван ње (недржавне субјекте са јавним овлашћењима).⁴²

Посебно је значајно разјашњење места и улоге тзв. „недржавних субјеката“ са јавним овлашћењима, као што су нпр. установе, јавна предузећа, удружења и др. Наиме ови субјекти као своју основну делатност не обављају управну делатност, већ неку другу одговарајућу основну делатност као што је производња или пружање услуга, али недржавним субјектима може се на основу закона поверити вршење управне делатности као допунске делатности.⁴³ Недржавном субјекту се у том случају законом дају одређена јавна овлашћења. „Међутим, како је појам јавних овлашћења шири појам од овлашћења за вршење управне делатности, то је у сваком конкретном случају потребно утврдити да ли поверена јавна овлашћења једном недржавном субјекту садрже и тзв. управна јавна овлашћења, тј. јавна овлашћења да врши активности у оквиру управне делатности. Према томе, недржавни субјекти могу се јавити као вршиоци управне делатности (у смислу допунске делатности у односу на своју основну делатност) у случају када им је законом поверена могућност да врше управна јавна овлашћења.“⁴⁴

Управа у *функционалном* смислу представља скуп одређених активности управе којима она извршава управне послове и задатке. У домаћој правној теорији су сагласни да се управа у функционалном смислу може дефинисати као укупност свих управних послова и задатака, која обухвата ауторитативне и неауторитативне, правне и

⁴¹ Исто, стр. 103.

⁴² Исто.

⁴³ Исто.

⁴⁴ Исто, стр. 104.

материјалне, и друге послове.⁴⁵ Управна делатност се манифестује у два битна облика: доношењем управних аката и вршењем управних радњи (ауторитативних и неауторитативних). Међутим, управна делатност обухвата и обављање других управних послова (ауторитативних и неауторитативних) којима управа у организационом смислу остварују социјалне циљеве, а које треба схватити као „вршење јавних служби“.⁴⁶

Када је позитивноправни појам управе у питању можемо констатовати да у теорији нема значајнијих разлика у ставовима по овом питању. Позитивноправним појмом управе се сматра појам који је одређен, прописан важећим правним нормама којима је регулисана организациона структура управе, али и послови и задаци управе. Без обзира на разлике у дефиницији појма јавне управе, у управноправној теорији је неспорно да делатност јавне управе данас посредно или непосредно обухвата веома широку област.⁴⁷

Теоријско и практично одређење појма јавне управе се мењало у зависности од особина управљања која су преовладала у одређеном периоду. Тако *Леон Диги* управу види као друштвену појаву која се развија у склопу општег друштвеног развоја, да би се у току свог развоја у једном моменту издвојила из јединствене пирамиде државне власти и даље се развијала прво као државна управа или јавна управа у ужем смислу, а потом се манифестује и као јавна управа у ширем смислу и служи као „сервис грађана“ у задовољавању великог броја савремених легитимних потреба грађана. Због тога, грађани све више доживљавају јавну управу као неопходног чиниоца успешног регулисања сложених друштвених процеса и односа у држави.⁴⁸

⁴⁵ Више: Никола Стјепановић, *Управно право*, Београд, 1978. стр. 35. - 39; Славољуб Поповић, *Управно право*, Савремена администрација, Београд, 1982. стр. 39. – 41; Иво Борковић, *Управно право*, Загреб, 1981. стр. 13. - 14.

⁴⁶ С. Лилић, *Управно право*, 1995. стр. 68.

⁴⁷ П. Димитријевић, стр 95.

⁴⁸ Више: Л. Диги, н. дело.

Ваља истаћи да концепција јавне управе у социјалистичким правним системима због природе друштвеног уређења и социјалистичких својинских односа није имала одговарајући положај и поистовећивана је са државном управом. Стога је за јасније сагледавање појма јавне управе потребно прво навести значајније дефиниције појединих западноевропских и америчких аутора. *Маршал Димок* има занимљив став у том погледу, који одговара јавним субјектима који осим вршења јавних услуга обављају одређене делатности некарактеристичне за јавни сектор. Наиме, он види улогу јавне управе у „произвођењу добара и услуга“ које су осмишљене да служе потребама грађана – корисника.⁴⁹ *Дејвид Розенблум* даје знатно ширу дефиницију јавне управе која према његовом схватању представља „коришћење менаџерских, политичких и правних теорија и процеса вршења законодавне, извршне и судске власти за обезбеђивање регулативне и сервисне функције друштва у целини или неких његових делова.“⁵⁰ *Ричард Стилман* крајем 70-тих година, дефинише јавну управу као процес јавног управљања који се састоји од акција укључених у остварење намера и жеља владе. То је стални активни бизнис, део владе који се брине за примену закона како их доносе законодавна тела (или друга овлашћена тела, а тумаче судови) кроз процес организовања и менаџмента. *Џон Корсон* сматра да је јавна управа средство којим се остварују сврхе и циљеви владе кроз одређене активности.⁵¹ *Филип Мајерс* стоји на следећем становишту: „Јавна управа је део шире области управног деловања

⁴⁹ Упоредити: Marshall Dimock, Gladys Dimock and Douglas Fox, *Public Administration*, Fifth Edition, 1983, in: Richard J. Stillman II, *Public Administration: Concepts and Cases*, Houghton Miffl in Company, Boston, Toronto, 1996. стр. 2. Н. према: Ана С. Трбовић, Драган Ђукановић, Борисав Кнежевић, *Јавна управа и европске интеграције Србије*, ФЕФА, Београд, 2010. стр. 15.

⁵⁰ David Rosenbloom and Deborah Goldman, *Public Administration: Understanding Management, Politics and Law in the Public Sector*, 1989. in: Richard J. Stillman II, *Public Administration: Concepts and Cases*, стр. 3. Н. према: Исто, стр.16.

⁵¹ Милија Цвијовић, *Реформа јавне управе и локална самоуправа*, докторска дисертација, Факултет политичких наука, Београд, 2013. стр. 47.

чији су основни принципи применљиви на све велике организације како државне, тако и приватне (недржавне).“⁵²

Адам Чендлер види велики утицај новог јавног менаџмента на јавну управу који се огледа кроз промене које су се десиле у менаџменту у приватном сектору (мерење учинка, нагласак на резултатима и ефекту рада, новчани подстицаји, тржишна утакмица).⁵³ *Џорџ Гордон* и *Мајкл Милакович* дефинишу јавну управу „као укупност процеса, организација и појединаца (који имају званично место и улогу) удружених вршењем закона.“⁵⁴

У нашој старијој правној литератури под појмом управе се углавном подразумева државна управа и она се схвата најчешће у организационо-формалном смислу, па се управа дефинише као државна делатност коју врше државни органи управе према уставу и законима државе, а складу са начелом поделе власти на законодавну извршну и судску.⁵⁵

Концепција јавне управе у земљама социјалистичког блока поистовећивана је са државном управом, али и аутори у социјалистичкој Југославији истичу да јавна управа представља појам који је доста шири од државне управе те да поред државне управе обухвата и облике недржавног, друштвеног управљања.⁵⁶ *Павле Димитријевић* наводи да јавна управа обухвата делове државног апарата и одређене вандржавне организације које врше управне активности.⁵⁷

⁵² Philip Myers, *An Introduction to Public Administration*, London, 1970. стр. 1.

⁵³ Adam Chandler, *Comparative Public administration*, London, Routledge, 2000. стр. 5. – 18. Н. према: М. Цвијовић, стр. 48.

⁵⁴ George J. Gordon and Michael E. Milakovich, *Public Administration in America*, 1995, in: Richard J. Stillman II, *Public Administration: Concepts and Cases*, стр. 3. Н. према: А.Трбовић и др. стр. 16.

⁵⁵ Слободан Јовановић, *Држава - појам државе и државне функције*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон А. Д, Београд, 1936.

⁵⁶ Еуген Пусић, *Наука о управи*, Школска књига, Загреб, 1978. стр. 4.

⁵⁷ Павле Димитријевић, *Основи управног права*, Правни факултет, Београд, 1983. стр. 10.

Према схватању *Славољуба Поповића* појам јавне управе је основни и централни појам управног права. Међутим приликом њеног дефинисања аутор није формулисао једну дефиницију, него низ појмова јавне управе. Он разликује појам јавне управе у ширем и у ужем смислу при чему под појмом јавне управе у ширем смислу подразумева државну и друштвену (недржавну) јавну управу, а под појмом јавне управе у ужем смислу подразумева њен организациони и функционални (материјални) појам, да би на крају формулисао потпун појам јавне управе у ужем смислу.⁵⁸

Протеком времена и трансформацијом друштва појам јавне управе добија шире значење примерено земљама либералног капитализма који под јавном управом подразумевају организације или органе „који се старају о задовољењу потреба или их непосредно задовољавају.“⁵⁹ *Зоран Томић* истиче да јавну управу „поред државних организационих облика државне управе, чини и стручни апарат одређених недржавних структура, организација и заједница које, поред „својих“, врше и поверене „опште послове“, са могућностима коришћења прерогатива власти (по правилу).“⁶⁰ Овај став углавном деле и други домаћи аутори наводећи да појам јавне управе обухвата и недржавне вршиоце управе (јавне установе и јавна предузећа), често и локалну самоуправу.⁶¹ Исто становиште заступа се у дефиницији којом јавна управа означава „све вршиоце управне делатности, како у оквиру државне организационе структуре (управне органе и друге државне органе који су овлашћени за вршење управних активности), тако и изван ње (недржавне субјекте са јавним овлашћењима), а не само државне органе управе као вршиоце управних активности“.⁶²

⁵⁸ Више: Александар Мартиновић, *Славољуб Поповић о јавној управи*, у Зборник радова правног факултета у Нишу, Тематски број посвећен Славољубу Поповићу, LVII, стр. 223. - 229.

⁵⁹ Никола Стјепановић и Стеван Лилић, *Управно право*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1991. стр. 104.

⁶⁰ Зоран Томић, *Управно право*, Драганић, Београд, 1995. стр. 21.

⁶¹ С. Лилић, и др. *Управно право*, 1999. стр. 73. - 74.

⁶² Исто, стр. 74.

Кавран дефинише појам јавне управе и као „систем органа, организација, тела и међузависан скуп надлежности, послова и задатака, специфично повезан и вођен са циљем примене правних норми, организационих инструмената, метода управљања, процеса и процедура ради испуњења мандата изабране власти, скупштине и њене владе.“⁶³ Са тим се слаже и *Еуген Пусић* који дефинише јавну управу као тело које је добило политичка овлашћења и средства потребна за задовољавање општих интереса и чија је крајња сврха општи интерес или постизање општег добра. Тако појам јавне управе није ограничен на државну управу, која је њен врло важан део, него се односи и на регионалну и локалну самоуправу, јавна предузећа, делатност концесионара и субвенционисаног приватника у обављању јавних служби.⁶⁴ Управо је увођење института јавне службе у правни систем наше земље утицало на промену становишта да је јавна управа ограничена само на органе државне управе као носиоце државне власти већ да обухвата и поједине организације којима је законом поверено вршење јавних овлашћења и који обављају јавне службе. Данас локална самоуправа у нашем праву заузима неизоставно место као важан сегмент јавне управе.⁶⁵

Сличан став преузет је и делимично допуњен и од аутора других постјугословенских држава. Углавном је прихваћено ставиште да у јавну управу спада државна управа или јавна управа у ужем смислу, а да поред државне управе, у јавну управу у ширем смислу спада и управа коју врше организације или институције које имају јавна овлашћења. Дакле јавна управа је шири појам од државне управе, јер се државна управа појављује као јавна управа и са функционалног и са организационог становишта, док организације или институције које врше јавна овлашћења улазе у јавну управу само по функционалном критерију.⁶⁶

⁶³ Драгољуб Кавран, *Јавна управа: реформа, тренинг, едукација*, Удружење за јавну управу, Факултет организационих наука, Београд, 2003. стр. 62. Н. према: А. С. Трбовић и др. стр. 16. и 17.

⁶⁴ Еуген Пусић, *Наука о управи*, Школска књига, Загреб, 1996. стр. 7. Н. према: М. Цвијовић, н. д. стр. 48.

⁶⁵ М. Цвијовић, стр. 48.

⁶⁶ Ферид Отајагић, *Савремене тенденције у јавној управи*, Анали Правног факултета у Зеници, бр. 8. год. 4. стр. 268.

У оквиру реформи система јавне управе у земљама Запада, пре свега у Великој Британији и Сједињеним Америчким Државама током осамдесетих година XX века појављује се нови вид управних реформи под називом „Нови јавни менаџмент”.⁶⁷ Концепт новог јавног менаџмента (*New Public Management*) се постепено проширује пре свега на земље англосаксонског правног система, али и на неке друге развијене земље. Уопштавањем искуства у примени овог концепта, могу се дефинисати његова основна обележја: дерегулација, професионализација, рационализација, ефикасност и делотворност, јавност, одговорност, нова етика чиновништва, конкуренција и тржишни принципи. Поред ових принципа Нови јавни менаџмент реafirмише улогу знања, учешћа у задовољењу потреба грађана, развој и примену нових информационих технологија, технолошке иновације, децентрализацију и ново јавно буџетирање на основу постигнутих резултата.⁶⁸

Овај вид реформе јавне управе има за основни циљ да се стратешки, тактички и оперативно формулише планирање, организовање, усмеравање, контрола и координисање активности⁶⁹ органа јавне управе и јавног сектора уопште. Извршавање наведених активности поверено је руководиоцима или јавним менаџерима,⁷⁰ који су непосредно одговорни за спровођење управних циљева и управне политике.

Нови јавни менаџмент стога одликује утврђивање строгих стандарда и услова за пријем кадрова у органе јавне управе, процес сталног преиспитивања јавног буџетирања и стабилност управних организација.⁷¹ Овај концепт се заснива и на јасном нормирању успеха у раду јавне управе и појачаној улози руководиоца у својству јавних

⁶⁷ Видети: Donald F. Kettl and H. Brinton Milward (eds.), *The State of Public Management*, The John Hopkins University Press, Baltimore, London, 1996. Н. према: А. С. Трбовић и др. стр.12.

⁶⁸ Nicolas Henry, *Public Administration and Public Affairs*, стр. 265. – 268. Н. према: Исто, стр. 54.

⁶⁹ Д. Кавран, *Јавна управа* [...] 2003. стр. 64. Н. према А. С. Трбовић, и др. Исто.

⁷⁰ David Farnham, Sylvia Horton, John Barlow and Annie Hondeghem (eds), *New Public Managers in Europe: Public Servants in Transitions*, Macmillan Business, London, 1996. стр. 3. – 26. Н. према: А. С. Трбовић и др. Исто.

⁷¹ А. С. Трбовић и др. Исто.

менаџера, те смањењу хијерархије у јавној управи. Један од инструмената ових реформи је функционална анализа деловања управе која се одвија кроз три вида: системски, хоризонтални и вертикални. Ови облици анализе рада организација се заснивају на провери структуре организације, одређених функција које врши и запослених кадрова.⁷²

На основу свега наведеног, можемо рећи да савремена друштва карактеришу развијено тржиште и демократија који представљају универзалне друштвене стандарде. Стога је неопходно монополски принцип функционисања како приватног, тако и јавног сектора трансформисати у конкурентски концепт. Нови јавни менаџмент заснива се на тржишним принципима што подразумева ефикасну и економичну јавну управу, чији је задатак да буде у служби грађана, али исто тако и у функцији привредног и друштвеног развоја и чији резултати морају бити мерљиви по истом принципу као и тржишних субјеката. За успешно функционисање јавне управе неопходна је њена континуирана реформа. Реформа јавне управе је свеобухватан, трајан процес који од јавне управе захтева стално усавршавање, развој и прилагођавање достигнутом нивоу развоја друштва. Ефикасна и економична управа чији је рад транспарентан, у функцији грађана и развоја привреде и друштва карактерише високо развијене демократске државе.

Одређивање појма управе у теоријском, функционалном, организационом и позитивноправном смислу имало је за циљ да покаже еволуцију овог појма од његовог класичног схватања управе као државне власти, до савременог поимања улоге државних и недржавних органа и организација са јавним овлашћењима, кроз општеприхваћени појам јавне управе.⁷³ Различита појмовна одређења управе помогла су да се са правног становишта данас може направити јасна разлика између јавне управе и државне управе. Јавна управа је, дакле, шири појам од државне управе која чини њен саставни сегмент. У састав јавне управе улазе системи државне управе, регионалне самоуправе (у појединим земљама) и локалне самоуправе, јавне агенције,

⁷² Д. Кавран, стр. 269. Н. према: исто, стр. 46.

⁷³ Упоредити: М. Цвијовић, стр. 70.

јавна предузећа, установе, приватни предузетници који обављају јавне службе, концесионари, итд. Државна управа представља део извршне власти који врши управне послове у оквиру постојећих права и дужности. Са увођењем концепта јавних служби у управну науку (управе као јавне службе) почетком прошлог века мењају се и схватања управе.⁷⁴

Успешна реформа јавне управе подразумева усклађивање јавне управе са савременим европским и светским стандардима и тенденцијама у овој области. Савремена јавна управа подразумева значајно повезивање јавних и приватних субјеката са циљем ефикаснијег и делотворнијег вршења одређених управних делатности. Ово се нарочито односи на управне уговоре о обављању јавних служби, али и других послова јавне управе, о чему се говори у наредном делу.

3. Уговори јавне управе – појам и обележја

Савремена држава између осталог подразумева и адекватно уређење односа између јавне и приватне сфере, између највише организационе форме друштва - државе и појединца. То је важно питање у коме се тражи уравнотежен однос између јавног и приватног интереса, између државне интервенције и приватне слободе. Достигнути степен развоја јавне управе у развијеним земљама и процеси интеграције у Европску унију, убрзали су правне и политичке реформе које подразумевају изградњу партнерства у односима између јавне управе и приватног сектора. Ово партнерство актуелизује потребу теоријске оправданости примене закона у пракси путем уговорних форми реализације послова јавне управе.

Јавна управа у оквиру своје делатности примењује различите правне инструменте. Неки од њих су настали у оквиру грађанског права као што су уговори. У савременом праву уговори припадају посебној правној области насталој у оквиру грађанског права - облигационом праву. Облигационо право као и стварно право припада имовинском грађанском праву. И у управноправној теорији постоји оваква

⁷⁴ Исто.

систематика која полази од управног имовинског права и његове дефиниције и класификације на управно стварно и управно облигационо право. Сматрамо да је ово добар начин да се разјасне одређени уговорни облици деловања јавне управе, те ћемо ову систематику користити у наставку.

3.1. Управно имовинско право, појам и класификација

Као и грађанско имовинско право и управно имовинско право обухвата (управноправне) односе имовинског карактера. Управно имовинско право разликује се од грађанскоправних односа имовинског карактера, а услов за то су околности које морају бити кумулативно испуњене. Прва околност се односи на обавезу да „једна страна у том односу мора бити државни орган или организација која врши јавна овлашћења. Друго, у питању су управноправни односи, што ће рећи да се они састоје од субјективних јавних права и дужности. Наиме, држава као правно лице приватнога права, као фискус, може да заснива имовинско-правне односе, али се у том случају на њих примењују одредбе грађанског права.“⁷⁵

Пратећи даље правну логику грађанског права у систематизацији имовинског права, управно имовинско право може се поделити на: 1) управно стварно право и 2) управно облигационо право.

3.1.1. Управно стварно право

Управно стварно право обухвата пре свега режим јавних добара и режим управноправних ограничења права својине: експропријацију, арондацију и комасацију, као и административне службености.⁷⁶ Оно уређује правни положај појединих ствари и правне односе поводом тих ствари. У римском прву постоје општа добра као предмет јавног права и она се поистовећују са стварима ван промета – *res extra commercium*, док

⁷⁵ М. Петровић, М. Прица, *Посебно управно право*[...] 2012. стр. 98.

⁷⁶ Исто.

су приватна добра у промету – *res in commercio*. У апсолутној монархији сва добра која припадају краљу улазе у јавни домен и уједно то су ствари ван промета.⁷⁷

Након француске револуције и промене режима општих добара и њиховог превођења у национална добра, не постоји више истоветност добара ван промета и јавних добара. „Притом се издвајају приватна добра државе која представљају предмет грађанског права и у споровима који настају поводом тих добара примењују се правила грађанског права [...]. Држава као ималац приватних добара ступа у правни саобраћај као и сваки други појединац с тежњом да извуче корист.“⁷⁸

Што се тиче јавних добара, аутори наводе да се они разликују по свом карактеру и то су према пројекту Француског грађанског законика који је ушао у судску праксу, добра у јавној употреби која служе некој јавној служби. Добра која служе јавности су с једне стране добра у општој употреби (вода за пиће, улице, градски тргови, пијаце, гробља, јавне болнице), а она добра која служе остварењу неке јавне службе су рецимо железничке пруге, лучка постројења, и др.⁷⁹

За тему дисертације је значајно да јавна добра која служе за обављање неке јавне службе могу бити објекат посебне врсте уговора јавне управе – управних уговора. Та јавна добра су најчешће регулисана у закону о концесијама, као и закону о јавно-приватном партнерству гдје су таксативно одређена јавна добра, најчешће по областима и делатностима за која се могу доделити концесије, односно закључити уговори са, или без елемената концесије.

⁷⁷ Исто, стр. 99. Аутори наводе да је Француска револуција променила тај режим уколико што по једном Закону из 1790. године сва краљева добра постају националним добрима и та добра више немају у апсолутном смислу карактер добара ван промета, истичући да је за савремено право карактеристично значајно повећање броја добара у промету (*напом. аут.*).

⁷⁸ Исто.

⁷⁹ Исто, стр. 99. и 100.

3.1.2. Управно облигационо право

Управно облигационо право обухвата правне послове који потпадају под посебан режим управног права, различит од режима општег грађанског права, а то су у првом реду јавноправни (управноправни) уговори, на челу са уговором о концесији.⁸⁰ Јавна тела (управа) у вршењу своје делатности не користе само своју јачу вољу формирану у управним актима, већ и поступак сагласности воља, а посебно поступак закључивања уговора.⁸¹ Уговори управе као шири појам обухватају све врсте уговора које закључује управа, како уговоре приватног права, тако и управне уговоре. Управни уговори су дакле, тек једна врста уговора управе. Сваки је уговор сагласно очитовање воља два или више субјеката ради постизања допуштених правних учинака. То је двострани правни посао јер, за разлику од једностраних правних послова, настаје тек ако је дошло до сагласног очитовања воље двије стране. Све ово се односи и на управне уговоре, с тим да они, имају одређене специфичности по којима се разликују од осталих врста уговора.⁸²

Што се специфичности управних уговора тиче, француски аутори наглашавају да се ради о уговорима између неједнаких страна, јер тело јавне власти наступа с јачом правном вољом, те при извршавању уговора располаже неким јавним овлашћењима.⁸³ Наводи се још и да је, према француском праву разлика између уговора приватног права у којима је једна страна јавноправно тело и управних уговора, у томе што предмет управног уговора мора увек бити усмерен на обављање јавне службе, као и да су посебна овлашћења дата јавноправном телу (*clauses exorbitantes du droit comun*).⁸⁴

⁸⁰ Исто, стр. 98. и 126.

⁸¹ Славољуб Поповић, *Специфичности управних уговора у романском праву*, Правни живот, бр. 11. – 12. Београд, 1993. стр. 2163.

⁸² Борис Љубановић, *Управни уговори и управно судовање*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 47. 1/2010, стр. 37. - 52.

⁸³ В. Nicholas, *French Law of Contract*, Oxford, 1992. стр. 27; Упоредити и: Neville Brown, John S. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon press, Oxford, 1998. стр. 202. Н. према: Б. Љубановић, стр. 38.

⁸⁴ Више: Б. Љубановић, стр. 39.

Тако *Лаубадер* разликује две категорије уговора код којих је на једној страни јавноправно тело, а то су управни уговори (*contracts administratifs*) и уговори грађанског права (*contracts de droit commun, ou de droit prive*).⁸⁵

Појам управни уговор је ужи и њиме су обухваћени само они уговори који су специфични у погледу: 1) субјеката, 2) циља и 3) посебних услова. У погледу субјеката, један од субјеката управног уговора увек мора бити јавни, односно јавноправно тело, тј. управним уговором не може се сматрати уговор између појединаца. Циљ управног уговора јесте испуњење неког ширег друштвеног интереса, за разлику од уговора грађанског права, чији је циљ остварење само међусобних интереса сауговорача, чак и онда када је један од субјеката држава. При склапању и извршавању управних уговора важе посебни услови, који су по правилу предвиђени посебним прописима и на које се примењује посебан поступак.

С друге стране, кључни елемент разликовања управних уговора и уговора приватног права у Немачкој јест сам предмет уговора. Према немачкој правној теорији, управни уговор увијек ствара, мења или укида правни однос „у подручју јавнога права“, док други уговори имају једнаке учинке, али у сфери приватног права. Према томе, ако се правни однос који уговор ствара, мења или укида налази у подручју јавног права, уговор ће према правној природи бити управни уговор.⁸⁶ Аутор наводи да иако немачка правна теорија и законодавство познају институт управних уговора, у немачком правном систему се не користи термин „управни уговор“, већ се користи појам „јавноправни уговор“.⁸⁷ Уз то се појашњава да је посебност ових уговора "да су у

⁸⁵ Andre de Laubadere, Franck Moderne, Pierre Delvolve: *Traite des Contracts Administratifs*, Paris, L.G.D.J. 1983. стр.126. Н. према Б. Љубановић, стр. 39.

⁸⁶ Klaus Lange, *Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1983. стр. 313. и 322. те Singh, op. cit., стр. 94. – 95. Н. према: Дамир Авиани, *Посебности управног уговора и њихове судске контроле у хрватском праву*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 50. 2/2013. стр. 354.

⁸⁷ Дамир Авиани, н. д. стр. 354.

потпуности подложни правном режиму јавног права, а правна правила, судска пракса, те општа начела приватног права на њих се примјењују само супсидијарно.⁸⁸

На основу наведене класификације уговора јавне управе и основних карактеристика и режима управних уговора може се закључити да су управни уговори једна посебна врста јавноправних уговора.⁸⁹ У наредном поглављу ће бити извршена упоредноправна анализа института управног уговора у неким европским државама, праву Европске Уније, САД, и региона.

ГЛАВА ДРУГА

УПРАВНИ УГОВОРИ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

1. УПРАВНИ УГОВОРИ У ПРАВУ НЕКИХ ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА

1.1. Управни уговор у праву Француске

1.1.1. Настанак и развој института управног уговора

Управни уговор је производ практичне потребе да се ублажи пренаглашени утицај и једностраност управног акта, са једне стране и примена класичног грађанског уговора у остварењу пре свега привредних облика сарадње грађана и јавне управе са друге стране. Грађанима се преко овог института омогућава да учествују у вршењу најважнијих послова јавне управе који су од општег, јавног интереса, као што је обављање јавне службе. Осим тога управни уговори имају значајну улогу у економији, јер се овим уговорима често уређују уговорни односи између јавне управе са једне и привредних субјеката са друге стране, у најзначајнијим инвестицијама као што су улагања кроз јавно-приватна партнерства или класичне облике давања концесија на природна богатства и ресурсе једне државе.

⁸⁸ Исто.

⁸⁹ Више: Б. Љубановић, стр. 40.

Иако је институт управних уговора познат у већем броју европских држава, француски управни систем је родоначелник овог института. Институт управног уговора је настао, развијао се и достигао своју пуну афирмацију пре свега захваљујући дугогодишњој пракси Државног савета (*Conseil d'Etat*) који је успео да својим одлукама да немерљив допринос развоју управног уговора као инструмента специфичне управне делатности која се не заснива на функцији управе као носиоца власти, него на споразумном односу јавне управе и привредних субјеката. У терији се наглашава да се концепција управних уговора развија у француској судској пракси и правној доктрини скоро двеста година и да се бројним законима донесеним последњих десетлећа прописује обавеза склапања управних уговора у низу управних подручја.⁹⁰

У периоду након револуције у Француској крајем XVIII века, у намери да извршну власт постави у центар руковођења државом и друштвом у целини, револуционарна власт дала је значајна овлашћења управи у односу на судску власт, с обзиром да у подели власти, због наслеђених сталешких односа судска контрола управе није одговарала новој буржуаској власти. Наиме, новим законским решењима судови су изгубили надзор над актима управе било да су они имали јавноправни или приватно правни карактер.⁹¹ Уместо судске јурисдикције над управом, новим законским решењима предвиђа се контрола управе од стране централног органа саме извршне власти у виду Државног савета. Он се уводи Наполеоновим уставом од 1799. године, а према надлежностима које су му дате био је „дужан да редигује нацрте закона и правилнике јавне управе, те да решава тешкоће које се јављају у области управе.“⁹² У

⁹⁰ Д. Медведовић, *Битне разлике новог ЗУП-а према пријашњем ЗУП-у*, у Примјена Закона о опћем управном поступку, Информатор, Загреб, 2010. стр. 51. Н. према: Марко Шикић, Фране Станичић: *Правна нарав уговора о концесији*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту год. 48, 2/2011, стр. 424.

⁹¹ Закон од 16-24. августа 1790. предвиђа: „Правосудне функције су различите и заувек ће бити одвојене од управних функција.“ Закон од 16. фебруара године III, потврдио је ту одвојеност. Н. према: Милан Петровић, Милош Прица, *Посебно управно право с међународни управним правом*, 2014. Ниш, стр. 199. и 200.

⁹² М. Петровић, М. Прица, стр. 201. и 202.

почетку се деловање Државног савета односило управо на рад на нацртима закона и управних прописа. Постепено се унутар државног савета образовала мања скупина саветника којој је цар поверавао и решавање управних спорова за које је он био надлежан, при чему је одлука Државног савета добијала правну обавезност тек када би је цар или краљ потписао, по режиму тзв. „придржане правде“.

Законом од 24. маја 1872. уводи се режим „делегиране правде“ којим су Државном савету дате прерогативе независног суда, који је ипак задржао део стила савета апослутне монархије, те његове одлуке више подсећају на управне акте него на пресуде.⁹³ Управа је на тај начин потпала под контролу суда, али тај суд је и даље остао у оквирима извршне власти. Државни савет је допуњен са системом нижих управних судова, чиме су се добила два одвојена система судске хијерархије, једна за јавно, а друга за приватно право.

У пракси је због начина дефинисања надлежности Државног савета и нижих управних судова, дошло до контрадикторности у правном режиму правних аката који у погледу припадности одређеном виду уговора немају суштинске разлике. Ова контрадикторност се манифестовала на начин да се одређена врста уговора, иако припада истом виду уговора сматра за приватноправне и то у случају када су закључени од стране општинске управе, а ако је уговоре закључила држава као уговорна страна, спадају у јавно право. Ова нелогичност је, разумљиво, представљала и неконзистентност у принципима који се примењују у разграничењу управног и приватноправног уговора.

После другог светског рата започео је процес значајних реформи управног судства, највише због преоптерећености Државног савета. Савети префектуре као специјализовани управни судови, били су претворени у управне судове првог степена опште надлежности, а *Законом од 31. децембра 1987.* су уведени апелациони судови. Након тога Државни савет углавном има улогу управног касационог суда, али ипак задржава надлежности у првом и последњем степену у одређеним питањима као што су

⁹³ Исто, стр. 202.

тужбе због прекорачења власти против: уредаба и указа (ордонанси); општих аката министара и управних аката министара обавезно донесених после мишљења Државног савета; против управних одлука колегијалних тела која имају општедржавну надлежност и др. Сва питања која се тичу управних уговора потпадају, сагласно начелу „аутономије управног права“ у надлежност управних судова.⁹⁴ За француску теорију управног уговора основни, фундаментални појам представља појам јавне службе. За завршно уобличавање јавне службе посебан значај имале су две пресуде Државног савета, у случајевима „*Terrier*“⁹⁵ и „*Therond*“⁹⁶.

Оквир бр. 1. случај: „*Terrier*“ и случај: „*Therond*“

У случајевима „Terrier“ од 6. фебруара 1903. године и „Therond“ од 4. марта 1910. године, Општи савез среза „Saône-et-Loire“, је обећао премију у одређеном новчаном износу свакој особи која донесе у просторије среза (жандармерије) главу змије отровнице, и у ту сврху су у буџету среза одобрена одређена новчана средства. Након што су се средства намењена за исплату премије исцрпела, грађани су и даље доносили главе змија отровница, али за исплату премија није било више новца. Грађанин Terrier је подигао тужбу против департмана пред Државним саветом, тврдећи да је уговорни поверилац среза. Државни савет је у овом случају пресудио да је општи савет створио јавну службу, те сви спорови који се тичу теškoћа приликом његовог вршења спадају у надлежност управног правосуђа. И у случају „Therond“, сличном претходном, се ради о тужби појединца против града, у вези вршења услуге граду за коју није исплаћена накнада. У овом случају је град закључио уговор са извесним појединцем који се обавезао да хвата псе луталице по градским улицама и да их затвара у зграду за ту намену. Овај грађанин је сматрајући да град не извршава обавезе према њему покренуо поступак против града. Државни савет је пресудио да је град закључујући овакав уговор у циљу одржавања хигијене и сигурности становништва, засновао јавну службу. У одлуци се наводи: „Тако, теškoће које могу настати из неизвршења или лошег извршења те службе спадају у недостатку прописа који утврђују надлежност неког другог суда, у надлежност Државног савета.“

⁹⁴ Исто, стр. 202. и 203.

⁹⁵ Више: Jean Paul Buffelan, *Les grandes théories de base du droit administratif Français, Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d'Etat*, Bruxelles, 1967. No. 4. стр 252. и М. Петровић, М. Прица. стр. 209.

⁹⁶ М. Петровић, М. Прица, стр. 208. и 209.

На основу ова два наведена случаја, као карактеристичних примера (од многих сличних), можемо рећи да је њиховим пресуђењем установљено правило да чим процес стоји у вези са неизвршењем, или лошим извршењем јавне службе, или уговором закљученим ради обезбеђења тог извршења, да су управни судови надлежни и да предмет улази у област управног права. У том смислу значајна је **одлука *Societe dec grantis* из 1912.** године. Према овој одлуци управним уговорима се сматрају само они уговори код којих приватни уговарач непосредно учествује у функционисању јавне службе.⁹⁷ Све посебности теорије управног уговора налазе се под номинацијом, појма и захтева јавне службе, обзиром да управни уговори имају за циљ да допусте и олакшају функционисање ових служби.⁹⁸

Неки пак, теоретичари сматрају да су управни уговори француског права настали управо као последица жеље да се уговори које склапају тела државне управе не сврставају у исту категорију као други трговачки уговори.⁹⁹ Тако, како је већ наведено, *Лаубадер* говори о двије категорије уговора код којих је на једној страни јавноправно тело, а то су управни уговори и уговори грађанског права.¹⁰⁰

Према француској правној теорији, разлика између уговора приватног права у којима је једна страна јавноправно тело и управних уговора је у томе што предмет управног уговора мора увек бити усмерен на обављање јавне службе, као и да су посебна овлашћења дата јавноправном телу.¹⁰¹ За правни режим француских управних уговора карактеристично је да примаран утицај имају правила која је развила јудикатура тј. управносудска пракса (тзв. *contract par détermination de la jurisprudence*), у првом реду Државног савета (*Conseil d'Etat*), управних судова (*Tribunaux*

⁹⁷ Љубомир Радовановић, „Управни уговор“, Архив за правне и друштвене науке, књ. XXX бр. 4. Београд, 1926. стр. 284. - 285.

⁹⁸ Andre de Laubadere, *Traite plementarie de droit administratif*, Tome I р. 282. Н. према: С. Поповић, *Специфичности управних [...]* 1993. стр. 2166.

⁹⁹ Дарио Ђерђа, *Уговор о концесији*, Хрватска јавна управа, год. 6. 2006. бр. 3. стр.108.

¹⁰⁰ А. Laubadere, и др. *Traite des Contracts Administratifs*, Н. према: Б. Љубановић, стр. 37. - 52.

¹⁰¹ Б. Љубановић, стр. 39.

Administratifs, Cours Administratives d'Appel), али и *Tribunal des Conflicts* који решава сукобе надлежности између судова опште надлежности и управних судова.

С друге стране, поједине врсте управних уговора уређене су законским путем. Наиме, материјални и формални елементи уговора одређени (*детерминисани*) су законском нормом (тзв. *contrat par détermination de la loi*). На основу оваквог правног режима долазимо до појма управног уговора *par nature*, тј. уговора који је управни зато што испуњава критеријуме (*les criteres du contrat administratif*) које је поставила управносудска пракса (*La solution jurisprudentielle*) независно о томе што га ни један закон није прогласио управним. Битно је истаћи да се према тим критеријумима одлучује о томе који ће суд одлучивати о спору из уговора – управни суд или суд опште надлежности.¹⁰²

Дакле, идентификацију управних уговора у француском праву је у неким случајевима олакшао сам законодавац, проглашавајући правном нормом одређене уговоре управним уговорима, извлачећи их уједно из режима грађанског права и приписујући надлежност управних судова за решавање спорова који би могли настати у вези с тим уговорима. Као пример законом дефинисаних управних уговора наводе се уговори о извођењу јавних радова и уговори о продаји некретнина у власништву државе, уговори о заузимању јавних добара, уговори о јавним зајмовима, уговори о јавној набавци и сл. За те су уговоре створени типски услови које су сви понудиоци испорука и радова морали прихватити ако су хтели закључивати уговоре с државним телима. Касније су се развиле и друге врсте управних уговора, од којих су уговори о концесији и обављању концесиониране јавне службе само један облик.¹⁰³

1.1.2. Појам и класификација управних уговора

Јавноправно тело управне уговоре може закључивати са одговарајућим јавноправним телом, односно са другим правним лицем, као и са појединцима. Уговори

¹⁰² Б. Љубановић, стр. 43.

¹⁰³ Дарио Ђерђа, *Уговор о концесији* Хрватска јавна управа, год. 6. бр. 3. 2006. 85. – 120. стр. 110.

које закључује јавна управа као уговорна страна у погледу њиховог предмета могу да буду различити, али како је раније наведено они се с правног аспекта могу поделити на управне уговоре и уговоре општег или приватног права. Управни уговори као и све врсте уговора имају у основи битне особине приватноправних уговора, али се од њих и разликују по извесним карактеристикама.¹⁰⁴

Ауби дефинише управни уговор као уговор склопљен у име једног или више јавних субјеката, а према режиму јавног права.¹⁰⁵ Неки теоретичари управног права нарочито истичу да су управни уговори француског права настали управо као последица жеље да се уговори које склапају тела државне управе не сврставају у исту категорију као други трговачки (привредни) уговори.¹⁰⁶

Исто тако се наводи да су према француској теорији управног права, управни уговори мешовити правни акти (једностранни и двострани) јер садрже и уговорене одредбе, али и одредбе које представљају израз воље јавне власти, која их може и након склапања уговора мењати, чиме задржава надзор над обављањем јавне службе или извођењем јавних радова. Јавноправна тела код управних уговора имају значајна права као што су право усмеравања и надзора, право изрицања санкције, право једностране промене одредби из уговора (ограничено право) и право једностраног раскида уговора.¹⁰⁷

У теорији се француски концепт управног уговора дефинише као „двострани правни акт који држава (односно релевантни орган, јавноправно лице или јавноправна корпорација) закључује са трећим лицем (физичким, правним лицем или извесним државним органом) ради реализације неког циља од ширег друштвеног интереса.“¹⁰⁸

¹⁰⁴ Упоредити: С. Поповић, *Специфичности управних* [...] стр. 2163.

¹⁰⁵ J. M. Auby, *Droit administratif special*, Deuxieme Edition, Paris, Sirey, 1966. стр. 28.

¹⁰⁶ Д. Ђерђа, стр. 108.

¹⁰⁷ Р. Пирнат, *Управни уговор и управни поступак*, у: Модернизација опћег управног поступка и јавне управе у Хрватској, Сувремена јавна управа, Загреб, стр. 113. и 114. Н. према: М. Шикић и др. стр. 426.

¹⁰⁸ Д. Кавран, *Управни уговори-обележја, врсте и развој*, Правни живот, бр. 11-12, Београд, 1993. Н. према: М. Костић, *Управни уговор у немачком праву*, 2008. у: Актуелна питања савременог законодавства-

Кад се говори о критеријумима према којима се у француском праву оцењује да ли је управа закључила управни уговор или уговор општег права, С. Поповић констатује да је код извесних уговора, несумњиво да су увек управни уговори по основу законског одређења (нпр. уговори о јавним радовима и уговори о продаји државних непокретности) или по свом објекту. Судска пракса сматра управним уговорима оне које је закључило јавноправно тело (јавноправно лице) у вези или поводом функционисања јавне службе и који поред осталог испуњавају један од два следећа услова: а) присуство у уговору ванредне (прекомерне или дерогативне) клаузуле или б) непосредно учешће саговорача у вршењу јавне службе.¹⁰⁹ Он дефинише „ванредне клаузуле“ на следећи начин:

„Под ванредним клаузулама подразумевају се одредбе које имају за предмет поверавање странкама права или стављање странкама на терет обавеза које су стране уговору по својој природи, а на које може слободно да пристане било која странка у оквиру грађанских и трговачких прописа односно клаузуле које се разликују по својој природи од оних које могу бити стављене у уговор аналоган грађанском праву. Ванредна клаузула даје уговору закљученом од стране јавноправне личности карактер управног уговора, чак у случају кад такав уговор нема никакве везе са јавном службом.“¹¹⁰

На основу наведеног, можемо дефинисати критеријуме француске управно-судске праксе за управне уговоре:

(1) Критеријум странака (*les parties au contract*). Према том критеријуму једна од странака у управном уговору мора бити правна особа јавног права.¹¹¹

Зборник радова са Саветовања правника у Будви, Правни живот, Савез удружења правника Србије и Републике Српске, вол. 57, бр. 7-8, Београд, стр. 61. - 70.

¹⁰⁹ С. Поповић, стр. 2166. - 2168. Н. према: Д. Миловановић, стр. 117.

¹¹⁰ Исто.

¹¹¹ Neville Brown, John S. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon press, Oxford, 1998. стр. 206. Н. према Б. Љубановић, стр. 43. - 44.

Општеприхваћено је правило да једна уговорна страна, мора бити јавноправно тело, али француско право одређује и могући изузетак. Реч је о уговору склопљеном између два приватноправна лица који се сматра управним уговором ако је једна од странака имала јасан мандат у смислу грађанског права да заступа јавноправно тело, па је у ствари јавноправно тело странка уговора.¹¹²

(2) Критеријум циља (*l'objet même du contract*). По њему управни је уговор онај чији је објект везан уз обављање јавне службе, односно онај којим појединац добија право и дужност непосредног обављања јавне службе.¹¹³ Истиче се да постоје три случаја када се сматра да је предмет уговора обављање јавне службе: а) извршење јавне службе је поверено уговорној страни (концесионирана јавна служба), (*L'exécution meme du service public est confiée a l'un des contractants*), б) уговор је један од модалитета обављања јавне службе, односно управним уговором стиче се делимично право обављања јавне службе (*Le contrat costutute l'une des modalites de l'exécution meme du service public*) и в) уговором се уговара да јавну службу обавља физичко лице у име јавне управе (*Le contrat fait travailler une personne phyciqye pour le compte d'un service public administratif*).¹¹⁴

(3) Критеријум посебних овлашћења (*les clauses exorbitantes du droit commun*), или тзв. дерогативна клаузула (*clauses dérogatoires*). По овом критерију (клаузули) странке прихватају уговором предвиђена одступања од општег права. Јавноправном телу дају се посебна, већа овлашћења (нпр. да једнострано мења одредбе уговора), јер то више погодује остварењу ширег друштвеног интереса. Међутим, у случају да измена уговорних одредаба има за последицу увећање трошкова, те се на тај начин руши „финансијска равнотежа уговора“, друга уговорна страна има право потраживати накнаду од јавноправног тела због поновног успостављања „финансијске равнотеже“.

¹¹² Dupuis G. Guedon M. J. Chretien, *Droit administratif*, Sirey, Paris, 2009. стр. 438. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 425.

¹¹³ N. Brown, J. S. Bell, стр. 206. Н. према Б. Љубановић, стр. 44.

¹¹⁴ Dupuis G, Guedon M. J. Chretien, стр. 444. - 447. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, 425.

Ако накнаду не оствари споразумно с јавноправним телом, друга страна је може потраживати пред управним судом.¹¹⁵

Изнесеном треба додати да Државни савет (*Conseil d'Etat*), дефинише *clause exorbitante*, као клаузулу којој је циљ да странкама да права и наметне обавезе, које су такве природе да не могу бити уговорене нити прихваћене од било кога у оквиру грађанског и привредног права. Теорија наводи да се друга и трећа карактеристика могу комбиновати, али да прва карактеристика мора постојати, односно управни уговор мора закључити с једне стране јавноправо тело.¹¹⁶

У управном уговору, јавноправно тело улази у уговорни однос као носилац ауторитета јавне власти, којем је задатак заштита и остварење јавног интереса. Ово из разлога што је јавни интерес доминантан код управног уговора и због његове заштите, јавноправно тело наступа с јачим овлашћењима од друге уговорне стране. Основни циљ управног уговора је обављање јавне службе, док је код приватног уговора основни циљ приватни интерес уговорних субјеката. Због тога је у француском праву спор поводом управних уговора изузет из надлежности судова опште надлежности и стављен у надлежност специјализованих управних судова.

Класификација управних уговора у француској правној теорији и пракси извршена је углавном према објекту уговора. Једна од врста уговора јавне управе је и *уговор о концесији* чија је правна природа била дуго предмет расправа у француском праву. Реч концесија потиче из латинске речи *concessio* (*concedere*) што значи дозвољавање, опште признање казне. Ова је реч остала као корен у многим другим језицима. Енглеска реч *concession* значи попуштање, дозвола, повластица, додељивање, на немачком *konzession* означава одобравање, допуштање.¹¹⁷ У француском језику појам *concession* означава допуштање, дозволу, повластицу. Концесије се у

¹¹⁵ N. Brown, J. S. Bell, стр. 206. Н. према Б. Љубановић, стр. 44.

¹¹⁶ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J. Paris, 2008. стр. 120. - 123. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 425.

¹¹⁷ Иво Борковић, *Управно право*, Загреб, 1995. стр. 25.

средњеveковном праву везују за мале регале - који представљају посебна права владара, и његове имовине, путем којих је краљ финансирао своју делатност, и које је могао пренети на приватна лица што је представљало зачетке концесија.¹¹⁸ Борковић истиче да се концесија означава као: дозвола, одређено овлашћење, одобравање, допуштање, које јавна власт по правилу додељује неким посебним актом. У садржајном смислу, концесија је посебни правни инструмент, којим јавна власт дозвољава одређеном субјекту (физичком или правном лицу), домаћем држављанину или странцу искоришћавање одређених добара, извођење одређених послова или обављање некакве делатности.¹¹⁹ Још је Диги упозоравао на различит смисао у којем се реч концесија употребљавала крајем XIX и почетком XX века. Према њему, концесија у “правом смислу те речи означава акт којим једно јавноправно тело, (држава, покрајина, општина, колонија) ставља - на основу његовог пристанка - једном појединцу, обично неком друштву, у дужност осигурање функционисања једне јавне службе, под одређеним условима”. Диги је уједно навео и да се ова дефиниција може узети као опште схватање концесије у свим државама тога времена с мањим разликама у појединостима.¹²⁰

Концесије у француском праву постале су предмет спорења углавном због различитог разумевања правне природе концесије. Тако се у почетку развоја права концесија у Француској, сматрало да акт о концесији има искључиво уговорну природу, чему се супротстављала друга струја теоретичара, који су тврдили да акт о концесији има двоструку природу – уговорну и нормативну.

Ђерђа наводећи преовлађајуће ставове у француској правној теорији, те праксу Државног савета, износи став да правна природа уговора о концесији у француском праву није спорна и да се они сматрају управним уговорима, и то најтипичнијом

¹¹⁸ М. Петровић, М. Прица, стр. 266.

¹¹⁹ И. Борковић, н. д. стр. 26.

¹²⁰ Леон Диги, *Преображаји јавног права*, стр. 134. - 135. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 419. - 441.

категијом управних уговора.¹²¹ Овакав закључак произилази из чињенице да уговор о концесији испуњава два кључна елемента управног уговора. Први је да је код уговора о концесији увек бар једна уговорна страна јавноправно лице, а други да се концесиони уговор закључује понајпре с циљем обављања јавних служби. Као потврду ове тврдње наводи се да су управо та два елемента определила француски Државни савет да у већ наведеној одлуци у случају *Epoux Bertin* уговор о концесији окарактерише као управни уговор. *Maffei* наводи да и друга обележја уговора о концесији показују да је реч о управним уговорима, као што су правни режим јавног права, надлежност управних судова за решавање спорова, широка овлашћења субјектима укључујући и право на једнострану раскид, или измену уговорних одредаба због јавног интереса.¹²²

Данас у Француској превладава став да акт о концесији има мешовиту природу, тј. да уговорну природу имају одредбе које се односе на финансирање службе и релације према субјектима, док нормативну природу имају одредбе које утврђују функционисање службе.¹²³ У француској се савременој теорији говори о управним концесијама као о најширем појму концесија - а које се дефинише као „поступак који допушта управи давање одређеног права појединцу или другој правној особи под одређеним условима који најчешће садржи уговор којим се утврђују услови подељивања права.“, док се посебно спомињу још и концесије за обављање јавне службе, концесије за јавне радове, концесији за руднике итд.¹²⁴

Најважнија подела управних уговора у Француској је на уговоре о концесионираној јавној служби (*Les contrats des concession de service public*) и уговоре о јавним набавама (*Les marchés public*). Уговором о концесионираној јавној служби даје се појединцу (у правилу приватном лицу) право и дужност обављања делатности која

¹²¹ Ђерђа, стр. 112.

¹²² Упоредити: Maffei, стр. 38. – 39. Н. према: Д. Ђерђа, стр. 112. и 113.

¹²³ Иво Борковић, *Управно право*, Народне новине, Загреб, 2002. стр. 39. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 420.

¹²⁴ М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 420.

се сматра јавном службом, с тим да он своју делатност наплаћује од корисника службе. Концесионар је одговоран за обављање делатности јавне службе. Типичан пример овог уговора у Француској је онај који се односи на водоснабдевање. Концесионар добија од стране јавноправног тела право и дужност снабдевања становништва водом на одређеном подручју и ту своју услугу наплаћује од корисника. Концесионар је према корисницима у приватноправном уговорном односу, а према концеденту у јавноправном (управном), уговорном односу. Уговором о јавним набавкама осигуравају се посебни предмети или услуге потребне за обављање јавне службе, што значи да је циљ и овог уговора остварење ширег друштвеног интереса.¹²⁵

У Француској су одређене врсте управних уговора проглашени таквима законском нормом, а и судска је пракса развила одређене критеријуме који су наведени у претходном делу (критеријум странака, циља, посебних овлашћења), на основу којих се оцењује да ли је у конкретном случају реч о управном уговору. Тако су поред уговора о концесионираној јавној служби и уговора о јавној набавци познате и друге врсте управних уговора, као што су уговор о заузимању јавних добара (*Les contrats d'occupation du domaine public*), уговор о упису јавних зајмова (*Les contrats d'emprunt public*), уговор о јавно-приватном партнерству (*Les contrats d'emprunt public*) и др. *Richer* управне уговоре дели на: уговоре о јавној набавци, уговоре о концесионираној јавној служби, уговоре о коришћењу јавног добра, уговоре о јавно-приватном партнерству, али и развојне концесије и уговоре о запошљавању јавних службеника.¹²⁶

Сматрамо сасвим оправданим став присутан у правној теорији, да су француски управни уговори израз тенденције да се јавна управа не служи искључиво управним актом, али ни класичним приватноправним уговором, него да су они заправо „средњи пут“, јер осигуравају одређену субординацију јавноправног тела, али не на тако изричито једностран и ауторитативан начин као у случају управног акта.

¹²⁵ Б. Љубановић, стр. 44.

1.1.3. Закључење управног уговора

У вези са настајањем управних уговора, истиче се да то подразумева сложени поступак у оквиру кога поједини елементи имају карактер једностраности. Такође, често је потребно претходно спровести одређени поступак у вези са одређивањем извођача или утврђивањем цене. То су углавном конкурс или јавно надметање и непосредна погодба.¹²⁷

Посебни услови управног уговора представљају скуп писмених докумената који одређују услове уговора. Они обухватају следеће елементе: а) услови који садрже опште управне клаузуле утврђујући административне услове који се примењују на све уговоре закључене од стране министарства или одређене службе. Ове услове установљава свако министарство и служба, али централна комисија поставља посебне типске услове који могу бити учињени обавезним и путем министарске одлуке за све органе управе и јавне службе; б) услови садржани у заједничким прописима утврђују специјалне услове за сваку категорију уговора: утврђује их свако министарство и потчињени су консултативним комисијама за уговоре које образује министар; под истим условима као и претходно наведени услови могу бити учињени обавезним; в) услови (анекси) садржани у специјалним одредбама утврђују посебне услове за сваки поједини уговор; они могу по потреби и вршити дерогирање у односу на опште управне клаузуле и на опште прописе. Разматрајући правну природу ових услова, аутор са правом истиче да изузев концесије јавне службе, они имају уговорни карактер, јер им једнострана редакција и претходно одређивање уговорних услова не одузима уговорну природу, већ их само везује за категорију уговора по пристанку. У погледу концесије јавних служби, он указује да из објекта таквог уговора који се не састоји само у успостављању правних односа између управе и њеног саговорача, већ и у обавези

¹²⁶ L. Richer, стр. 354. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 425.

¹²⁷ С. Поповић, *О потреби увођења института управних уговора у наше право*, Архив, бр. 1-3, Београд, 1996. стр. 527.

сауговарача да организује јавну службу, произлази да посебни услови јавне службе имају полууговорни и полурегулаторни карактер.¹²⁸

1.1.4. Уговорне стране и њихов правни положај

Према судској квалификацији управни уговори могу бити закључени између јавноправних субјеката, између јавноправног субјекта и приватног лица, а изузетно могућ је и управни уговор између физичких лица, односно лица из области приватног права. Ова трећа врста уговора је на први поглед у директној супротности са прокламованим принципом, да је најмање једна страна у управном уговору, јавно-правна. Међутим, „уговор закључен између физичких лица може се сматрати за управни, када једно од њих делује у оквиру заступништва сагласно грађанском праву.“¹²⁹ У француском праву поступак јавног надметања увек претходи закључивању управног уговора. Правило је да свим уговорима који се склапају за рачун државе претходи или јавни конкурс или позив за стављање понуда.¹³⁰

Положај уговорних страна управног уговора има посебну важност за одређивање да ли је уговор јавне управе управни уговор или не. Јавноправни субјект уговора је у доминантном (јачем), положају у односу на приватноправни субјект, како у погледу услова за закључење уговора које диктира јавноправно тело, преко извршења уговора, те могућности раскида уговора од стране јавноправног тела, али и обавезе приватноправне уговорне стране да изврши уговор иако јавноправна страна није извршила у целости или делимично своју обавезу. У случају да се уговор раскине кривицом јавноправног тела, оно је дужно да обештети приватноправни субјект, односно да обезбеди финансијску равнотежу.

Како се управни уговор најчешће закључује између јавноправног лица са једне и приватног лица са друге стране и то најчешће о обављању неке јавне службе, то је један о критеријума за одређивање да ли је један уговор, управни уговор или не, тзв.

¹²⁸ С. Поповић, *Управно право – Студије и чланци*, стр. 136. - 137. Н. према: Д. Миловановић, стр. 118.

¹²⁹ М. Canedo, *Le mandat administratif*, Bibliotheque de drit public, LGDJ, 2001. стр. 69.

¹³⁰ Исто.

„критеријум странака“ (*les parties au contract*).¹³¹ Према том критеријуму једна од странака у управном уговору мора бити правно лице јавног права, односно јавноправно тело, уз наведени изузетак у погледу два приватноправна лица када једно од њих делује у оквиру заступништва сагласно грађанском праву.

У интересу јавне службе јавна управа у уговорном односу има значајна овлашћења која јој дају надређен положај у односу на другог субјекта управног уговора. Већ у поступку који претходи закључењу управног уговора јавна управа одређује услове уговорног односа на које друга уговорна страна најчешће нема утицаја. Врло често овакви уговори имају елементе адхезионог уговора (уговора по приступу) у коме једна уговорна страна диктира услове, а друга има избор да их у целини прихвати или да одустане од закључења уговора.¹³²

У француском праву субјекти уговора се одређују у зависности од тога да ли се ради о управним уговорима које као такве одређује закон, или о уговорима које је дефинисала судска пракса. Издвајају се два облика дефинисања путем закона уговора као управних уговора: индиректна и директна законодавна квалификација.¹³³ Индиректна законодавна квалификација се односи на уговоре за које закон није изричито одредио да су управни уговори, али одређује за спорове у вези ових уговорних односа, надлежност управног суда. Тако је **Владиним указом од 17. јуна 1938.** године утврђена надлежност управног суда за „спорове у вези са уговорима о коришћењу јавне (области) опреме, без обзира на њихову форму и деноминацију“.¹³⁴ У новије време (чл. L. 1311-3-4° CGCT), предвиђено је у вези са административним

¹³¹ N. Brown, J. S. Bell, стр. 206. Н. према: Б. Љубановић, стр. 43. - 44.

¹³² Ово правило није апсолутно. Постоје и ситуације када приватно лице као заинтересована страна покреће иницијативу за закључење уговора, као што је нпр. иницијатива заинтересованог лица за доделу концесије. У том случају то лице у свом захтеву и пратећој документацији предлаже и неке од елемената који ће бити саставни део управног уговора (*нприм. аум.*).

¹³³ Више: Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008. стр. 74. - 93. (превод на македонски Даниела Донова, Скопје, 2011.).

¹³⁴ Исто, стр. 75.

дугорочним закупима да: „спорови у вези са овим уговорима о закупу су у надлежности управних судова“.¹³⁵ Међутим судови нису имали увек исте критеријуме при одређивању надлежности према природи уговора у овим случајевима. Тако су у неким ситуацијама рестриктивно, а у другим екстензивно тумачили законодавне текстове. Директне законодавне квалификације експлицитно дефинишу одређене уговоре као управне. Тако се управним уговорима сматрају уговори који се закључују у складу са Законом о јавним набавкама. И овде је у пракси управних судова било различитог поступања, али је Државни савет ту праксу настојао уједначити.¹³⁶

Можемо закључити да су уговорне стране у овим управним уговорима свакако јавноправно тело са једне и јавноправно или приватно лице са друге стране, зависно од конкретног уговора, односно да ли је уговор о вршењу јавних услуга, или о јавној набавци и сл. Међутим, сматрамо да је потребно осврнути се на став судске праксе да се и уговор закључен између физичких лица може сматрати за управни, када једно од њих делује у оквиру заступништва у складу са грађанским правом. Мишљења смо да ово решење које егзистира у француском праву, треба узети са великом резервом. Наиме, приватна лица, ма у ком својству иступала, уговор закључују првенствено у приватном интересу интересу и јавни интерес није нешто што је њима приоритет. Стога је тешко прихватљиво да се управни уговор коме је основни циљ остварење јавног интереса закључује између два приватна субјекта који немају изворну одговорност за заштиту јавног интереса.

С друге стране, постоје бројна овлашћења јавног субјекта у односу на приватног субјекта у управном уговору, нарочито у поступку извршења и раскида о чему се детаљније говори у делу о извршењу уговора. Ипак и приватно лице има одређена права, као што је загарантовано право на обезбеђење финансијске равнотеже и накнаде штете у случају раскида уговора без кривице приватног субјекта.

¹³⁵ Исто, стр. 83.

¹³⁶ Исто, стр. 82. - 88.

Повлашћен положај јавноправног тела у односу на приватноправног субјекта, заснива се на циљу управног уговора. Наиме, управни уговор се закључује пре свега ради остварења јавног интереса, за разлику од приватноправног уговора који за циљ има реализацију приватних интереса уговорних страна. Јавни интерес се ставља испред појединачног и отуда доминантнији положај јавноправног субјекта који тај интерес заступа.

1.1.5. Најважнија функција управног уговора – вршење јавне службе

Теоријски појам јавне службе је једно од централних питања управне теорије и њиме су се бавили многи правни теоретичари. За правилно разумевање појма јавне службе, неопходно је пре свега утврдити порекло овог појма као и разлоге и околности који су довели до његовог настанка.

У уводном делу рада наведено је да је у Европи крајем XIX и почетком XX века под снажним утицајем индустријализације дошло до значајних промена у многим областима деловања државе и друштва и да промене нису заобишле ни правну теорију и мисао, посебно у погледу односа државе и њеног административног апарата према грађанима. Класична улога и концепција „правне државе“ која се заснивала искључиво на сувереној државној власти, постаје тесан оквир за нарастајуће потребе за све разноврснијим и бројнијим делатностима од општег интереса за друштво које држава треба да обавља преко своје управе. Неминовно је било да се државни апарат прилагоди новим околностима и да се трансформише. Тако се улога државе проширила, те је она поред заштите принципа легалитета и извршавања закона, морала омогућити остварење социјалне функције, односно обезбедити услове за реализацију других важних друштвених послова.

Потреба за трансформацијом државе и њеном еволуцијом у „социјалну државу“ нарочито је разрађена у „теорији јавне службе“. Као што је раније наведено, оснивач ове теорије је знаменити француски теоретичар *Леон Диги*. Он је доктрину солидаризма почетком XX века развио у теорију о социјалној функцији државе, односно у теорију јавних служби (*École de service public*). Заступници ове теорије сматрају да је држава организација јавних служби које су контролисане од оних који владају, управљача, те да држава и право не могу искључиво бити „инструменти у рукама владајуће класе“ већ

организација која има за циљ остваривање интереса друштва као целине. Држава има задатак да врши јавну службу.¹³⁷

Делатности чије је вршење обавезно за управљаче, чине сам предмет јавних служби. Према заступницима овог теоријског концепта основни задатак државе више није коришћење апарата принуде према грађанима као њеним поданицима. Они истичу промењену улогу државе чија је обавеза да обезбеди вршење јавне службе на добробит друштва. У јавну управу уводи се појам јавне службе као основни принцип рада са тенденцијом повећања броја делатности којима на директан или индиректан начин управља државна или локална администрација, а у којима, по природи ствари, држава не наступа са позиције силе и наређивања. Оваква „социјална држава“ је облик организације друштва чија је основна делатност старање о благостању њених грађана и свеукупном развоју друштва. То подразумева потпуну промену функције државе и њену трансформацију из јавне власти у јавну службу, а активности управе се трансформишу у делатност у разноврсним областима и пословима од виталног значаја за опстанак и напредак друштва. Јавне службе су све оне активности, делатности које због свог значаја за становништво, држава мора да регулише, обезбеди и контролише. Лилић истиче актуелност идеје јавне службе и данас, јер је она уграђена у концепцију о социјалној функцији државе и управе као система за социјалну регулацију.¹³⁸

Теоријски појам јавне службе је због своје важности и улоге у теорији управног уговора, био предмет анализе многих аутора. Због обимне литературе и великог броја различитих схватања, појам јавне службе нема општеприхваћену дефиницију. *Леон Диги* своје схватање јавних служби заснива на друштвеној узајамности која масу свести појединаца о друштвеним потребама преображава у позитивно право. Он устајући против суверености као основног принципа, истиче: „Оно што је главно, то није више право заповедања, већ обавеза да се практично ради. Ако се и признаје извесна власт

¹³⁷ Л. Диги, *Преображај јавног права*, стр. XIX - XX.

¹³⁸ Стеван Лилић, *Државна управа - инструмент власти или јавна служба*, Упоредна искуства државних управа, Београд, 2003. стр. 53.

управљача, то није више на основу једног примарног права на јавну власт, већ због задатака који се намећу, према томе та власт постоји само уколико она врши те задатке. Држава има задатак да врши јавну службу. Ове делатности чије је вршење обавезно за управљаче, чине сам предмет јавних служби“.¹³⁹ Такође, држава није више суверена власт која заповеда, она је група појединаца који располажу силом, и који су дужни ову силу употребити за старање и управљање јавним службама.

Дигијеви следбеници у даљем развоју ове теорије везују јавну службу за управно право. Тако *Гастон Жез* сматра да је за утврђивање појма јавне службе битна воља оних који владају, јер ће друштвене потребе од општег интереса у одређеној земљи, које се задовољавају поступком јавне службе бити само оне за које су они који владају у тој земљи то изричито одлучили. Жезово схватање јавних служби је објективно за разлику од Дигијевог које је субјективног карактера.

Захваљујући богатој теоријској подлози коју су заступали Леон Диги и његови следбеници, концепт јавне службе је на крају уобличен кроз праксу Државног Савета у Француској. Другим речима, Државни Савет је решавајући спорна питања у вези са радом управе почео да проширује појам управне функције укључујући у њено вршење и неауторитативне активности државе које су добила обележја јавних служби. Захваљујући пракси Државног савета развила се концепција јавних служби по којој је јавна служба свеукупна државна и друштвена делатност од општег интереса, а активности управе у обављању ових делатности се одвијају по начелима јавног права. На овај начин је јавна служба обухватила све државне делатности па тиме и управу.

Кључна одлука која је дефинитивно сврстала управне уговоре под управну јурисдикцију, је одлука Државног савета у случају „*Terrier*“ из 1903. године, која је у раду анализирана раније.¹⁴⁰ Овом одлуком је потврђен став да се подразумева да све што се односи на организацију и функционисање јавних служби спада у управну

¹³⁹ Исто, стр. XIX.

¹⁴⁰ Видети: оквир бр. 1. ове дисертације (у даљем тексту: „ов. дисерт.“)

делатност. Из ових одлука француског Државног савета, настаје теоријски концепт јавне службе. На тај начин је појам управе у Француској проширен, тако да се под њим, осим управне функције као правно регулисаног вршења управне власти, подразумева и вршење јавних служби. На основу ове одлуке управни уговори подлежу управној јурисдикцији, не према законском одређењу него по својој природи, будући да је реч о јавној служби.¹⁴¹

С. Поповић наводи: „Под управним уговором подразумева се двострани правни акт који закључује држава, односно друго јавноправно тело са појединцем или правним лицем, а у циљу обезбеђивања функционисања јавне службе или вршења снабдевања органа, односно организације посебним предметима. Основна карактеристика управних уговора је нарочито у томе што се они закључују у циљу обезбеђења вршења јавне службе, што значи да држава, односно друга јавноправна тела те уговоре не закључују у својству приватноправних личности, већ као представници и носиоци одговарајуће јавне службе”.¹⁴² Исто тако указује да, изузев Дигија, највећи број аутора у Француској стоји на становишту да несумњиво постоји институт управног уговора. Тако Жез истиче да дејства управних уговора нису иста као дејства грађанских уговора. Јавне потребе су оне „потребе општег интереса“ које су управљачи у датом времену одлучили да задовоље у посебној форми, форми јавне службе.

Лобадер сматра да је за одређивање појма јавне службе пресудан општи интерес, али при том истиче и да није јавна служба свака делатност коју врши управа. „Приватним предузећима управе називају се оне делатности управе чије вођење управа није предузела због општег интереса, већ утврђују за управу само неку експлоатацију или чисто материјални интерес. Тип ове делатности је на пример издавање непокретности у власништву државе у закуп, експлоатација земљишних поседа који су

¹⁴¹ Више: Дејан Миленковић: *Управни уговори - теорија, законодавство, пракса*, Центар за јавну управу, локалну самоуправу и јавне политике Факултета политичких наука у Београду, 2014. стр. 16.

¹⁴² С. Поповић, *Специфичности управних [...]* стр. 2163. и 2164.

у власништву разичитих јавних тела и др.“¹⁴³ Овај концепт обухвата и државну и недржавну управу, тако да представља најшири концепт јавне службе која је имала утицаја и на друге државе, али се нигдје није развила као у Француској. Предмет јавних служби чине све оне привредне и друштвене делатности чији би изостанак довео до друштвеног нереда и хаоса, па због тога управљачи имају социјалну обавезу да ове значајне друштвене делатности правно регулишу, организују, прате и контролишу.

Белгијски теоретичар *Андре Будгенгах*, преузимајући ове идеје у белгијску правну теорију констатује да појам „јавна служба“ има органско (организационо) значење које се односи на одређену установу односно на организацију која врши јавну службу, те материјално и функционално значење по коме је битан само задатак који врши јавна служба, док организација која врши јавну службу остаје и даље приватна организација.¹⁴⁴ Већина аутора се слаже у ставу да су јавне службе делатности које се оснивају ради задовољења одређених потреба од „општег интереса“ друштва.¹⁴⁵ При томе се „општи интерес“ одређује као суштински елемент при одређивању појма јавне службе. Свака делатност управе није истовремено и јавна служба, већ су то само оне делатности којима се задовољавају потребе од општег интереса и које се најцелисходније и најпогодније могу задовољити управо путем јавне службе. Ово се преваходно односи на комуналну, научну, културну, просветну, здравствену и социјалну делатност, као и делатности које имају за циљ унапређење одређених грана привреде, управе или задовољења општих потреба грађана.¹⁴⁶

¹⁴³ Више: Дејан Миленковић, стр. 20. и 21.

¹⁴⁴ Исто, стр 21.

¹⁴⁵ Стеван Лилић, Дејан Миленковић, *Јавне службе у југословенском праву*, Београд, 1999. стр 48.; Павле Димитријевић, *Основи науке о јавној управи*, Ниш, 1967. стр. 239.; Павле Димитријевић наводи да се ради о „посебно квалификованим друштвеним активностима којима се непосредно задовољавају виталне друштвене потребе.“ (напом. аут.)

¹⁴⁶ Владимир Митков, *Прилог кон прашањето за определување, поимот на општествената служба*, годишњак на Правен Факултет – Скопје, 1966. стр. 47.

Анализирајући различите теоријске ставове о јавним службама у француском праву француских теоретичара, али и домаћих аутора,¹⁴⁷ можемо констатовати да појам јавне службе одређује неколико битних принципа од којих аутори дају већи значај једнима или другима. Ми ћемо навести неке који се најчешће истичу:

Принцип *једнакости* свих корисника јавне службе. Ова обавеза се односи на дужност јавних служби да своје услуге и друге чинидбе пружају свим лицима која испуњавају прописане услове за њихово коришћење, као и обавеза да се свим корисницима пруже једнаке услуге и чинидбе под једнаким условима. Као илустрацију навешћемо симпатичан случај „*Chomel*“ од 29. децембра 1911. године. Наиме, месна поштанска служба обавестила је једног становника општине да му се више неће достављати пошта на кућну адресу, него ће морати да је подиже у поштанској служби. Као разлог наведено је да та особа има пса који плаши писмоношу. Државни савет је пресудио да управа пошта нема право да под таквим изговором лиши једног житеља права на једну јавну службу.¹⁴⁸ Ипак, одступања у погледу овог принципа постоје и то углавном због „општег интереса“ као у случају „*Compagnie nationale Air France c. Aéroports de Paris*“¹⁴⁹

Оквир бр. 2. случај „*Compagnie nationale Air France c. Aéroports de Paris*“

У случају „*Compagnie nationale Air France c. Aéroports de Paris*“ 8. Априла 1998. године, Државни Савет је пресудио да ако разлике у дажбинама за слетање теретних авиона могу бити оправдане општим интересом који се везује за развој париских аеродрома као платформе међународног превоза роба, заузврат значајна одступања у оптерећивању ваздухопловних друштава у питању „не могу се сматрати ограниченим на допуштено, имајући у виду начело једнакости, вођење рачуна о разматрањима општег интереса на која се овде позива“.

Принцип *континуитета* подразумева да функционисање јавне службе мора да буде редовно, непрекинуто, да тече без застоја. Овај принцип најјасније одсликава

¹⁴⁷ Симеон Гелевски, Наум Гризо, Борче Давитковски, *Управно право*, Скопје, 1977. стр. 221. Н. према: П. Димитријевић, стр. 162.

¹⁴⁸ М. Петровић, М. Прица, стр. 217.

¹⁴⁹ Исто, стр. 218.

улогу јавне службе као делатности од јавног интереса. Због свог општедруштвеног значаја повреда овог начела се санкционише. Зато се то начело налази у основи теорије „непредвиђености“ (*imprevision*). Јавна управа је дужна да предузима потребне мере да се јавна служба врши без прекида укључујући ту и давање одобрења за поскупљење услуга у случају тешкоћа за даваоца услед објективних тешкоћа у пословању, како не би због тога дошло до потпуног прекида у вршењу јавне службе. У Француској је ово начело од 1979. године добило и уставни значај.¹⁵⁰ Да се ради о веома важном принципу може се закључити из низа одлука Државног савета. Тако је у одлуци у случају „*Dehaene*“ од 7. јула 1950.¹⁵¹ године, Државни савет пресудио да уколико закон није уредио вршење права на штрајк у јавним службама, Влада може да предузме сваку меру која је подесна да спречи да штрајк у јавној служби доведе до прекида јавне службе. Државни савет је у случају „*Société Radio-Atlantique*“,¹⁵² пресудио да начело континуитета оправдава одузимање дозволе за рад ако се јавна служба обавља с пропустима. Принцип *прилагодљивости* (флексибилности, адаптације, мутабилитета) јавних служби, подразумева прилагођавање јавних служби новим условима, чиме се повећава потреба за новим или модификованим јавним службама. Истовремено, протоком времена може доћи и до промене услова и престанка потребе за постојањем неке јавне службе. Карактеристичан пример за примену овог начела је случај „*Gaz de Deville-Lès-Rouen*“ од 10. јануара 1902. године.

Оквир бр. 3. случај *Gaz de Deville-Lès-Rouen* “¹⁵³

Случај „Gaz de Deville-Lès-Rouen“ од 10. јануара 1902. године, односи се на замену гаса електрицитетом као средством осветљавања општина крајем XIX века. Плинали су дуго позивајући се на клаузулу о повластици осветљења јавних места у уговорима који су закључивани и на 99 година, одбијали да дозволе замену плина електрицитетом. Напокон, је Државни савет у наведеној одлуци заузео став да су градови који су хтели увести електричну расвету морали прво да од плинара који су имали концесију на

¹⁵⁰ Исто, стр. 213. и 214.

¹⁵¹ Исто, стр. 214.

¹⁵² Исто.

¹⁵³ Исто, стр. 214. и 215.

градску расвету на плин затраже да је уведе, па уколико то она одбије они су овлашћени да се обрате неком друштву за производњу и дистрибуцију електричне енергије. На овај начин је клаузула у уговору о концесијама о повластици плинара која им је дата за осветљавање јавних места не прецизирајући поступак расвете, тумачена само као прече право. Мотиви који су руководили Државни савет у доношењу овакве одлуке се могу пронаћи у озбиљним разлозима јавног интереса. Овим је Државни савет у потпуности променио уобичајено тумачење оваквих случајева.

У својој каснијој пракси Државни савет је пресуђивао да се вршиоцима јавних услуга због отежаних услова који су им у јавном интересу наметнути у вршењу јавне службе, а који нису били предвиђени уговором, обавезно досуђује накнада штете коју због тога трпе. Тако је у случају „*Tramways de Marseille*“¹⁵⁴ од 11. марта 1910. године одлучено да је градоначелник Марсеја имао право да у интересу јавне безбедности, увећа обавезе друштва које је вршило јавну службу превоза трамвајем, уз придржавање права друштва да, уколико је због тога претрпело штету буде обештећено.

На основима француске теорије јавних служби, оваквим службама се може означити свака делатност која је од посебног значаја (друштвеног, економског и културног) по друштвену заједницу, али са правног гледишта јавна служба постоји тек уколико постоје специјална правна правила односно специјални правни режим (закони, уредбе) којим се регулише правилно и непрекидном функционисање јавне службе. Правним регулисањем ове значајне друштвене активности она и формално добија положај јавне службе, коју управљачи могу да контролишу и усмеравају. Другим речима да би се једна делатност сматрала јавном службом, неопходно је да се она као таква прогласи законом. Међутим, то не значи да је јавна служба једнострана воља законодавца, односно његова вештачка творевина већ да постоје специјална правила о стварању, организацији и функционисању одређене јавне службе, па и о њеној контроли и о евентуалном укидању.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Исто, стр. 216. и 217.

¹⁵⁵ П. Димитријевић, стр. 162. и 163.

Критички однос према концепту јавних служби. Концепт управе као јавне службе постао је предмет теоријског преиспитивања у другој половини XX века, а као последица настанка нових облика јавних служби које се нису уклапале у теорију о јавним службама. Пред теоретичаре се поставио нови задатак да преиспитају и унапреде неке од ранијих принципа и закључака које су заступали у погледу јавних служби.

Овим питањем се посебно бавио *Марсел Валин* који је заступао тезу да јавне службе у то време немају онај значај и улогу који су јој придавали старији теоретичари, а сматра да је појам јавне службе веома растегљив и да се тешко може обухватити једном дефиницијом, услед чега га избегава и законодавац и теорија. По *Валину* постоје три основне врсте јавних служби: (1) јавне службе у непосредној режији управе када управа непосредно обезбеђује грађанима извесну чинидбу, односно врши јавну службу на свој терет, преузимајући на себе одговорност за успешно вођење једне активности у јавном интересу; (2) концесиониране јавне службе чији настанак иницира управа и задовољава се тиме што је контролише, док приватно лице организује и обавља делатност и (3) јавне службе у заинтересованој режији у којој појединац који преузима обављање неке јавне службе нема право наплаћивања услуга од корисника, јер то право припада само јавном телу које је основало јавну службу. Надокнада (рента) за приватно лице које преузима обављање заинтересоване режије јавне службе утврђује се уговорима.¹⁵⁶

Дакле као што је наведено обављање јавне службе је један од критеријума за опеделивање уговора као управног и везан је предметом и природом самог уговора. Реч је о препознавању обављања јавне службе са стране приватноправног лица како би се уговор закључен између јавног и приватног субјекта могао дефинисати као управни

¹⁵⁶ Више: Д. Миленковић, стр. 24.; П. Димитријевић, *Управно право*, општи део, СВЕН, Ниш, 2013. стр 154.

уговор. Овај критеријум је објективан, а то је елемент који уговор чини управним независно од воље уговорних страна.¹⁵⁷

Одређени француски теоретичари имају *нормативистички* приступ појму јавне службе. Овај приступ не подржава широко схватање јавне службе, већ под појмом јавне службе подразумева један посебан правни режим који држава утврђује у вези са вршењем одеђене делатности од општег јавног интереса или од посебног друштвеног значаја. Ово уже схватање је ближе савременом појму јавне службе. Наиме, ни једна делатност не може се сматрати сама по себи јавном службом. Тек успостављањем посебног правног режима који представља њену суштину може се рећи да је та делатност јавна служба.

С. Поповић наводи читав низ карактеристика јавних служби од којих издвајамо само неке: јавне службе се оснивају ради задовољавања одређених потреба од општег интереса; поверавање вршења јавних служби врши се законом или прописом заснованим на закону; као јавне службе могу да се сматрају само одређене делатности; делатности јавних служби су под посебним правним режимом; непрекинуто функционисање јавних служби; једнакост грађања у коришћењу јавних служби и сл.¹⁵⁸

Сматра се да у јавне службе спадају све оне делатности чије обављање мора бити обезбеђено, регулисано и контролисано од стране оних који владају и које се због свог значаја за друштво морају непрекидно обављати (нпр. образовање, јавни саобраћај, водопривреда, поштанско-телеграфски саобраћај и сл.)¹⁵⁹ Француска теорија, а пре свега пракса Државног савета развијајући институт јавне службе, је један од критеријума за одређење (опредељење) карактера уговора као управног повезала са предметом и природом самог уговора. Вршење јавне службе од стране

¹⁵⁷ Борче Давитковски, *Појам управних уговора и њихово место у македонском правном систему*, Зборник радова, Тематски број посвећен Славољубу Поповићу, LVII, 1 - 20. стр. 4.

¹⁵⁸ Славољуб Поповић, *Нека питања у вези са појмом јавне службе*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 2. 1954. Београд, стр. 175. - 188; С. Поповић, *Управно право*, Београд, 1966. стр. 54. - 68.

¹⁵⁹ Стеван Лилић, *Административни уговори и јавне службе*, Правни живот 11/12. 1993. стр. 2143.

приватноправног лица представља групу управних уговора између јавноправног и приватноправног лица, у сагласности са његовим предметом. У складу са класификацијом коју је извршио *Валин* овај критеријум се јавља у три вида:

1) *Орган јавне управе поверава приватноправном лицу вршење јавне службе:*

У овом случају постоји тзв. „делегирано управљање“ од стране јавне управе. Она преноси другој уговорној страни вршење јавне службе. Тако је Државни савет у овире одлуке „*Eroux Bertin*“¹⁶⁰ из 1965. године, закључио да је управни уговор, уговор који за предмет има додељивање појединцу вршења јавне службе у случају смештаја советских држављана који су чекали репатријацију 1944. године.

2) *Уговор сам по себи представља вршење јавне службе:*

У оквиру одлуке од 20. априла од 1956.¹⁶¹ године која је за циљ имала да утврди правну природу уговора закљученог од стране Управе за водопривреду и шумарство за реализацију операције пошумљавања приватног земљишта, државни савет се огласио надлежним на основу тога што наведени уговори представљају један од начина за конкретно извршавање јавне службе за одржавање шума. Претпоставка овог уговора је да јавна управа потпуно управља јавно службом. За разлику од „делегираног управљања“ јавном службом, у овом случају јавна управа има активну улогу у извршењу управног уговора. И у првом и у другом случају ови односи имају карактер управног уговора због њиховог предмета, а који се састоји у вршењу јавне службе.

3) *Уговор којим се јавноправно лице укључује у вршење и управљање јавном службом:*

И поред блискости са претходна два критеријума одређења управних уговора, овај критеријум не треба да се меша са њима. Судска пракса му даје посебно место и

¹⁶⁰ ДС, асс, 20. април, 1956. година, *Eroux Bertin*, GAJA, Dalloz, 16. - то издање, 2007. год. бр. 74. Н. према: Ch. Guettier, стр. 95.

¹⁶¹ ДС, асс, 20. април, 1956. година, *Ministre de l Agriculture c/ Grimouard*, GAJA, Dalloz, 16. - то издање, 2007. год. бр. 74. Н. према: Исто, стр. 95.

повезује га са „критеријумом за извршавање“ јавних служби и „начином за извршавање“ јавних служби. У погледу овог критеријума судска пракса није доследна. Тако су судови у сличним, или чак истим случајевима заузимали различите ставове, што је значајно отежавало њихову примену у пракси. Ово ћемо илустровати са примером у случају „*Socite Codiam*“¹⁶² у ком су Државни савет и Суд за решавање сукоба заузели су супротне ставове о природи уговора о вршењу јавне службе.

Оквир бр. 4. случај „*Socite Codiam*“

Државни савет се у случају „Socite Codiam“ сагласио да одлучује о уговору којим компанија изнајмљује телевизоре за пацијенте, са образложењем да „болничке услуге не укључују само обезбеђење најнеопходније неге, него исто тако поправљање услова боравка пацијената, па снабдевање телевизорима хоспитализованих лица спада у елементе удобности предвиђене за њих за време боравка у болници, тако да је уговор о овом питању наметнуо укључење компаније [...] у извршавање болничких јавних услуга“. Суд за решавање сукоба се изјаснио надлежним за уговоре у вези снабдевања са телевизорима у оквиру казнено-поправних домова, на основу тога што се ради о поступку „закључења само за потребе јавних услуга“. Ипак, у одлуци од 21. маја 2007. год, Суд је негирао управну природу уговора поменутог у одлуци „Socite Codiam“ будући да нема за предмет укључење компаније „Codiam“ у извршавање административних јавних услуга и не садржи ванредне калузуле у односу на приватно право, при чему околност да се омогућава даваоцу услуга да заузме објекат специјално одређен у овину болнице, нема за последицу да му се припише својство управног уговора.

Постоји већи број примера у којима се и управни и редовни судови сукобљавају у погледу надлежности, што упућује на закључак да у француском праву у погледу ове врсте уговора који су се развили кроз судску праксу постоје несагласности и недоумице које могу представљати проблем у функционисању јавних служби и самим тим реализације уговорних облика делатности јавне управе, укључујући извршење управних уговора.¹⁶³

¹⁶² ТС, 21. мај 2007. SA Codiam бр. Dr. adm. 2007. Comm. 100. бел. А. Menemenis. Н. према: исто, стр. 98. и 99.

1.1.6. Дерогативне клаузуле (*Clause exorbitante du droit commun*)

У француском праву као што је наведено, поред категорије управних уговора који су као такви предвиђени законом, другу групу управних уговора чине они управни уговори чији управни карактер утврђује судска пракса. Реч је о тзв. управним уговорима *par nature*, односно уговора који су управни зато што испуњавају критеријуме које је утврдила управносудска пракса, независно од тога да ли га је било који закон прогласио управним, а на основу којих се одлучује о томе који ће суд одлучивати у спору који је из оваквог уговора проистекао – управни суд или суд опште надлежности.¹⁶⁴

Судска пракса разликује ове уговоре од других уговора према два основна елемента која произилазе из самог појма управних уговора. Први је сталан – једна уговорна страна је увек јавноправно лице, односно држава или недржавни носилац јавног овлашћења. Друго конститутивно обележје се алтернативно испољава: управни уговор, или захтева вршење јавних служби, или се у њему налазе, вољом обе стране, нарочите клаузуле, стране приватноправним уговорима. Према томе овај други услов који се захтева од стране судске праксе је садржан у ванредној тзв. дерогативној клаузули (*clause exorbitante*).¹⁶⁵ Под прекомерним (ванредним) клаузулама подразумевају се одредбе које имају за предмет поверавање странкама права, или стављање странкама на терет обавезе, које су стране уговору по својој природи, а на које може слободно да пристане било која странка. „[...] Ванредна (прекомерна или дерогативна) клаузула, даје уговору закљученом од стране јавноправне личности (тела) карактер управног уговора, чак и у случају кад такав уговор нема никакве везе са јавном службом.“¹⁶⁶

¹⁶³ Више: Ch. Guettier, стр. 99. - 100.

¹⁶⁴ Д. Миленковић, стр. 50.

¹⁶⁵ Више: Andre de Loubader, *Traite plementarie de droit administratif, Tome I*, стр, 282; С. Поповић, *Специфичности управног уговора* [...] стр. 2166; Б. Љубановић, стр. 44.

¹⁶⁶ С. Поповић, Исто, стр. 2166. - 2168.

Оквир бр. 5. случај „*Gondrand frères*“¹⁶⁷

Државни савет је у случају „Gondrand frères“ од 11. маја 1956. године, пресудио да иако је уговор закључен ради задовољења потреба јавне службе, нема за предмет поверавање саговорачу извршење саме службе, те се јавља као уговор приватнога права, осим ако не садржи [...] какву „клаузулу изванредну у погледу општег права“ Ни француска наука није сасвим начисто по питању значења „ванредне клаузуле“. По једнима је то свака необична ставка у уговору приватног права, по другима је то таква ставка која би, у једном таквом уговору, довела до ништавости због неспојивости са јавним поретком.

Традиционално је „ванредна клаузула“ таква уговорна одредба која јавној управи дозвољава да раскине уговор после простог стављања у доцњу друге уговорне стране у извршавању њене уговорне обавезе. Државни савет је такву уговорну ставку увек сматрао „ванредном клаузулом“, упркос томе што се она у пракси често јавља и у уговорима приватног права.¹⁶⁸ Судска пракса није уједначена ни у погледу оцене постојања ванредне клаузуле. Тако је у неким случајевима потврђено постојање дерогативне клаузуле, а у другим сличним случајевима је она искључена. Примери неуједначености судске праксе у вези са ванредном клаузулом наведени су у пресудама у случајевима „*Hohl*“ 11. од октобра 1995. године и „*UGAP c. Société SNC Activ SCA*“ од 5. јула 1999. године.¹⁶⁹

Оквир бр. 6. случај: „*Hohl*“ и случај: „*UGAP c. Société SNC Activ SCA*“

Управни апелациони суд у Лиону у случају „Hohl“ 11. октобра 1995. године, закључује да ставка у уговору „која општини поверава право да раскине уговор о продаји у случају тешких пропуста стицаоца у погледу обавеза које падају на њега [...] не представља ванредну клаузулу у односу на опште право“. Ипак, у одлуци у случају „UGAP c. Société SNC Activ SCA“ од 5. јула 1999. год. Суд за решавање сукоба је решио да околност да је у корист јавне установе као уговорне стране предвиђено овлашћење да једнострано раскине уговор и када није било пропуста друге стране у погледу њених уговорних обавеза, представља ванредну клаузулу у односу на опште право; када уговор упућује на услове пословања који садрже једну овакву ванредну клаузулу у односу на опште право, „такво утаначење само по себи даје уговору управни карактер“.

¹⁶⁷ М. Петровић, М. Прица, стр. 205.

¹⁶⁸ Исто.

¹⁶⁹ Исто.

Независно од сваке ванредне клаузуле, уговор се може сматрати управним и зато што је подвргнут ванредном режиму у односу на опште право. Такав режим постоји, према одлуци Државног савета у случају „*Société d'exploitation électrique de la Rivière du Sant*“, од 19. јануара 1973.¹⁷⁰ у погледу уговора „обавезно закључених“ између „Француског електрицитета“ и аутономних произвођача електричне енергије у вези куповине електричне струје коју производе њихове инсталације.

Напокон, постоји управни уговор ако уговор има за предмет поверавање извршења јавне службе у ужем смислу, то јест управне и неиндустријске или трговинске службе, било којој уговорној страни. Илуструјемо то са примером одлуке од 20. априла 1956. „*Eroux Bertin*“¹⁷¹.

Оквир бр. 7. случај „*Eroux Bertin*“

У одлуци од 20. априла 1956. „Eroux Bertin“ Државни савет је пресудио: „Полазећи од тога да из ислеђења проиходи да су се усменим уговором закљученим 24. новембра 1944. са јавном управом, брачни другови Bertin обавезали да за своту осеком од 30 франака по дану и по човеку обезбеде прехрану советских држављана смеитених у центру за репатријацију у Меаих-у, где су ови чекали на повратак у Русију; да је речени уговор имао за предмет да повери, у том погледу, заинтересованим за извршење јавне службе као такве, дакле обавезу да обезбеде репатријацију избеглица страного држављанства налазећих се на француској територији; да је та околност сама по себи довољна да уговору о коме се ради утисне жиг управнога уговора; да одатле следи, без да постоји потреба да се испитује да ли речени уговор садржи клаузуле изванредне у односу на опште право, да спор који се односи на постојање допунске погодбе уз тај уговор [...] спада у надлежност управнога судства [...].“ Овде је дакле предмет уговора тај, који је „ванредан“ у односу на опште право.

Када се ови критеријуми сразмерно примене тако да се на пример, у управне уговоре сврста целокупност погодби о делегацији јавне службе, његова примена је доводила до сложених и суптилних процена, нарочито када су у питању били уговори о запошљавању персонала за рад у управним јавним службама. Постојао је дуализам у одређивању да ли службеници врше функције које одговарају самој посебности јавне

¹⁷⁰ Исто, стр. 206.

¹⁷¹ Исто.

службе, везани са јавном управом управним уговорима (нпр. професори у образовним установама) или додатне послове који немају елементе јавне службе (нпр. одржавање хигијене, сервисери опреме и сл.) па су остајали службеници приватног права, њихови спорови су спадали у надлежност општих судова, а не управних судова. Тако је нпр. у споровима са јавном управом за истог службеника, уколико би у одређеном периоду обављао послове који би га чинили учесником у обављању јавне службе, био надлежан управни суд, а уколико би у другом периоду обављао помоћне послове који немају елементе јавне службе у случају спора са јавном управом, надлежност била општег суда.¹⁷²

До промене је дошло захваљујући одлуци Суда за решавање сукоба од 25. марта 1996. године у случају „*Berkani*“, којом је окончан дотадашњи дуализам. У њој је речено да су „припадници персонала који немају чиновнички статус, а раде за рачун управне јавне службе, уговорни службеници јавнога права, ма какво било њихово запослење.“¹⁷³

1.1.7. Извршење управних уговора

У француском праву у вези са извршењем управних уговора посебно се истичу прерогативи јавне управе. Ти прерогативи се односе на право јавне управе да управља и контролише радње извршења уговора, да се стара о томе да саговорач поштује уговорне клаузуле и да јој даје сва потребна обавештења како би управа могла да ове прерогативе примени. Ових се права и кад нису изричито наведена у уговору, јавна управа не може одрећи. Јавна управа је овлашћена да даје упуства о начинима извршења уговора, чак и ван уговорених одредаба. Такође може наметнути и редослед радњи које се имају извршити, или поступке који се имају извршити, или употребу извесних поступака којима се реализују чинидбе.¹⁷⁴

¹⁷² Исто, стр. 206. - 207.

¹⁷³ Исто, стр. 207.

¹⁷⁴ Исто, стр. 223.

Јавна управа може под одређеним условима једнострано изменити у већој или мањој мери обавезе из уговора, па чак и предузети санкције према уговорној страни због пропуста у извршавању уговора. Уобичајено се уговарају новчане казне, чија примена наступа истовремено са наступањем наведених услова. На крају, јавној управи припада и право да у случају тежих повреда уговора предузме санкције које повлаче престанак уговора без права на накнаду штете (осим у случају уговора о концесији где до раскида уговора може доћи једино одлуком управног суда).¹⁷⁵ Истовремено сауговорач може да се ослободи своје обавезе само у случају постојања више силе и то само за време док она постоји.

Уговорне стране једног управног уговора су по правилу једна из јавног, а друга из области приватног права. Оно што карактерише управни уговор је дерогативна природа правила у односу на приватни правни режим. То даје јавној управи посебна овлашћења и омогућава њену једнострану интервенцију у извршавању уговора и то ради заштите јавног интереса.

Дакле, управа у вези са извршењем уговора има право:

*а) да надзире и контролише извршење уговора, б) да примењује санкције у случају да постоје недостаци у извршавању обавеза сауговорача, (новчане, средства принуде до раскида уговора), в) право да у току извршења уговора једнострано измени обим престација на које је обавезан сауговорач – ипак, у вези са овим овлашћењем управе сауговорач има право на накнаду штете за обавезе које су му наметнуте и које би пореметиле финансијску равнотежу уговора и г) право да раскине уговор у свако доба.*¹⁷⁶

Правни режим управног уговора у погледу раскида управног уговора, подвргнут је следећим принципима:

¹⁷⁵ Исто, стр. 225.

¹⁷⁶ С. Поповић, стр. 2173. - 2174.

1) право на раскид уговора је опште и постоји у односу на све управне уговоре (према пракси Државног савета оно је правило „општег права управних уговора“); 2) раскид уговора у интересу јавне службе представља за управу дискреционо овлашћење; 3) дискреционо овлашћење на раскид уговора има карактер овлашћења јавног поретка, значи и ако није предвиђено уговором, управа је овлашћена да га користи и не може се унапред одрећи тог права; 4) дискреционо овлашћење управе повлачи за саговорача право на накнаду штете за претрпљену штету и за изгубљену добит.¹⁷⁷

Уколико управа као уговорна страна не поштује своје обавезе, саговорач нема могућност искористити право да одступи и сам од обављања својих уговорних обавеза. Уговорна обавеза приватне уговорне стране и даље остаје на снази, при чему се тражи од надлежног суда надокнада штете. На тај начин, принцип *pacta sunt servanda* употребљава се у заштити јавног интереса, а који ипак води ка фактичкој неједнакости уговорних страна.¹⁷⁸

Већ је наведено да јавна управа има право да *надзире и контролише* извршење уговора. Наведено је и да јавна управа такође може да *изриче и санкције*, како новчане тако и у виду принуде, првенствено ради санкционисања закашњења извршења обавеза из уговора. Тако је Државни савет у одлуци у случају од 31. марта 1907. год. „*Deplanque*“¹⁷⁹ „признао да јавна управа може да тражи накнаду штете на уговорној основи као компензацију за губитак, који је оправдала да је претрпела, услед грешке свога саговорача.“ Радило се о концесионару јавне службе, али се одлука односи и на друге уговоре.

На основу одлуке државног савета у случају од 13. јула 1956. год. „*Office public d' H. L. M. de la Seine*“¹⁸⁰ саговорач јавне управе „дужан је да плаћа вишеструку глобу

¹⁷⁷ Исто.

¹⁷⁸ Б. Давитковски, стр. 6.

¹⁷⁹ М. Петровић, М. Прица, стр. 224.

¹⁸⁰ Исто.

само ако друга средства која јавној управи стоје на располагању да обезбеди извршење уговора нису делотворна“. Принудне санкције дозвољавају јавној управи да сама или преко трећег лица обезбеди извршење уговора, при чему се то извршење обавља на трошак и ризик саговорача.

Јавна управа има овлашћење да *једнострано мења услове* извршења управног уговора, под условом да то општи интерес или нужност јавне службе налажу. Такође, јавна управа влада ритмом извршења уговорених радова. Она може да суспендује, да убрза, да потпуно одустане од њих и да при томе не почини никакву уговорну грешку.¹⁸¹ За илустрацију наведене су одлуке „*Union des transports publics urbains et régionaux*“¹⁸², „*Vandel*“ и „*Nouvelle société fermière de Luxueil – les –Bains*“¹⁸³.

Оквир бр. 8. Одлуке у случајевима: „*Union des transports publics urbains et régionaux*“, „*Vandel*“ и „*Nouvelle société fermière de Luxueil – les –Bains*“

Државни савет је у случају „Union des transports publics urbains et régionaux“ од 2. фебруара 1983. год, заузео став да јавној управи безусловно припада овлашћење да једнострано мења услове уговора. Истом одлуком је констатовано да општа правила која се примењују на управне уговоре немају за последицу да јавна управа може да на основу њих мења финансијске клаузуле управног уговора. Пресудом Државног савета о раскиду уговора у случају „Vandel“ од 12. јула 1918. год. закључено је да су грешке концесионара довољно тешке да оправдавају губитак концесије о испоруци електричне енергије јер је опрема недовољна и напон струје неправилан, а пресудом у случају од 13. јула 1947. год. „Nouvelle société fermière de Luxueil – les – Bains“ раскинут је уговор због комбинације концесионаревих грешака у два ранија случаја.

На основу наведених ставова, као и примера који то илуструју можемо закључити да су прерогативи које јавна управа у Француској има у односу на другу уговорну страну, код управног уговора значајни и разноврсни. Само по себи се намеће питање: Колико би било заинтересованих приватноправних лица за закључење уговора у којима би они уложили значајна финансијска средства за вршење јавне службе, када би били свесни да могу да претрпе знатну штету и то без своје кривице, а да при томе

¹⁸¹ Исто.

¹⁸² Исто.

немају никакву заштиту? Колико би ово утицало на улагања приватних улагача у развој јавног сектора, посебно када се узме у обзир да је профит основни мотив приватне иницијативе? Свакако да без неког облика заштите улагања приватног уговарача, не би било интересовања за закључење оваквих уговора.

Француско право и правна пракса пружају правни основ по коме сауговарач јавне управе може да заштити своје интересе у случају интервенције од стране јавне управе који су садржани у теоријама о промењеним околностима чија је основа иницијално укључена у управни уговор. Оне предвиђају начело финансијске равнотеже којим се приватноправна страна доводи у равноправнији положај са јавном управом. Ово није важно само за заштиту финансијских интереса приватног сауговарача, него и за успешно функционисање јавне службе. У принципу до финансијске неравнотеже могу довести две групе разлога. Прва група разлога за модификацију управног уговора од стране јавне управе појављује се када она ове прерогативе користи ради јавног интереса, а другу групу разлога чине одређене непредвиђене околности независно од воље уговорних страна које могу довести до промене уговорних услова. Принцип *финансијске равнотеже* представља још једно обележје управног уговора, које је оригинално у односу на приватне уговоре. Заштита овог начела у француском праву остварује се кроз примену две теорије: теорије самовоље (*fait du Prince*) и теорије непредвидивости (*imprevision*).¹⁸⁴

¹⁸³ Исто, стр. 225. и 226.

¹⁸⁴ Б. Давитковски, *Појам управних уговора* [...] стр. 6. и 7. Аутор наводи да теорија *fait du prince* уређује случајеве када је „финансијска равнотежа уговора“ нарушена предузимањем одређене радње од самог тела јавне власти, која није повезана с одредбама конкретног управног уговора, али има правни учинак на извршавање права и обавеза друге уговорне стране. Стога, уколико се неки општи акт тела јавне власти у Француској примењује на све грађане, уговорна страна ће од тела јавне управе потраживати накнаду претрпљене штете или захевати одобрење за повећавањем накнаде коју убире од корисника. Видети: Conseil d’Etat, Recueil de jurisprudence 14. février 1936. Ville de Paris; те Conseil d’Etat, Recueil de jurisprudence 9. March 1928. Compagnie des scieries africaines. За разлику од претходне теорије, доктрина *imprevision* односи се на случајеве у којима су се, након закључења управног уговора, околности тј. услови под којима је уговор закључен, толико променили, да је извршење уговора за неку од уговорних

1.1.7.1. Теорија самовоље (*fait du Prince*)

Теорија самовоље (управне/државне власти, *fait du Prince*)¹⁸⁵, према традиционалном називу, није позната у оквиру грађанског права. Али постоје бројни случајеви „више силе“. Она одговара било ком поступку који предузме јавноправно лице, али који се не јавља у својству уговорног органа и чини извршење управног уговора у целини немогућим. Као таква она ослобађа дужника било какве одговорности. У оквиру управног права, ова теорија подједнако одговара и јавној управи, али осим овога, нема више заједничких особина са грађанским правом.¹⁸⁶ Када говоримо о теорији самовоље, реч је о одстрањивању штетних последица за

страна постало „неекономично“. Наглашава се да су ове ванредне околности због којих је другој уговорној страни постало неекономично извршавати уговор, наступиле након закључења управног уговора, а нису повезане с радом јавне управе. Уколико у управном уговору нема одредаба које уређују поступање у таквим околностима, друга уговорна страна може тражити његов раскид. Међутим, у том случају тело јавне управе може одбити раскинути управни уговор, те принудити другу уговорну страну да настави извршавати своје уговорне обавезе. Она је тада овлашћена на накнаду свих непредвиђених трошкова, које јој тело јавне управе треба надокнадити. Пракса француских управних судова је потпуно конзистентна у погледу обавезе доследног извршавања обавеза друге уговорне стране у свим случајевима када је то било у јавном интересу. *Brown* и *Bell* наглашавају како је доктрина *imprévision* била добро средство заштите права друге уговорне стране управног уговора у вријеме инфлације и честог пада новчане вредности. Међутим, данас се на њу ретко позива. Разлог томе је што странке саме, у управним уговорима, нпр. клаузулама о промени цене и сл., уређују овакве ситуације. Видети: *Brown* и *Bell*, н. дело, стр. 209. Видети и: *Conseil d'Etat, Recueil de jurisprudence* 2. April 1960. *Pedard*. Потребно је направити јасну разлику између доктрине *imprévision* и случаја више силе (франц. *force majeure*). У доктрини *imprévision* нема немогућности извршавања уговорне обавезе због чињеничног или правног основа, већ друга уговорна страна, како би остварила право на накнаду непредвиђених трошкова, мора само доказати нарушавање „финансијске равнотеже уговора“. Дакле, у складу са доктрином *imprévision*, странка нема право инсистирати на једностраном раскиду уговора, већ, ако тело јавне власти сматра да је то у јавном интересу, мора наставити извршавати своје уговорне обавезе, а ако друга уговорна страна практично престане извршавати уговорне обавезе, тело јавне управе може ту јавну услугу наставити пружати у властитој режији. Н, Према: Д. Авиани, Д. Ђерђа, стр. 483. - 484.

¹⁸⁵ *Fait du Prince* изворно се користи се и у значењу „радње владара“.

¹⁸⁶ Више: Alain Benabent, *Droit civil*, Montchrestien, Paris, 1999. бр. 336. стр. 226.

сауговарача јавне управе са финансијског гледишта, до којих је дошло као последица коришћења од стране јавне управе својих повластица у циљу измена уговорних услова.

Сматра се да ће у случају једностраног проширења обавеза приватноправне уговорне стране, због заштите јавног интереса она бити финансијски оптерећена. У овом случају разликују се две ситуације: у првом случају да је до оваквих неповољних финансијских услова дошло у конкретној ситуацији због мера које је предузела јавна управа као уговорна страна, и друго, када је до њих дошло због примене општих прописа, који се односе на све истородне случајеве, независно од воље јавне управе као уговорне стране. Разликовање ове две ситуације је значајно ради различитог обима права која припадају приватноправном сауговарачу. У првом случају приватноправни сауговарач има право на пуно (интегрално) обештећење у које спада и право на надокнаду изгубљене добити. Друга ситуација резултује са применом рестриктивнијих мера обештећења и по правилу нуди само делимичну надокнаду. У суштини, у великом броју случајева ове друге групе, скоро да се и не примењује начело финансијске равнотеже у сагласности са теоријом самовоље, али они се регулишу у сагласности са теоријом непредвидивости. Ово начело најбоље илуструје већ наведени случај „*Tramways de Marseille*“;¹⁸⁷ када је Државни савет пресудио да је у интересу јавне безбедности, како би се спречили тешки удеси, средњи начелник имао право да увећа обавезе друштва, уз придржавање права друшта да уколико је услед тога претрпело штету, буде обештећено, при чему се то право не заснива на кривици средњег начелника, јер он није починио никакву грешку.¹⁸⁸

Аутори Петровић и Прица наводе да овакав приступ јавне власти може једностраном одлуком да отежа обавезе настале из уговора, чиме се начело „мутабилитета“ (прилагодљивости, флексибилности) повезује са теоријом „радње

¹⁸⁷ М. Петровић, М. Прица, стр. 216. и 217.

¹⁸⁸ Исто, стр. 217; Примећујемо да ни друштво које је вршило услуге јавног превоза трамвајем такође није прекршило одредбе уговора. Управо због тога оно би имало право на финансијско обештећење као еквивалента због проширења обавеза у јавном интересу (*прим. аут.*)

владара“ (*fait du Prince*).¹⁸⁹ Сагласно овој теорији јавна власт (управа) увек може да интервенише у смислу отежавања уговорених обавеза концесионара јавне службе. Управо ово је у потпуној супротности са концепцијом уговора грађанског права. Државни савет је донио низ одлука којима је утврдио када је губитак концесије оправдан, а када не. Тако је одлуком у случају „*Compagnie d'électricité de Cognac*“ од 23. јануара 1903. године утврђено да је стечај концесионара сматран од случаја до случаја, разлогом који доводи до губитка концесије. Пре тога у случају „*Boué*“ од 23. фебруара 1883. године, Државни савет оценио је да стечај сам по себи не доводи аутоматски до губитка концесије.¹⁹⁰ „При свему томе, овлашћења јавне управе, ма колико она изгледала велика у поређењу са општом теоријом уговора у приватном праву, не могу ићи дотле да помоћу њих јавна управа једнострано наруши економску равнотежу уговора, на основу које се саговорач јавне управе упустио у посао с њом.“¹⁹¹ Начело државне власти је повезано са теоријом непредвидивости. Тако Државни савет у *одлуци од 14. маја 1926.* године, истиче: „[...] Тужитељ не може да игнорише економске услове, као што су повећање трошкова у вези са радом и оне повезане са ценом угља, који принуђавају јавне органе да дозволе даље повећање цена железничког транспорта“.¹⁹²

1.1.7.2. Теорија непредвидивости (imprevision)

Теорија непредвидивости је јединствена у овире уговора управе, али Врховни суд Француске (још увек) је није одобрио. У складу са чланом 1134. Грађанског законика Француске, афирмише се неповредивост основног уговора. Другим речима, у

¹⁸⁹ Исто; Аутори овде термин „владар“ користе у значењу носиоца јавне власти, државе (*прим. аут.*)

¹⁹⁰ Исто, стр. 225.

¹⁹¹ Исто, стр. 226.

¹⁹² ДС, 14. мај 1926. *Pouillard, Leb*, стр. 498. Н. према: Ch. Guettier, стр. 418.

одсутству мера правне или уговорне ревизије, ригидност норми овог члана доводи до тога да општи судови одбијају да признају утицај непредвидивости у вези уговора.¹⁹³

„Овде је реч о новонасталим околностима, са негативним економским последицама сауговарачу јавне управе које могу довести чак до његовог финансијског слома. Теорија *imprevision* има двојну улогу: са једне стране, она је креирана да би штитила и помогла интересима приватне уговорне стране, угроженим индиректним мерама управе или на други начин који није био предвидив у тренутку закључења уговора; са друге стране, да би се омогућило нормално остварење и обављање јавне службе, сагласно начелима континуитета и адаптације новим условима.“¹⁹⁴ Дакле, теорија управних уговора, предвиђа могућност, уговорних страна да направе поделу економског ризика, по којој јавна управа има обавезу да сауговарачу исплати надокнаду, чиме се омогућава нормално извршење уговора све до испуњења уговорних обавеза, или до истека уговореног рока. Притом, сауговарач није потпуно обештећен, као код теорије самовоље, јер код теорије непредвидивости важи принцип по ком штету деле управа и њен партнер (сауговарач). У којем обиму свака од уговорних страна сноси насталу штету, у крајњој инстанци одлучује суд, вођен “разумним тумачењем уговора.” Основа за одређење надокнаде у *imprevision* је реално настала штета, а не и изгубљена добит.¹⁹⁵

Из принципа о финансијској равнотежи сауговарача, произлазе и његова права: на регулисање цена, на евентуална обештећења, на накнаду штете у случају постојања права на једнострану измену уговора у јавном интересу и на накнаду штете у случају примене теорије о непредвидивости. Према наведеној теорији сауговарач је, и поред стања непредвидивости,¹⁹⁶ дужан да у потпуности изврши све своје обавезе, јер је ова

¹⁹³ Више: J. Antoine, *La mutabilite contractuelle nee de faits nouveaux exterieurs aux parties*, RFDA, 2004. стр. 80. и 85.

¹⁹⁴ Б. Давитковски, стр. 8.

¹⁹⁵ Исто.

¹⁹⁶ С. Поповић, *Управно право – Студије и чланци*, стр. 140, н. према: Д. Миловановић, стр. 120.

теорија усвојена да би се обезбедило континуирано функционисање јавних служби и поред насталих сметњи.¹⁹⁷

Да би се могла применити теорија о непредвидивости потребно је да догађаји који је изазивају имају ненормални и непредвидиви карактер, да буду независни од воље сауговорача и да повлаче економски поремећај уговора.¹⁹⁸

Илустрација примене теорије непредвидивости дата је у случајевима: “*Commune de Staffelfelden* [...]”,¹⁹⁹ „*Société Propétrol*”,²⁰⁰ и „*Harang*”²⁰¹.

Оквир бр. 9. случај: „*Commune de Staffelfelden c. SA Lyonnaise des Eaux Dumez et Société Sogest*”, случај: „*Société Propétrol*” и случај: „*Harang*”

Државни савет је пресудио у случају од 4. јуна 2000. год. „Commune de Staffelfelden c. SA Lyonnaise des Eaux Dumez et Société Sogest”, да загађење до кога је дошло несрећним случајем и које је погодило место каптаже воде у толиком обиму да онемогућује коришћење за раздобље које се може протегнути на два века, има у исти мах карактер неодољив и непредвидив за стране које су закључиле уговор о снабдевању водом општине, при чему се општина делимично снабдевала водом с тог места. Непредвидивост не доводи до ослобађања сауговорача јавне управе од његове обавезе да изврши уговор који је с њом закључио, наведено је у одлуци Државног савета у случају „Société Propétrol” од 5. новембра 1982. год. Чак ако је до штете дошло кривицом трећег лица, то не ослобађа од одговорности. У случају „Harang” од 22. маја 1935. год, Државни савет је осудио јавну заједницу да надокнади штету коју је скривило треће лице, резервишући у корист заједнице евентуални регрес против тог треће лица.

1.1.8. Престанак управних уговора

Разлози који доводе до престанка управног уговора у француском праву везани су за опште разлоге престанка грађанског уговора са једне, те посебних разлога

¹⁹⁷ С. Поповић, *Специфичности управних* [...] стр. 2174. – 2176. Н. према: Исто.

¹⁹⁸ С. Поповић, *Управно право – Студије и чланци*, стр. 140. Н. према: Исто.

¹⁹⁹ М. Петровић, М. Прица, стр. 230.

²⁰⁰ Исто.

²⁰¹ Исто, стр. 232.

карактеристичних за уговорне односе у којима је један од адресата јавна управа, са друге стране. Ови разлози по својој природи могу бити објективни (наступају независно од воље уговорних страна) и субјективни (који су последица понашања уговорних страна). Такође, некад разлози за престанак наступају по сили закона или на основу усаглашене воље уговорних страна, одлуком суда или једностраним раскидом.

Анализирајући ставове теорије, позитивно законодавство и праксу управних судова у Француској, можемо закључити да управни уговор може престати на један од следећих начина: а) извршењем престација које су уговорене, б) истеком рока на који је уговор закључен, в) престанком постојања предмета уговора, г) престанком постојања уговорне стране, д) споразумним раскидом, њ) једностраним раскидом, е) одлуком управног суда.

Управни уговор престаје извршењем уговорених престација када се ради о једнократној обавези уговорне стране која се односи на одређене чинидбе које имају за циљ вршење неке јавне службе или делатност са ограниченим временским трајањем.²⁰²

Управни уговор, као и приватноправни уговор престаје истеком рока на који је закључен. Пример овог уговора су концесије које се дају на одређен временски период и истеком тог рока уговор о концесији престаје. Престанком постојања предмета управног уговора престаје и сам уговор.²⁰³

Управни уговор може престати фактичком или правном смрћу уговорне стране. Ако се ради о уговорима „*intuitu personae*“, дакле код којих је сауговарач одабран због његових личних особина, па он умре престаје и уговор. Кад је сауговарач правно лице, његовом ликвидацијом то правно лице нестаје као субјект права па самим тим престаје

²⁰² Такав би нпр. био уговор о вршењу услуга снабдевања грађана питком водом из цистерни и чишћења улица за време санирања последица загађења воде и тла након поплава (*прим. аут.*).

²⁰³ Као илустрацију навешћемо пример уговора о одржавању јавног излетишта које због клизишта престане да постоји.

и уговор који је закључило. Исте последице има и поступак стечаја над правним лицем, јер оно више није у могућности да испуњава своје уговорне обавезе.²⁰⁴

Споразумни раскид као могућност престанка било ког уговора, представља могућност престанка и управног уговора. Ово је пример када се начело диспозиције странака карактеристично за уговоре приватног права примењује и на управни уговор.

Раскид уговора могућ је и једнострано од стране јавне управе као уговорне стране. Јавна управа може једнострано раскинути управни уговор, било као санкцију, ако је сауговорач тешко повредио своје обавезе, било чак и кад нема кривице сауговорача, ако то оправдавају разлози општег интереса.²⁰⁵ Уговор може престати и одлуком управног суда. Државни савет је у низу својих одлука пресудио раскид уговора.²⁰⁶

За разлику од споразумног раскида, који је у складу са принципом диспозиције странака као карактеристике уговора приватног, (грађанског) права, једнострано раскид од стране јавне управе као и раскид уговора по пресуди управног суда, и без кривице сауговорача јавне управе, је последица посебног правног режима управних уговора. Практично поље одговорности у француском управном праву, доста је ограничено.

1.1.9. Правна заштита управних уговора и решавање спорова

У вези са споровима који могу настати у области управног уговорања, чини се да треба истаћи да има велики број добрих разлога да се не прибегава судском решавању насталог проблема. Прво, ако се жели да се реши спор брзо, сауговорачи нису заинтересовани да чекају завршетак судског поступка који може трајати годинама.

²⁰⁴ Видети случај: „*Compagnie d'électricité de Cognac*“, стр. 78. ов. дисерт.

²⁰⁵ Државни савет према одлуци од 12. децембра 1890. у случају „*Ville de Lorient*“ „не може поништити раскид уговора о јавном делу који је изрекла јавна управа, већ само досудити обештећење предузетника“. Н. према: М. Петровић, М. Прица, стр. 225.

²⁰⁶ Видети: случај „*Vandel*“, од 12. јула 1918., оквир бр. 8. ов. дисерт.; случај „*Nouvelle société fermière de Luxueil-les-Bains*“ од 13. јула 1947., оквир бр. 8. ов. дисерт.; и случај „*ville d'Avalon*“, М. Петровић, М. Прица, стр. 225. и 226.

Разлог за избегавање судског решавања насталог спора може бити и жеља уговорних страна да се у зависности од околности, спору не придаје превелики публицитет, или да се избегне судски спор јер уговорни партер јавне управе не жели да се у јавности ствара негативна слика о њему.²⁰⁷ Стога се поставља питање који су то други правни лекови који се нуде за решавање оваквих спорова?

У француском праву постоји већи број вансудских метода за решавање спорова у вези управних уговора. Неки од њих се односе на решавање путем управноправних лекова. Други методи се односе на мирно решавање спорова, споразумом, договором.²⁰⁸ Решавање путем управних тела односи се на *ад хок* тела и управне судове којима је од стране законодавца дато у надлежност мирно решавање спорова.

Ад хок тела су механизам за вансудско решавање спорова у вези управних уговора у оквиру јавних набавки. Један од њих је пример институционалног помирења, са којим се успоставља поступак за решавање спорова у оквиру кога се уговорне стране обраћају трећем лицу (у оквиру и условима предвиђеним законом) да им понуди решења, које они слободно могу прихватити или не.²⁰⁹

О овоме се говори у оквиру Закона о јавним набавкама²¹⁰, који регулише организовање институционалног поступка за решавање спорова преко „саветодавног комитета за мирно решавање несагласности или спорова у вези са јавним набавкама“ на националном нивоу, за набавке централне (државне) управе и њених јавних установа, или на регионалном, или међурегионалном нивоу за набавке закључене између

²⁰⁷ Више: Ch. Guettier, стр. 449.

²⁰⁸ Више: СВ, 9. фебруар, 2002. стр. 2644. (Односи се на циркуларно писмо од 24. септембра 2001. год. у вези са спровођењем поступка за помирење по тужби против услова за доделу уговора у оквиру сектора водопривреде, енергетике, транспорта и телекомуникација), н. према: Ch. Guettier, стр. 450.

²⁰⁹ J. Massot, *La place de la conciliation dans le reglement des litiges en materie de marches publics*, 1994. бр. 283. стр. 41. н. према: исто, стр. 451.

²¹⁰ Члан 127. Закона о јавним набавкама.

децентрализованих органа државе и ових територијалних заједница и њихових јавних установа.²¹¹

Уредба од 3. септембра 2001. године, регулише интервенцију саветодавних Комитета за мирно решавање несагласности или спорова у вези са јавним набавкама и правила њиховог поступања која увелико подсећају на рад правосудних органа. Предвиђа три фазе поступка решавања спора путем *ад хок* тела: упућивање, састанци и расправа. У свим овим фазама се предузимају мере да се обезбеди поштовање принципа непристрасности и контрадикторности. Комитети најчешће доносе мишљење консензусом, а ако нема опште сагласности онда већином гласова, с тим да уколико је подједнак број гласова за и против, одлучујући је глас председавајућег. Мишљења се доносе у року од шест месеци, мада се у пракси овај рок ретко поштује, али је свакако краћи од рокова у којима се решавају судски спорови. Одлуке комитета имају за задатак помирење, чији је циљ је спречавање вођења спора. Међутим поступак који се води пред Комитетом није препрека да уговорне стране своја права остварују пред судом. Тако судија није дужан да одлаже доношење одлуке због очекивања мишљења комитета.²¹²

Анализирајући праксу деловања саветодавних комитета може се закључити да су поступци пред овим комитетима беспотребно искомпликовани, често је поступак усложен као и судски поступак. Стога се оправдано поставља питање зашто би стране у спору користиле ове комитете више и чешће, а не судове, односно зашто да не користе „оригинал“ уместо да користе нешто што више изгледа као „копија“.²¹³

²¹¹ Уредба бр. 2001. – 797. од 3. септембра 2001. године, СБ, 5. септембар, М. Pietri, *Les comites consultatifs regionaux ou interregionaux de reglement amiable des litiges, Contrats et Marches publics*, 2001. стр. 28. Н. према: исто.

²¹² ААС Парис, 9. јули 1991. године, *Societe Cauthouc Manufacture et Pastiques Kleber-Industrie*, RFDA, 1992. стр. 833. коментар J. L. Theobald. Н. према: Исто, стр. 454. и 455.

²¹³ Ch. Guettier, стр. 456.

С обзиром на све наведено, чини се да институционално помирење у области јавних набавки не доводи до постизања жељене равнотеже уговорних страна и ефикасног решења насталог спора.

Управним судовима је Законом од 6. јануара 1986. године о успостављању правила за гаранцију независности чланова управних судова и апелационих управних судова дато законско овлашћење,²¹⁴ да воде поступак помирења странака, уз одређене изузетке кад је у питању Државни савет и апелациони суд.²¹⁵ Међутим, због непостојања уредбе за примену наведеног закона из 1986, године, услови за остварење „мисије помирења“ остављени су слободној процени судија.²¹⁶

Судови могу да организују ову мисију или пре, или за време суђења. У оквиру фазе пре вођења поступка, судија у улози миритеља (дејствујући самостално или у оквиру *ад хок* комисије) нема право на одлучивање којим би наметнуо своје решење странкама, него само опцију да даје предлоге. Ово ће, највероватније бити формализовано и довешће у случају успеха до споразума о извршењу, или у случају неуспеха, до записника о непомирењу, који потом не може понудити другу перспективу осим оне усвојене од стране суда. Без обзира да ли је суђењу претходио покушај мирења или не, странке су у могућности да доставе суду споразум о извршењу који ће након што судија утврди да споразум не повређује ни једно правило из области јавног поретка, такав споразум верификовати. Овде суд само има улогу „нотарске“ хомологације споразума чији су услови дефинисани од стране странака, без да се фаворизује конвергентност њихових ставова од стране судије у својству помиритеља.²¹⁷

Мирно решавање спора регулисано је и одредбом Грађанског законика који га дефинише као: „Споразум којим стране решавају настали спор или спречавају појаву

²¹⁴ Члан 22. и L. 3. Закона о управним судовима и апелационим управним судовима.

²¹⁵ ДС, 22. Март 1995. год, *Dadillon, Leb*, стр. 138. Н. према: исто.

²¹⁶ Ch. Guettier, стр. 457.

²¹⁷ Исто, стр. 457. и 458.

спора“. Овај споразум мора да буде у писменој форми.²¹⁸ Уобичајено се сматра уговором из области приватног права и спада у надлежност општих судова.

Када се исцрпе могућности мирног решавања спора између уговорних страна, или ако уговорне стране нису и не желе покретати поступак мирења, странкама не преостаје ништа друго него да своја права остварују судским путем. Овде се најчешће ради о тужби приватоправне стране против јавне управе. Мноштво гаранција које су у тој области дате јавној управи, најчешће јој омогућава да без тужбе суду санкционише свога сауговорача. С друге стране, те гаранције истовремено чине тешким и неизвесним доказивање грешке (кривице) јавне управе од стране њеног сауговорача, без чега суд не може изрећи њену одговорност.²¹⁹

С. Поповић указује на још једну специфичност режима управних уговора у Француској. Наиме, за решавање спорова који произлазе из управних уговора надлежни су управни судови. Државни савет је по изузетку надлежан за решавање само неких од спорова ове врсте. Такође суд који решава ове спорове решава их као суд пуне јурисдикције. Тужилац може поставити захтев за поништај (уговора самог или мера предузетих од стране управе у извршењу уговора), захтев за раскид уговора, захтев за накнаду штете и друго.²²⁰

Б. Љубановић најпре даје преглед историјског развоја управног судства у Француској. Истиче да су све до почетка XX века управни уговори сматрани уговорима приватнога права, тако да су следом тог става, о споровима који су из њих произлазили, одлучивали судови опште надлежности. Изузетак од тог правила били су они управни уговори који су посебним декретима били стављени у надлежност специјализованих управних судова²²¹

²¹⁸ Француски грађански законик, чл. 2044.

²¹⁹ М. Петровић, М. Прица, стр. 232.

²²⁰ С. Поповић, *Специфичности управних [...]* стр. 2177.

²²¹ Б. Љубановић, стр. 47.

Прекретница у схватањима о надлежности за решавање спорова у погледу управних уговора настала је, већ чувеном одлуком француског Државног савета у случају “*Terrier*”.²²² Како грађанину Terrier-у није исплаћен одговарајући новчани износ за убијене змије отровнице, он је покренуо спор против одлуке којом му је исплата ускраћена. Државни савет се прогласио надлежним за решавање тог спора. Прихваћено је гледиште да је јавна служба у природи управних уговора, као и да спорови који произлазе из суделовања у јавној служби спадају у надлежност специјализованих управних судова, односно у то доба у Француској, углавном у надлежност Државног савета.²²³

Већ смо констатовали да се након Другог светског рата значајно повећао број управних спорова пред Државним саветом, који више није био у могућности решавати предмете у разумном року. Такво стање кулминирало је 1953. године, када и долази до велике реформе управног правосуђа и управних спорова. Тадашњи *Conseil de Prefecture* постају *Tribunaux Administratifs* и добијају велики део надлежности Државног савета. *Tribunaux Administratifs* постају првостепени управни судови у управним стварима, па и у споровима из управних уговора. Месна се надлежност одређује према месту гдје се управни уговор извршава.²²⁴

Године 1987, проведена је нова реформа управног правосуђа и управних спорова увођењем *Cours Administratives d'Appel* који постају другостепени управни судови, те као такви одлучују о жалбама против одлука *Tribunaux Administratifs*, у тзв. *le plein contentieux* надлежности у коју спадају и спорови из управних уговора.²²⁵

Државни савет има функцију врховног управног суда, с тим да је надлежан и за спорове из неких управних уговора. Наиме, надлежност управних судова за спорове из управних уговора различито је предвиђена за поједине врсте управних уговора. Тако

²²² Видети: Оквир бр. 1. ов. дисерт.

²²³ Neville Brown, John S. Bell, н. д. стр. 130. Н. према: Б. Љубановић, стр. 47.

²²⁴ Б. Љубановић, стр. 48.

²²⁵ *Code de Justice Administratif, Livre II*, н. према Б. Љубановић, стр. 47.

нпр. у споровима из управних уговора које извршава страном лице, или управних уговора које се односе на прекоморска подручја, Државни савет одлучује у првом и последњем степену.²²⁶

Треба напоменути да су спорови из управних уговора, у Француској, углавном спорови пуне јурисдикције, јер правну основу спора готово без изузетака чини повреда субјективних права. То значи да у тим споровима суд не решава само питање законитости уговора (као у случајевима спора о законитости), већ решава и чињенична и правна питања ради што потпуније заштите права грађана.²²⁷

Подела надлежности редовних и управних судова одређена је на основу закона од 1790. године и других закона који су у међувремену донесени, или судске праксе коју су установили Касациони суд, као највиши редовни суд или Државни савет као највиши управни суд. Основни принцип поделе надлежности ипак је у принципу да су управни судови надлежни да решавају спорове који се односе на активност јавно-правних тела. Низом закона, декрета утврђени су изузеци у односу на наведени општи принцип за одређивање надлежности, а управном судству је проширена надлежност. Тако је нпр. надлежност управног судства утврђена код спорова у вези извођења јавних радова, заузимања јавних домена, (чак и кад се ради о службама индустријског или комерцијалног карактера) и сл. У складу са наведеним, управни судови су надлежни и за правну заштиту у погледу управних уговора као уговора који се према француској теорији и пракси сврставају у област јавног права.

У оквиру управног судства постоје две различите врсте спорова:

- а) спор о злоупотреби овлашћења јавне управе и
- б) спор пуне јурисдикције.

²²⁶ Б. Љубановић, стр. 47.

²²⁷ Више: Бранко Бабац, *Управно поступовно право – одабрана поглавља*, Правни факултет у Осијеку, Осијек, 1988. стр. 171. Н. према. Б. Љубановић, стр. 48.

Спор о управном уговору је спор пуне јурисдикције (надлежности).²²⁸ У овом спору суд има на располагању знатно шира овлашћења у односу на поступак контороле злоупотребе овлашћења. Наиме, код спора због злоупотребе овлашћења поступак могу покренути и лица на која се управни акт односи било директно или индиректно, док спор пуне јурисдикције може покренути само оно лице чији је интерес јавна управа непосредно угрозила. Спор због злоупотребе овлашћења је објективан и води се против управног акта са циљем да се издејствује његово поништење, а успех тужитеља у овом спору значи и поништење свих последица које је овај акт проузроковао.²²⁹

Спор пуне јурисдикције примењен на управни уговор, подразумева значајна овлашћења суда која му омогућују да донесе одлуку о раскидању уговора, поништавања санкција које је јавна управа изрекла свом сауговачу или накнаду штете сауговарачу од стране јавне управе. Како се у случају спора у вези управног уговора јављају две стране, у самом поступку и јавна управа се може појавити у улози тужитеља што није случај са спором пуне јурисдикције против управног акта.

Наведени спорови један другог искључују. Међутим, судска пракса је ради неогућности да у спору пуне јурисдикције расправља и о незаконитости, увела изузетак када се може водити поступак, у вези принципа тзв. „раздвојивог поступка (акта)“.²³⁰ Тужба за злоупотребу овлашћења према којој се одлучује о законитости закључења уговора према овом принципу је дозвољена, ако је поднела нека од уговорних страна или треће лице. Оцена законитости извршења уговора, може се од суда тражити само од трећег лица. Временом су се у објективни критеријум за институт „раздвојивог поступка“ кроз судску праксу уносили субјективни елементи, што поред других контрадикторности које су проистекле из ставова судова у одређеним случајевима,

²²⁸ Више: Ch. Guettier, стр. 486. – 488.

²²⁹ Исто, стр. 512.

²³⁰ Исто, стр. 513.

наводи на закључак да је поступак судске заштите управних уговора у француској веома компликован.²³¹

1.2. Управни уговор у праву Немачке

1.2.1. Управни уговор у немачкој правној теорији

По самој природи, сваки уговор представља сагласну изјаву воља два (или више) субјеката права којом се постиже неко правно дејство. Ово је општи појам уговора у компаративном праву, својствен свим гранама права²³² у којима је уговор заступљен и утемељен на два основна начела савременог уговорног права – начелима слободе уговарања и консенсуализма. Као што је већ наведено француски правни систем је колевка управног уговора, у њему је овај институт зачет, у њему се највише и развио, те је уз мање или више модификације преузет у правне системе других држава.

У немачком праву управни уговор се појављује под генералним називом – јавноправни уговор. Приговор научне и стручне јавности је да је оваква назив неодређен и да то отежава разликовање различитих уговора које јавноправни органи закључују. Наиме, јавноправни уговори су и међународни уговори, као и уговори уставног карактера унутар савезне државе, као што је Немачка. Законодавац је и кроз дефинисање јавноправног уговора истакао став немачке правне теорије и праксе о односу јавноправних уговора са управним актом, на основу кога се могу јасније сагледати обележја и међусобне разлике између појединих уговора јавне управе и управног акта.

Основа односа управног акта и управног уговора у немачком праву формулисана је у одредбама Закона о управном поступку (*Verwaltungsfahrengesetz* –

²³¹ Упоредити: ДС, 4. август 1905. година, *Martin, Leb*, стр. 749. закључци *Romieu*; GAJA, Dalloz, 16-то издање, 2007. бр. 16.; АС Рен, 8. Фебруар, 2007. *Enterprise GTS*, AJDA, 2007. стр, 932; Ch. Guettier, стр. 504. и 505.

²³² Уговор се јавља у: облигационом, породичном, наследном, стварном, управном, радном, социјалном, међународном праву; Више: С. Перовић, *Облигационом право*, Београд, 1990.

VwVfG).²³³ Наиме, изричито је дозвољено да „јавноправни уговор може заменити доношење управног акта“, и то без икаквог специјалног законског овлашћења, све док је уговор састављен у дозвољеној форми.²³⁴ Тумачење ове одредбе може ићи у два смера: да се управни уговор и управни акт дефинишу као два потпуно различита и одвојена правна института, или да се управни уговор схвати као посебна врста управног акта – управни акт који није резултат једностране изјаве воље јавне власти, већ се доноси уз сагласност адресата.²³⁵

Управни уговор је, исто као и управни акт, облик управноправног регулисања конкретног случаја, којим се производе извесни управноправни ефекти. Из овог разлога су и један и други дефинисани као „акти којима се окончава управни поступак“. Оба постоје у границама јавног права, „изазивајући спољне управноправне последице на појединачне животне догађаје и са њима повезане, шире појаве“.²³⁶

Насупрот заједничких одлика, постоји и кључна разлика између ова два акта – манифестује се у начину, односно методу њиховог остваривања. Управни акт се доноси на основу једностране воље јавне власти, док је за настанак управног уговора неопходна сагласност јавне власти и грађана. Другим речима, основни атрибут управног акта је његова једностраност, насупрот двостраности управног уговора. Сама ова разлика је више него довољна да утиче на не само сасвим другачији појавни облик

²³³ § 54. Савезног Закон о управном поступку (*Verwaltungsfahrgesetz – VwVfG*) од 22. маја 1976. године.

²³⁴ Копп; Ramsauer: *VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz-Kommentar*, 9. Auflg., С. Н. Beck Vrlg. Muenchen, 2005. Н. према: Марија Костић, *Управни уговор у немачком праву*, у Актуелна питања савременог законодавства – Зборник радова са Саветовања правника у Будви, Правни живот, Савез удружења правника Србије и Републике Српске, вол. 57, бр. 7-8, Београд, стр. 67.

²³⁵ В. Водинелић, *Управни уговор – између прихватања и одбијања*, Н. према: М. Костић, стр. 67

²³⁶ З. Томић, *Правна природа управних уговора*, Н. према: М. Костић, стр. 67.

управног уговора у односу на управни акт, већ и да обележи знатну различитост правних последица које производи, односно које га карактеришу.²³⁷

Немачки аутори говоре о управним уговорима као актима који омогућавају јавноправним телима ступање у правне односе и на други начин, а не само путем управног акта. Наглашавају јавно правни карактер управних уговора и јурисдикцију управних судова у случајевима спорова из тих уговора. Наведено указује на важну разлику између приватноправних уговора и јавноправних (управних) уговора.²³⁸

Ипак немачка правна теорија, ако изузмемо расправе о ставовима Ото Мајера и његових следбеника о негирању уговора између државе и грађана, није се значајније бавила питањем јавноправних уговора који су *de facto* управни уговори, али са другачијим правним режимом, од управних уговора у Француској. Како у немачком, за разлику од француског права ови уговори немају одвојен правни режим од уговора приватног права, сматра се да се држава у овим уговорима не разликује од других субјеката у правима и обавезама па према томе и за њу важе правила приватног права.

Узроци оваквог стања, које се значајно разликује од концепције управних уговора у француској теорији и пракси, везани су пре свега за ставове теоретичара оснивача немачке теорије управног права, формираних на прелазу из XIX у XX век. Наиме, у Немачкој су се дуго времена водиле научнотеоријске расправе о разлозима за прихватање или одбијање управног уговора. Највећи утицај на ставове правних теоретичара имао је родоначелник немачке науке управног права, *Ото Мајер*. Према његовом учењу, правни акти управе су нормално једностранни акти, пошто се њима на једностран начин намеће воља управе, па према томе ови акти представљају акте ауторитета и заповедања. Он поред аката управе „чисто једностранних“, разликује још и акте донете уз пристанак под којима подразумева акте као што су: концесија,

²³⁷ Овде се првенствено мисли на: правно изједначен положај, тј снагу уговорница, узајамност права и обавеза, последице кршења уговорних обавеза, могућност раскида уговора услед промењених околности, и сл. Н. према: Исто, стр. 67. и 68.

²³⁸ Б. Љубановић, стр. 45.

наименовање функционера и слично, с обзиром да ови акти немају карактер уговора, где је пристанак заинтересованих странака неопходан услов за њихову законитост.²³⁹

Ото Мајер је као противник управних уговора заступао критички став према овом институту сматрајући га неприхватљивим за немачко право. Он истиче: „Договори који се утаначе између државе и поданика о вршењу јавне власти, по својој правној природи уопште не могу бити прави уговори, јер уговор предпоставља правну једнакост оних који закључују уговор, чија сагласна воља заједички има да носи правне последице.“²⁴⁰ Ипак, *Мајер* не одбацује управни уговор у потпуности, сматрајући пак, да се управни уговори могу закључити само између два јавноправна лица, и то ако нису у односу субординације једно према другом.²⁴¹

Ернст Форстхоф као следбеник *Мајерове* теорије критиковао је увођење управних уговора у позитивно немачко право, наводећи да између осталог тај уговор вређа начело једнакости и меша јавно и приватно право.²⁴² Међутим, *С. Поповић* указује да *Форстхоф* наводи да у немачком праву постоје и јавноправни уговори (*offentliche rechtliche Verträge*) и да се не може одржати тврдња да недостаје важећа норма без које иначе управни уговор не би могао бити у важности. Истиче и да став *Форстхофа* да је јавноправним и приватноправним уговорима заједничка координација уговорних страна и да овај теоретичар сматра да се може признати карактер јавноправног уговора у случају када се предмет уговора односи на јавно право. Без значаја је, међутим, чињеница који су партнери у таквом уговору, јер често се у таквим уговорима налазе и приватна лица. На ове уговоре се примењују правила јавног, а не приватног права.²⁴³ *Јелинек* прихвата управни уговор, али га сматра двостраним

²³⁹ С. Поповић, *О потреби увођења института* [...] стр. 530.

²⁴⁰ М. Петровић, М. Прица, стр. 233.

²⁴¹ С. Поповић, *Управно право – Студије и чланци*, стр. 148.

²⁴² М. Петровић, М. Прица, стр. 233.

²⁴³ Упоредити: С. Поповић, *О потреби увођења института* [...] стр. 530. - 531; С. Поповић, *Управно право – Студије и чланци*, стр. 148. - 150.

управним актом који може да производи дејство само ако постоји потпуна сагласност између уговорних страна, при чему је прихватање уговора од стране супротног саговорача неопходан услов за важење и законитост уговора.

Ипак, прихватање нових теоријских концепција и модела јавне управе у Немачкој довело је до увођења овог института и у немачко позитивно право. За разлику од француског, кључни елемент разликовања управних уговора и уговора приватног права у Немачкој јесте сам предмет уговора. Према немачкој правној теорији, управни уговор увек ствара, мења или укида правни однос „у подручју јавног права“, док други уговори имају једнаке учинке, али у сфери приватног права. Према томе, ако се правни однос који уговор ствара, мења или укида, налази у подручју јавног права, уговор ће према правној природи бити управни уговор.²⁴⁴

Немачко право не одређује прецизно уговорне стране, па се у теорији наводи да се то може тумачити на начин и да обе стране уговорнице могу бити приватноправни субјекти. Ипак, посматрајући у целини позитивно законско регулисање овог института, закључује се да је законодавац ипак имао у виду да једна уговорна страна треба бити јавноправно тело.²⁴⁵

За разлику од управног акта, као типичне правне форме уобличења делатности управе која се манифестује у једностраном одлучивању у конкретном случају, управноправни однос заснован на управном уговору настаје сагласношћу две воље или више воља. Сагласношћу тих воља дефинисана су основна права и обавезе из

²⁴⁴ Klaus Lange, *Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1983, стр. 313. и 322. те Singh, *op. cit.*, стр. 94. – 95. Н. према: Дамир Авиани, *Посебности управних уговора и њихове судске контроле у хрватском праву*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 50, 2/2013, стр. 354.

²⁴⁵ З. Томић, *Правна природа управних уговора*, *Правни живот*, бр. 11-12, Београд, 1993. н. према: М. Костић, стр. 61.

конкретног управног односа, и све стране уговорнице су дужне да остварују своје обавезе које проистичу из уговорних клаузула.²⁴⁶

Немачка правна теорија и законодавство познају институт управних уговора, али у немачком се правном систему појам „управни уговор“ нигдје не сусреће, већ се користи појам „јавноправни уговор“. Посебност је ових уговора да су у потпуности подложни правном режиму јавног права, а правна правила, судска пракса, те општа начела приватног права на њих се примењују само супсидијарно.²⁴⁷

Начелно, обавезе су личне природе, па се само изузетно могу преносити на друга лица. Једно од карактеристичних права из управног уговора, који се склапа између јавног и приватног субјекта, је право на убирање новчане добити по основу реализације уговора, што у ствари представља његову вредносну добит, која је и била мотив заснивања уговорног односа.²⁴⁸

1.2.2. Управни уговор у немачком позитивном праву

За разлику од Француске у којој на правну регулацију управних уговора, како смо видели, највећи утицај има управносудска пракса, у немачком су праву управни уговори правно уређени Законом о управном поступку (*Verwaltungsfahrengesetz - VwVfG*),²⁴⁹ и то §§ 54. до 62, посебним федералним и државним законима, те неким одредбама немачког Грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*).²⁵⁰ Судска

²⁴⁶ М. Костић, стр. 61.

²⁴⁷ Д. Авиани, стр. 354.

²⁴⁸ У прилог овим наводима је пример уговора о концесији јавне службе. Концесинар добија концесију на вршење јавне службе, у виду нпр. пружања комуналних или других услуга грађанима.

²⁴⁹ Закон о управном поступку / *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)* од 25. 5. 1976, BGB1 I, S, 1253. Одредбе овог Закона касније су преузете у покрајинске законе о управном поступку, уз додавање извесних посебних правила чије доношење спада у надлежност савезних покрајина (*напом.аум.*).

²⁵⁰ Немачки Грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*).

пракса је и у Немачкој важан извор права управних уговора, али нема тако велики утицај као у Француској.²⁵¹

Управни уговор (*Verwaltungsvertrag*) се у немачком праву назива још и *verwaltungsrechtlicher/oeffentlichsrechtlicher Vertrag*, односно у преводу - управноправни /јавноправни уговор, и он ствара, мења или поништава правни однос у сфери јавног права, док грађански исто то чини у сфери приватног права.²⁵²

Значај јавноправног (управног) уговора је у томе, што је након његовог увођења у немачком позитивно право, знатно повећана учесталост његове употребе у регулисању све бројнијих управноправних односа. Један од разлога ове учесталости је и чињеница да област примене управних уговора превазилази границе управноправних односа који могу бити регулисани управним актом, као једностраном изјавом воље. Карактеристичан пример је ситуација када је неопходно засновати и регулисати конкретан однос између два органа управе, који су хијерархијски изједначени и ни један не може своју вољу наметати другом. Овде долази до изражаја улога управног уговора, који се склапа на основу сагласности воље оба субјекта.²⁵³

Појам јавноправног/управноправног уговора је, у *VwVfG*, дефинисан као посебна врста уговора, којим се стварају, мењају или укидају јавноправни односи.²⁵⁴ Дакле, специфична природа овог уговора примарно је одређена самом специфичношћу његовог предмета, који се фактички одређује на основу садржине самог уговора. Овај

²⁵¹ Б. Љубановић, стр. 45.

²⁵² Mahendra P. Sing, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Max-Planck Institut, Springer, 2001. стр. 94.

²⁵³ Battis, in: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Auflg., 2002; Bartscher, *Der Verwaltungsvertrag*, in *Behoerdenpraxis*, 1997. Н. Према: М. Костић, исто.

²⁵⁴ § 54. *VwVfG*.

уговор постоји уколико се конкретним уговором заснивају и преузимају права и обавезе јавноправног карактера.²⁵⁵

Наведени § 54. *VwVfG* упућује да се ова врста уговора може склопити између: само јавноправних; јавноправних и приватноправних или само приватноправних субјеката. Међутим, уколико се одредбе овог члана доведу у везу са одредбама²⁵⁶ које регулишу јавноправна овлашћења органа државне управе и дефинишу појам управног поступка, произлази да се под управним уговором сматра пре свега уговор:

- а) који је регулисан прописима управног права,
- б) чији предмет је регулисање управноправних односа,
- в) којим се заснивају управноправна овлашћења и обавезе и
- г) чија је једна страна уговорница, субјект јавне власти.²⁵⁷

Из поља примене одредбе § 54. *VwVfG* изузимају се државни уговори и управни споразуми између савеза и савезних покрајина те такви уговори између више савезних покрајина и цркава. За те уговоре важи уставно право јер су сауговорачи законодавни органи који врше законодавна овлашћења.²⁵⁸ Ове одредбе се не примењују ни на међународне уговоре, за које не важе унутардржавни закони. Управни уговори могу бити закључени и између приватних лица. Ово је став неких немачких управноправних теоретичара, али и судске праксе у појединим случајевима. Такав је случај и са ***пресудом Савезног управног суда од 12. јуна 1992.*** године,²⁵⁹ као и другим случајевима у којима режим управноправног уговарања између приватноправних субјеката није

²⁵⁵ *Kreb, Grundfragen des oeffenrechtlichen Vertrages*“, in: Ehlers / Krebs (Hg.): *Grundfragen des Verwaltungsrechts und Kommunalrecht*, 2000. Наведено према: М. Костић, стр. 62. и 63.

²⁵⁶ Упоредити: §§ 1. и 9. *VwVfG*.

²⁵⁷ *Ramsauer Kopp, VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz - Kommentar*, 9. Aufl., С. Н. Beck Vrlg, Muenchen, Н. Потешкоће у јасном дефинисању природе уговора, као јавноправног уговора јављају се само у случајевима када је природа обавезе „неутрална“. У оваквим случајевима мора се тумачити сам циљ испуњења уговорне обавезе и свеопшти карактер конкретног уговора. Н. према: Костић, стр. 63.

²⁵⁸ М. Петровић, М. Прица, стр. 234.

²⁵⁹ Исто.

непосредно регулисан Законом о управном поступку, али је зато читав низ јавноправних уговора који се закључују између приватноправних субјеката регулисан нормама различитих појединачних закона.²⁶⁰

Настанак јавнопоправног уговора сличан је настанку приватноправног уговора - изјавама сагласних воља, тако што је једна уговорна страна прихватила понуду (предлог) од друге уговорне стране. Општа правила приватног права у вези сагласности воља примењују се и на јавноправне уговоре. Сагласност воља у уговорима приватног права се може дати и без изричите сагласности, што није случај са јавноправним уговорима за које закон изричито захтева писмену форму, осим ако правним прописом није предвиђено другачије.²⁶¹ У недостатку управноправног прописа који би прецизније одредио шта подразумева писмена форма управног уговора, на ово питање се сходно примењују одговарајуће одредбе BGB.²⁶²

VwVfG не предвиђа изричито услове које треба да испуњавају уговорне стране за закључење управног уговора. Ипак, предвиђа да јавноправни уговор настаје у управном поступку.²⁶³ Странке у управном поступку морају имати страначку способност, па самим тим и за закључење јавноправног уговора је уговорним странама неопходна страначка способност. Као и за уговоре приватног права, и за јавноправне уговоре у немачком праву, неопходно је поседовање пословне способности уговорних страна. Уговорне стране могу закључити уговор непосредно (физичка лица), или путем

²⁶⁰ Пример јавноправног уговора који се између приватноправних субјеката закључује у саобраћајном праву је уговор о преузимању обавеза у погледу саобраћајне безбедности или одржавања чистоће на улицама, R. Kopp, *VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz - Kommentar*, 9. Auflg, C. H. Beck Vrlg, Muenchen, 2005. Н. према: М. Костић, стр. 64.

²⁶¹ § 59. *VwVfG*.

²⁶² § 126. *BGB*. одређује да уговор да би био пуноважан мора бити потписан од обе уговорне стране, или сачињен у виду нотарске исправе, протоколисан од стране управног суда или сачињен у електронској форми (*напом. аут.*).

²⁶³ § 9. *VwVfG*.

пуномоћника, и правна лица путем законских заступника или преко посебних опуномоћеника.

Понуда и прихват понуде уговорних страна представљају јавноправне изјаве воље.²⁶⁴ У недостатку одредаба *VwVfG* које би регулисале питање понуде и прихвата понуде, те отвореним и скривеним недостацима сагласности, сходно се примењују одредбе *BGB*.²⁶⁵

Тумачење управних уговора се такође заснива на аналогној примени одредаба *BGB*. На јавноправне изјаве воље уговорних страна сходно се примењује одредба грађанског права према којој треба испитивати стварну вољу уговорних страна уместо дословног тумачења употребљених израза,²⁶⁶ а према начелу савесности и поштења у складу са обичајима у промету.²⁶⁷

VwVfG изричито прописује да јавноправноправни уговор који је закључен уместо доношења управног акта, чије доношење је условљено сагласношћу, потврдом или одобрењем неког другог управног органа, почиње да производи правна дејства тек када је тај други управни орган суделовао у прописаној форми. Управни уговор може као и правни акт да утиче на права трећег лица. Овакав уговор не може имати правног дејства док се не добије сагласност трећег лица.²⁶⁸

Закон предвиђа могућност измене или укидања јавноправног уговора због промењених околности, као и начин извршења јавноправног уговора.²⁶⁹

²⁶⁴ §§ 116. - 144. *BGB*, регулишу приватноправне изјаве воље, те се сходно примењују и на јавноправне изјаве воље. Побијања властите изјаве због разлога предвиђених законом, (због заблуде, преваре, под претњом), може за резултат имати ништавост побијане изјаве, што би за последицу имало и ништавост управног уговора (*прим. аут.*).

²⁶⁵ §§ 145. - 157. *BGB*.

²⁶⁶ § 133. *BGB*

²⁶⁷ § 157. *BGB*

²⁶⁸ §§ 58 и 59. *VwVfG*.

²⁶⁹ §§ 60. и 61. *VwVfG*.

1.2.3. Класификација управних уговора у немачком праву

Према *VwVfG*, не може се наћи одредба која се односи на управне уговоре, која садржи *numerus clausus* њихових основних типова. Међутим у немачкој правној доктрини углавном је прихваћена класификација управних уговора коју је први извршио *К. Штерн*. Ова класификација изведена је из природе односа који постоји између страна уговорница, односно према постојању односа „надређености-подређености“ са једне, или једнакости уговорних страна са друге стране. Према овој класификацији јавноправни уговори могу се поделити на:

а) *субординационе* - субординационоправне, (*subordinationsrechtliche Verträge*),
б) *координационе* - координационоправне, (*koordinationsrechtliche Verträge*) уговоре.²⁷⁰ Одредбама *VwVfG* ова подела је јасно наглашена, али без изричите употребе самих термина координационоправни и субординационоправни. Координациони управни уговори су јавноправни уговори које карактерише једнакост странака у правима, при чему нема односа подређености.²⁷¹ Најчешће су субјекти ових уговора два јавноправна субјекта, односно носиоци управних овлашћења.²⁷² Међутим, иако је равноправност страна уговорница уобичајен „знак“ препознавања ове врсте уговора, он није и апсолутан и једини. Знатно извеснији показатељ координационоправног карактера је чињеница да у погледу самог предмета уговора ни једна страна уговорница није у надређеном положају у односу на другу (независно од тога да ли је уговор склопљен искључиво између носилаца јавних власти или јавне власти и грађана, или чак само између приватноправних субјеката). Сврха постојања овог типа уговора је да

²⁷⁰ Више: S. Deterbeck, *Öffentliches Recht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2009. стр. 342. - 343; С. Поповић, *О потреби увођења института [...]* стр. 531.

²⁷¹ S. Deterbeck, стр. 343.

²⁷² Пример оваквих уговора би били уговори о заједничкој изградњи еко депоније и његовој рециклажи за све општине, потписнице овог уговора (*прим. аут.*).

се регулишу извесни управноправни односи, који нису могли бити регулисани управним актом.²⁷³

Субординациони управни уговори су, према раније наведеним одредбама немачког Закона о управном поступку, посебно сви јавноправни уговори, који се склапају између јавне власти и трећег лица, а уместо којег би једнако тако могао бити донесен управни акт.²⁷⁴ Ови уговори представљају типичне управне уговоре склопљене између субјеката који стоје у „подређено-надређеном“ односу. Реч је о управним уговорима између грађана и јавних власти, у којима је јавноправни орган овлашћен да уместо да закључи одређени уговор, донесе управни акт.²⁷⁵

Унутар самих субординационоправних уговора уочава се могућност њихове класификације на основу критеријума (не)постојања узајамне везе између самог уговорног посла и неког управног акта. Тако се могу разликовати три подврсте управних уговора. Они који јавноправно тело обавезују на доношење управног акта, они који се доносе уместо управног акта и на уговоре који немају дирекних додирних тачака са управним актом.

Поред ове поделе, могућа је у немачком праву класификација управних уговора изведена из поделе уговора грађанског права на:

- а) облигационе (*Verpflichtungs*) и
- б) диспозитивне уговоре (*Verfuegungsvertraege*).

Ова подела у суштини не представља ништа друго до традиционалну поделу уговора на двостране и једностране уговоре, која доминира у грађанском праву, али се

²⁷³ У теорији постоје разлике у погледу ове класификације. Неки теоретичари све координационе уговоре сврставају у уговоре приватног права тако Б. Љубановић: „[...] Будући да код тих уговора изостаје субординација тј. јача правна воља једне уговорне стране, што је [...] карактеристика управних уговора, могу се сврстати у приватноправне уговоре“. Упоредити: М. Костић, стр. 64. и 65; Б. Љубановић, стр. 46. и 47.

²⁷⁴ S. Detterbeck, стр. 343.

²⁷⁵ § 54. став 2. VwVfG.

може применити и у погледу управних уговора. Облигациони уговор (*Verpflichtungsvertrag*) постоји када се једна или обе стране уговорнице обавезу на испуњење конкретног учинка, на основу чега друга уговорна страна уједно стиче и право да од супротне стране захтева испуњење преузетих обавеза. Дакле, реч је о двостраном уговору, који карактерише узајамност права и обавеза, односно где се свака страна уговорница истовремено јавља и као поверилац и као дужник. Са друге стране, диспозитивни уговор (*Vergfegungsvertrag*) се састоји у обавези једностраног испуњења како уговорних, тако и законских или на други начин заснованих обавеза.²⁷⁶

Постоји и класификација (једина изричито дефинисана)²⁷⁷ у *VwVfG* која јавноправне (управне) уговоре дели на:

- а) уговор о нагодби (*Vergleichsvertrag*) и
- б) уговор о трампи / размени (*Austauschvertrag*).

Уговор о нагодби²⁷⁸ јавноправно тело може склопити, ако постоји неизвесност о чињеничном и/или правном питању, а јавноправно тело сматра да ће се склапањем нагодбе та неизвесност отклонити. Према одредбама *VwVfG*, дакле, могуће је склапање нагодбе између јавноправног тела и странке у поступку. Уговор о нагодби, износи се, доприноси ефикасности и економичности јер омогућава брзо окончање поступка и смањење његових трошкова.²⁷⁹ У немачком грађанском праву, поравнање је уговор којим се отклања спор или неизвесност сауговорача у погледу извесног правног односа са узајамним попуштањем.²⁸⁰ *VwVfG* дефинише јавноправни уговор о поравнању као уговор „којим се путем узајамног попуштања уклања постојећа неизвесност произашла из разумне процене чињеничног или правног стања“.²⁸¹ За постојање овог уговора

²⁷⁶ М. Костић, стр. 65. и 66.

²⁷⁷ §§ 55. и 56. *VwVfG*.

²⁷⁸ § 54. *VwVfG*.

²⁷⁹ Б. Љубановић, стр. 46.

²⁸⁰ § 779. *BGB*.

²⁸¹ § 55. *VwVfG*.

потребно је испуњење два услова: субјективног, да постоји неизвесност у погледу чињеничног или правног стања, и објективног, да та неизвесност постоји и за објективног посматрача.²⁸²

*Уговор о размени*²⁸³ јавноправно тело може закључити, када је потребно странку обавезати на неку противчинидбу (најчешће плаћање новчаног износа) за чинидбу јавноправног тела. Противчинидба мора бити сразмерна²⁸⁴ и повезана с чинидбом јавноправног тела.²⁸⁵

Као што је раније наведено *VwVfG* нормира и: форму јавноправних уговора; када је потребна сагласност трећих лица и сагласност других управних органа на управни уговор; ништавост јавноправног уговора; измену или укидање јавноправног уговора због промењених околности; извршење јавноправног уговора; те супсидијарну примену прописа.²⁸⁶

Када говоримо о врстама управних уговора у француском праву, истичемо да је једна од најважнијих врста овог уговора уговор о концесионираној јавној служби. Међутим у немачком праву постоје разлике у односу на француско право, како у самом

²⁸² М. Петровић, М. Прица, стр. 239.

²⁸³ § 54. *VwVfG*.

²⁸⁴ О начелу сразмерности видети више: Зоран Лончар, Дејан Вучетић; *Принцип сразмерности у европском и српском праву, управноправни аспекти*, часопис за друштвене науке „Теме“, стр. 1617. – 1642, Ниш, 2013. Доступно на: <http://www.teme.junis.ni.ac.rs/teme4-2013/teme%204-2013-07.pdf> (јануар 2014); Зоран Филиповић, *Управно-правни аспект начела сразмерности и заштите легитимних очекивања*, Правна ријеч, бр. 39/2014, стр. 391. - 407.

²⁸⁵ Б. Љубановић, стр. 46. Као пример наводи случај када инвеститор изградње стамбене зграде има обавезу изградње паркиралишних места за сваку стамбену јединицу, али он ту обавезу због објективних просторних ограничења не може извршити. Јавноправно тело га може ослободити наведене обавезе, ако се обавезе да ће уместо паркиралишних места изградити и уредити нпр. дечије игралиште у тој градској четврти.

²⁸⁶ §§ 57. - 62. *VwVfG*.

одређењу садржаја концесије као управног уговора, тако и у значењу самог појма концесије.

Тако је *Fischer* одредио концесију као “правни однос између државе (концедента) и правног или физичког лица (концесионара) у ком држава уступа правном или физичком лицу право искориштавања неког природног богатства или обављање неке јавне службе”.²⁸⁷ Другим речима, концесија је временски ограничена дозвола за вршење одређеног посла за чије је обављање потребно посебно овлашћење, односно држави придржано право учинити једно подручје приступачним за искориштавање рудног блага.²⁸⁸ Аутор наводи да концесија у Немачкој означава и врсту „обртнице“, која се издаје уз испуњење тачно одређених личних и стварних претпоставки, као што су нпр. способност, поузданост, односно грађевинска или техничка опремљеност и сл.²⁸⁹

Посебан предмет разматрања правне теорије је и питање правне природе уговора о концесији. Иако избор концесионара није толико строго формалан као код других управних уговора, мишљење већег броја правних теоретичара је да се на уговор о концесији примењује правни режим управних уговора. И неки немачки аутори деле то гледиште, наводећи да уговор о концесији има елементе подложности који се огледају у добровољном подвргавању приватног лица правним нормама јавнога права. Управо се стога тај облик уговора више приближава концепцији једностраног акта, за којег је услов ваљаности само претходни пристанак или прихват приватног лица, него што дели друга обележја уговора приватног, тј. грађанског права.²⁹⁰

²⁸⁷ P. Fischer, *Die internationale Konzession*, Wien-New York, 1974. стр. 35. Н. према: Марко Шикић, Фране Станичић: *Правна нарав уговора о концесији*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 48. 2/2011, стр. 421.

²⁸⁸ Д. Ђерђа, стр. 19. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 421.

²⁸⁹ Исто.

²⁹⁰ De Valles, Arnaldo, *Concessioni*, *Nuovo digesto Italiano*, sv. 3, Unione tipograficoeditrice torinese, Torino, 1937. стр. 579. Н. према: Д. Ђерђа: *Уговор о концесији* [...] стр. 113.

1.2.4. Престанак управних уговора у немачком праву

Одредбама *VwVfG* није регулисан начин извршења обавеза из управних уговора. Стога се и овде примењује правило о упућивању на одговарајућу примену прописа *BGB* као допунских правила.²⁹¹

Редован и уобичајен начин престанка управног уговора (права и обавеза) је извршење дужникове обавезе. Обавеза по уговору грађанског права може да се угаси и пребијањем, компензацијом, али и опростом дуга од стране повериоца. Уговор такође може престати и закључењем новог уговора. Сматрамо да се ове одредбе могу аналогијом применити и на управни уговор, уколико то природа уговорних обавеза дозвољава.²⁹²

Када је реч о промењеним околностима, након закључења уговора, које су такве да битно утичу на извршење обавеза једне од уговорних страна за коју је даља примена уговора неподношљива, та уговорна страна може захтевати прилагођавање уговорних обавеза тим промењеним околностима уколико је то могуће и подношљиво за обе стране.²⁹³ Тумачење шта се подразумева под овим околностима је различито, а углавном је прихваћено оно које садржи и објективне и субјективне елементе.²⁹⁴

²⁹¹ § 62. *VwVfG*.

²⁹² Ипак питање нпр. опроста дуга од стране јавноправног лица, приватноправном уговарачу по нашем мишљењу није прихватљиво. Управни уговори се закључују пре свега у јавном интересу, па би могућност опроста дуга значила стављање приватног интереса испред јавног што је недопустиво. Јавноправно лице би евентуално могло прихватити неизвршење уговорне обавезе, ако нпр. приватноправно лице услед оправданих разлога није у могућности да изврши уговорену обавезу, али је извршило неку другу, коју јавноправно лице прихвати уместо обавезе која је предвиђена уговором. Ипак, и овде би се могло пре говорити о новацији или замени уговорне обавезе, него о опросту дуга. (*прим. аут.*)

²⁹³ § 60. ст. 1. *VwVfG*.

²⁹⁴ Пресуда Вишег управног суда Рајнландије – Фалачке, од 14. фебруара 1924. године, н. према: М. Петровић, М. Прица, стр. 258.

Отказ једне уговорне стране као разлог престанка уговора има више врста. Један је везан за промењене околности и нестанак основа правног посла наведен у претходном ставу. Уговорна страна која је овлашћена да захтева прилагођавање уговора услед нестанка основа правног посла, може уговор да откаже ако прилагођавање није могуће или ако једној од уговорних страна није подношљиво. Ово право има и јавноправно тело и појединац. Отказ је једна јавноправна изјава воље која се мора примити, али није управни акт чак и ако га је издала јавноправна страна. Отказ може дати и јавноправно тело како би се спречила или уклонила велика оштећења општег добра.²⁹⁵

Уколико је наступила штета услед отказа уговора, важе правила да је код прилагођавања управног уговора промењеним околностима (измењеном основу правног посла) услед оправданог захтева за прилагођавање, накнада штете искључена. Исти случај је и када је дат отказ ако прилагођавање уговора није могуће или ако једној од уговорних страна није подношљиво. Уколико је јавноправно тело отказало уговор да би спречило или уклонило велика оштећивања општег добра, ту би остали сауговорачи, који су имали поверења у опстанак уговора, имали право на обештећење.²⁹⁶

1.2.5. Ништавост управних уговора у немачком праву

VwVfG регулише *неваљаност управних уговора*, чија је последица је *ништавост* противправног управног уговора.²⁹⁷ Противправност управног уговора не подразумева обавезно наступање његове ништавости. Наиме, нису сви противправни уговори ништави, него само они које закон одреди као такве. Последица овога је да противправни уговори који не подлежу ништавости остају на снази, производе правна дејства.

²⁹⁵ § 60. *VwVfG*.

²⁹⁶ М. Петровић, М. Прица, стр. 260.

²⁹⁷ § 59. *VwVfG*.

VwVfG правећи разлику између координационо-правних и субординационо-правних уговора, предвиђа да је ништав сваки јавноправни уговор ако ништавост произилази из одговарајуће примене прописа *BGB*.²⁹⁸

Субординационоправни уговор, поред ништавости наведене у претходном ставу, ништав је и у следећим случајевима²⁹⁹: 1) ако би био ништав управни акт одговарајуће садржине, 2) ако би управни акт одговарајуће садржине био противправан не само због недостатка у поступку или форми који, према одредбама *VwVfG*, очигледно не би утицао на одлуку у ствари, а то је сауговарачима било познато, 3) нису присутне претпоставке за закључење уговора о поравнању и управни акт одговарајуће садржине би био противправан не само из недостатка у поступку или форми у смислу горе наведене законске одредбе,³⁰⁰ 4) управни орган прими обећање недопуштене противчинидбе у уговору о поравнању.³⁰¹ Ништавост дела јавноправног уговора повлачи ништавост уговора у целини, осим ако се не може претпоставити да би уговор био закључен и без ништавог дела.³⁰²

У теорији се наводи да је због генералног упућивања *VwVfG* на сходне одредбе *BGB*, управни уговор ништав и по тим прописима, па се у том смислу могу дефинисати следећи случајеви:³⁰³

- ако једна уговорна страна нема пословну способност,³⁰⁴
- ако постоји ментална резерва, привидни правни посао или је одсутна озбиљност.
- ако је уговором повређена прописана форма,

²⁹⁸ § 779. *BGB*.

²⁹⁹ Више: М. Петровић, М. Прица, стр. 246. и 247.

³⁰⁰ § 46. *VwVfG*.

³⁰¹ § 56. *VwVfG*.

³⁰² § 59. ст. 3. *VwVfG*.

³⁰³ М. Петровић, М. Прица, стр. 246.

³⁰⁴ Код ограничене пословне способности малолетника уговор закључен без сагласности законског заступника је привремено лишен правног дејства.

- ако се пренебрегне захтев о форми закључења уговора, у првом реду писменој форми,³⁰⁵
- ако јавноправни уговор вређа добре обичаје.
- ако је дошло до грађанскоправног побијања уговора.³⁰⁶

BGB прописује ништавост правног посла дефинишући је на следећи начин: „Правни посао који вређа законску забрану, ништав је, ако из закона не произилази нешто друго.“³⁰⁷ Према службеном тумачењу из 1973. године, ова одредба се не може применити на управни уговор. Аутори међутим, наводе да би искључење ове одредбе за управне уговоре могло имати озбиљне негативне последице.³⁰⁸ Поједностављено, може се рећи да би тако неки уговори који имају очигледну повреду материјалноправних прописа могли производити обавезно правно дејство. У међувремену је у правној књижевности и јудикатури постало владајућим једно средње становиште. По њему спорни параграф 134. *BGB*-а, у начелу се примењује и на управне уговоре. Ипак према *пресуди Савезног управног суда (E 98, 58, 63.)*, он не обухвата у том случају сваку повреду права, већ само „квалификовани случај противправности“.³⁰⁹

Како се код ништавости управног уговора ради о случајевима у којима нису ни постојали законски услови за његово закључење, то он и не производи правно дејство. Јавноправни органи и судови су дужни по службеној дужности пазити на ништавост. Чинидбе извршене на основу ништавог управног уговора, дакле немају правни основ, па и чинидбе које су извршене по таквом уговору морају бити враћене. Овакав став

³⁰⁵ Писмену форму јавноправног уговора налаже § 57. *VwVfG*.

³⁰⁶ Као основ побијања уговора, *BGB* предвиђа заблуду, нетачно посредовање, превару или претњу (*nap. aut.*).

³⁰⁷ § 134. *BGB*.

³⁰⁸ М. Петровић, М. Прица, стр. 247. - 248.

³⁰⁹ Исто.

произилази и из *пресуда Савезног суда од 20. јануара 1954.* године и *Савезног управног суда 18. децембра 1973.* године.³¹⁰

Код ништавости управног уговора у случајевима као што су недостатак озбиљне намере, или побијања уговора услед заблуде или нетачног посредовања, уговорним странама припада и право на накнаду штете у складу са прописима грађанског права.³¹¹ Накнада штете код управних уговора везује се као и код грађанских (приватноправних) уговора за теорију кривице и начела заштите поверења, али и савесности и поштења који се односе и на преговоре и моменат закључења уговора.

Последице по пуноважан управни акт донесен на основу ништавог управног уговора којим је обавезано јавноправно тело је у правилу његова опозивост, а само изузетно тај акт ће бити неваљан као и управни уговор, ако су уговорне чинидбе или сам уговор претпоставка настанка управног акта, или је дискрециона одлука у управном акту јавноправног тела заснована на наведеном уговору.

1.2.6. Правна заштита управних уговора и решавање спорова

С. Поповић наводи да се сматра да дејство јавноправног уговора може ићи даље него што одредбе грађанског права могу то допуштати. Видели смо да примена грађанског права на управне уговоре у француском праву није допуштена. Исто као и у француском праву за спорове у вези са управним уговорима у Немачкој, надлежни су управни судови, а не судови опште надлежности.³¹²

У складу с тим и правни режим управних уговора разликује се од онога који имају приватноправни уговори. Према одредбама Закона о управним судовима (*Verwaltungsgerichtsordnung*) управни судови су надлежни за све спорове јавног права

³¹⁰ Одредба § 140. *BGB* предвиђа да и ништав управни уговор под одређеним условима може бити конвертован у уговор који производи правно дејство, а у одређеним случајевима може конвалидирати. Више: М. Петровић, М. Прица, стр. 250. - 251.

³¹¹ § 122. *BGB*.

³¹² Славољуб Поповић, *О управним уговорима, Управно право – студије и чланице*, Књижевне новине, Београд, 1973. године, стр. 147. - 152.

који нису уставног карактера и који нису савезним законом изричито поверени неком другом суду.³¹³

Немачка, као и Француска, има тростепени систем управног судства. Првостепени управни судови називају се *Verwaltungsgerichte*, другостепени судови су *Oberwaltungsgerichte*, а функцију врховног управног суда у Немачкој обавља *Bundesverwaltungsgericht*.³¹⁴ *VwVfG* је предвидио правило о упућивању на одговарајућу примену прописа Грађанског законика као допунских правила. Ово решење делује логично и рационално, али правила грађанског права су прилагођена заштити приватних интереса уговорача и њихова примена у уговорима јавног права без модификовања и прилагођавања јавноправним односима, не може гарантовати заштиту јавног интереса.

Немачко позитивно право прихватило је принцип да су јавноправни уговори они уговори чији је предмет јавноправне или управне природе, под условом да се о њему може преговарати и који се не мора решавати преко управног акта. Дакле, јавноправни карактер уговору у немачком праву даје јавноправност његовог предмета која није конкретно прописана, што може упутити на закључак да је скоро сваки уговор закључен између два јавноправна лица јавни. Ова правна неодређеност и непрецизност може такође представљати проблем, посебно имајући у виду случај када је уговор закључен између два приватноправна лица, са елементима који се тичу јавног интереса.³¹⁵

Ипак, управни уговори су уговори јавног права и они имају другачији режим од уговора приватног права. Уговорним странама управних уговора се не може дати такав степен уговорних слобода као код уговора приватног права, прије свега због различитих интереса и циљева код ове две врсте уговора. Уговорне слободе код

³¹³ § 6. Закона о управним судовима.

³¹⁴ Н. према: Б. Љубановић, стр. 48.

³¹⁵ Упоредити: Пресуда Савезног управног суда од 12. јуна 1992. године, М. Петровић, М. Прица, стр. 234.

уговора приватног права су знатно шире, јер се закључују превасходно у приватном интересу уговорних страна, али би таква уговорна слобода код јавноправних уговора могла довести до угрожавања јавног интереса.³¹⁶

Као што се види у немачком праву, иако је опште правило да је за јавноправне уговоре надлежан управни суд, ипак постоје бројне недоумице и недоречености, како у погледу одређивања да ли је уговор јавноправни, тако и у погледу правног режима и аналогне примене одредаба грађанског права у недостатку управноправних норми.

1.3. Управни уговор у праву Шпаније

Управни уговори су у право земаља романског правног система, укључујући и шпанско право, преузети из француског права. У шпанској правној теорији постоји богата литература о институту, како управног уговора, тако и управног акта, а теоретичари су сагласни да је њихов најважнији задатак да буду у функцији јавног интереса. Дакле, управни уговори у шпанском праву, као и у француском одакле су потекли, представљају један од облика сарадње јавне управе и приватноправних субјеката. Јавна управа располаже овлашћењима којима јој се обезбеђује повлашћени положај у односу на приватноправно лице управо из разлога што је предмет управног уговора остваривање јавног интереса.³¹⁷

За регулисање управних уговора у шпанском праву посебан значај имао је Закон о државним уговорима из 1965. године. Овај закон предвиђао је три категорије управних уговора: уговор о јавним радовима, уговор о јавним службама и уговор о јавним набавкама.³¹⁸ Законом о уговорима јавне управе³¹⁹ је прописано уређење више

³¹⁶ Више: D. J. Galligan, *Due Process and Fair Procedures*; Study of Administrative Procedures, Clarendon, Press, 1996. стр. 431.

³¹⁷ Овај став преовладава у пресуди Врховног суда од 15. јуна 1972. год; Слично и у одлуци шпанског Врховног суда од 18. октобра 1984. Н. према: Д. Миленковић, *Управни уговори* [...] стр. 60.

³¹⁸ Више: С. Поповић, *Специфичности управног уговора* [...] стр. 2180. - 2181.

³¹⁹ *Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, Texto Refundido de 16. de junio de 2000*, BOE 148/2000.

врста управних уговора. Наведени Закон је тако уредио: уговоре о јавним радовима, уговоре о управљању јавним службама (унутар којих постоје уговори о концесији јавних радова и концесионираној јавној служби), уговоре о јавној набавци и уговоре о услугама.³²⁰

У литератури се наглашава важност овог института кроз чињеницу да шпански Устав прописује искључиву надлежност државе за опште нормативно одређивање управних и концесионих уговора.³²¹ Такође, Устав Шпаније одређује да управа „објективно служи општим интересима“³²². Дакле, може се рећи да јавном управом управљају општи интереси, којим она служи. Она је као власт подређена Уставу, закону и подзаконским актима.³²³ Аутори наводе да Устав у први план истиче људско достојанство, људска права која су му својствена и слободан развој личности. На овај начин Устав повезује грађане и јавне власти, истичући између осталог значај јавне службе за егзистенцију и достојанство људи. Читав концепт деловања управе у шпанском правном систему заснива се на тенденцији да то деловање у целини буде усмерено на ефикасно спровођење људских права.³²⁴

Шпанија је 2003. год. донела Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама.³²⁵ Министарство развоја и инвестиција бави се искључиво координацијом

³²⁰ De Enterría E. G, Fernández, T-R, *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson Civitas, Madrid, 2006. стр. 729. - 737; R. Parada, *Derecho Administrativo*, Marcial pons, Barcelona, 2004, стр. 324. - 367. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 422.

³²¹ J. V. Vera, *Derecho administrativo basico, parte general*, Thomson civitas, Madrid, 2008. стр. 338; Чл. 149.1.18. СЕ, ВОЕ 311/1978. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 421. - 422.

³²² Члан 103. Устава Шпаније.

³²³ Више: J. L. Melián Gil, *Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Admistracion*, Prologo al libro de J. Rodriguez-Arana, *La suspension del acto admiiistrativo*, Madrid, 1986. стр. 22. и 31. Н. према: Д. Миленковић, *Управни уговори [...]* стр. 61.

³²⁴ Д. Миленковић, *Управни уговори [...]* стр. 63.

³²⁵ *EC Interpretative Communication on IPPP, 5. februar 2008. godine, C (2007) 6661*, Н. Према: Миломир Амовић, *Јавно-приватно партнерство у концесијама и јавним набавкама, Синергија, 2009*. Доступно на:

пројектима јавно-приватног партнерства. У већини осталих министарстава шпанске Владе основане су јединице за јавно-приватно партнерство, које координише Министарство развоја и инвестиција.³²⁶

Новим Законом о уговорима јавног сектора³²⁷, уговори које склапа јавна управа деле се на уговоре строго управног карактера и на приватне уговоре. Према наведеном закону управни уговори деле се на: уговоре о јавним радовима, уговоре о концесионираним јавним радовима, уговоре о сарадњи јавног и приватног сектора (уговори о јавно-приватном партнерству), уговоре о управљању јавним службама (који могу бити: уговор о концесионираној јавној служби, уговор о заједничком подухвату, уговор о концерну и уговор о мешовитом друштву).³²⁸ *De Enterría i Fernández* дефинишу концесије, када говоре о концесији јавних служби као „најчешћем и најтрадиционалнијем начину да приватни предузетник преузме ризике (и погодности) искоришћавања неког добра.“³²⁹ Код концесиониране јавне службе, као и у француском праву, концесионар обавља јавну службу за свој рачун и на свој ризик,³³⁰ с тим да може у одређеним случајевима имати и нека јавна овлашћења.³³¹

Врховни суд је у вези са јавним интересима у области јавног уговарања стао на становиште да у одређеним ситуацијама опасност по јавни интерес чија заштита је поверена јавној управи разлог њеног надређеног положаја у односу на другу уговорну страну. Међутим, што је већи интензитет њеног повлашћеног положаја, и њена процена

<file:///C:/Users/Slobodan/Downloads/SN%20-%20Javno%20privatno%20partnerstvo%20u%20koncesijama%20i%20javnim%20nabavkama.pdf>

³²⁶ Овим моделом Шпанија је изградила комплетну жељезницу, 12.000 км аутопутева, два аеродрома и неколико морских лука, а у периоду од 2002. - 2007. године је урађено око 300 пројеката ЛПП за концесионо тржиште укупне вредности од 23 милијарде еура. Н. према: исто.

³²⁷ *Ley de Contractos del Sector Público (LCSP) de 22 de junio 2007*, BOE 261/2007.

³²⁸ J. V. Vera, стр. 228. Н. према: исто, стр. 341. - 357.

³²⁹ E. G., De Enterría Fernández, T-R., н. д. стр. 734. Н. према: исто.

³³⁰ R. Parada, стр. 342. Н. према: исто.

³³¹ J. V. Vera, стр. 353. Н. према: исто.

о неопходности примене одређених уговорних клаузула у уговору који јој овај повлашћени положај омогућава (*clause exorbitante*), морају бити у случају њихове примене више образложене, у смислу да ли су мере које су предузете најпогодније са становишта циљева који се желе постићи. Значи за примену ових уговорених клаузула неопходно је оправдати да је до њихове примене дошло ради заштите јавног интереса.

Међутим поводом примене ових привилегија треба имати у виду да управа не може увек да реши конфликт из управног уговора самостално, већ је неопходно и да се обрати судовима, под одређеним условима. Осим тога треба имати у виду и јуриспруденцију Уставног суда, јер је Устав тај који забрањује самовољу јавне управе чак и онда када она остварује своја права.³³²

1.4. Управни уговор у праву Белгије

За разлику од шпанског права у коме су сви важнији управни институти преузети из француског права и у којој постоји богата литература, као и одговарајући позитивно-правни оквир управног уговора, у белгијском праву које је такође преузело основне елементе француског концепта управног уговора, теорија, а и позитивно законодавство, одступају од изворног концепта. Литература о управном уговору је недоречена и често са супростављеним ставовима теоретичара пре свега о правној природи овог уговора.

У Белгијској правној теорији је све до половине прошлог века управни уговор углавном негиран. Пре свега, теоретичари су имали супростављене ставове у погледу питања самог постојања управног уговора. Тако једни сматрају да белгијско право уопште не познаје овај институт, а други су пак, мишљења да ови уговори ипак постоје, при чему и једни и други исте чињенице различито тумаче. Негирање специфичности управног уговора имало је за последицу да надлежност за решавање спорова из управних уговора није на управном судству него на редовним грађанским судовима.

³³² Упоредити: J. Rodriguez-Arana, *Las prerrogativas de la administracion en los contratos de las administraciones publicas*. AFDUDC, 12, 2008, стр. 801. – 802. Н. према: Д. Миленковић, *Управни уговори* [...] стр. 64. - 65.

Ово је и основна разлика између управног уговора у француском и белгијском праву. Уз постојање ванредне клаузуле као што су већа овлашћења јавне управе као уговорне стране, надлежност управног суда у споровима у вези са уговорима које закључује јавна управа, био би један од важних аргумената у одређењу о њиховој правној природи. Ипак, и поред разлика у ставовима теорије, у међувремену је управни уговор у Белгији нашао своје место и све је мање оспораван.

С. Поповић указује да за разлику од француског права, у белгијском праву спорови који произлазе из уговора закључених од стране управе не претпостављају коегзистенцију два судска система, већ су судови опште надлежности, према одредбама устава једини надлежни да решавају спорове који се тичу тумачења или извршења уговора било да их закључују управа или појединци. У вези са тим, он констатује да писци који сматрају да белгијско право не познаје институт управних уговора, већ да за све уговоре које закључује управа важи искључиво режим грађанског права, чине мањину. С друге стране, наводи се да нпр. *Флам* сматра да за постојање управног уговора није битно да постоји једнакост странака; наиме једнакост странака није неопходно везана за природу уговора. Уговор се заснива на пристанку, па према томе супротна страна може пристати и на неједнакост. *Флам* истиче да постоји могућност да се тужбом код Државног савета оспоравају законитости управних аката који претходи или којим се одобрава управни уговор. Коначно, он сматра да као и у француском, тако и у белгијском праву постоје прекомерне прерогативе општег права које ужива управа, као што и постоји теорија о финансијској једнакости.³³³

1.5. Управни уговор у праву Италије

У италијанском праву се сматра да су акти управе увек једностранни, те је у њему постојала снажна негација управних уговора, мада позитивно право дозвољава могућност да управа учествује у склапању приватноправних уговора.³³⁴

³³³ С. Поповић, *Управно право – Студије и чланци*, стр. 145. - 146.

³³⁴ Д. Миленковић, *Управни уговори [...]* стр. 76.

У Италијанској правној теорији у ранијем периоду се није говорило о управним уговорима већ о уговорима јавне управе (*contratto dele amministrazioni pubbliche*). У том смислу се истиче да се уговори јавне управе могу поделити у три категорије: 1) обичне уговоре; 2) уговоре који произилазе из посебних области приватног права; 3) уговоре са јавним циљем у чијем закључењу може учествовати само јавна управа.³³⁵

Међутим, данас италијански теоретичари све више говоре о још једној врсти уговора – уговорима о вршењу јавних служби (*contratto di servizio*) који могу бити закључени између јавне управе и приватног сектора и који, по одређеним карактеристикама имају карактер управних.³³⁶

На управне уговоре у Италији се примењују правила грађанског права, изузев у питањима која су законом или подзаконским опшенормативним актом посебно уређена. С обзиром на то да постоји велики број посебних одредаба које се примењују при закључењу управних уговора, примена одредаба грађанског права је увелико ограничена. За италијанско право типични су бројни анекси којима се при закључењу управних уговора посвећује посебна пажња. Тим се анексима уређује низ питања из односа управе и сауговорача, а свако тело управе може формулисати властите услове, тј. анексе, управних уговора.³³⁷

Један од важнијих уговора за италијанску управноправну теорију и праксу је уговор о јавним радовима. *С. Поповић*, за разлику од преовладавајућих ставова италијанске доктрине и судске праксе о овом уговору као уговору приватног права, сматра да су приватноправне карактеристике овог уговора теоријски пренаглашене и да је овај уговор практично потчињен великим делом посебном правном режиму. У теорији су подељена мишљења о правној природи општих услова, анекса уговора, али ипак значајно преовладава теза о њиховој уговорној природи. У прилог томе се наводи

³³⁵ Упоредити: Massimo Severo Giannini, *Droitto amministrativo II*, Giuffrè, Milano, 1988. стр. 790. Н. према: Д. Миленковић, стр. 76.

³³⁶ Д. Миленковић, стр. 77.

³³⁷ Дарио Ђерђа, *Уговор о концесији* [...] стр. 110. и 111.

да је судска пракса најпре усвојила тезу о јавноправној природи ових услова, да би Касациони суд најзад стао на становиште да општи услови имају значај уговорних одредаба. Сам уговор о јавним радовима има посебне карактеристике које га издвајају од општег режима приватноправних уговора. Ове карактеристике се манифестују у тренутку његовог закључивања (доношење извесних управних аката пре или после закључивања уговора, избор партнера према унапред постављеним правилима), извршења (управа има право да усмерава радове и врши надзор, да уноси измене уговора, врши ревизију цена под одговарајућим условима, право раскида уговора), као и у вези са споровима који настају из таквих уговора. С Поповић указује да су у Италији према Уставу из 1947. године надлежни да решавају спорове о законитости управних аката судови опште надлежности и Државни савет. Наводи се да је управо подела надлежности један од најсложенијих проблема италијанског управног права. Судска пракса је заузела став да пре него што одлучи о својој надлежности, суд мора испитати правни основ тужбе и предмет захтева. Када је подносилац тужбе појединац који тужбени захтев заснива на повреди интереса заснованог на закону онда се мора обратити Државном савету. У погледу предмета захтева, осуда управе на новчану накнаду штете може да буде изречена само од стране судова опште надлежности. Поништење општег акта којим се вређа интерес заснован на закону мора се захтевати тужбом поднетом Државном савету. Приликом решавања спорова у вези са закључивањем јавних уговора, према утврђеној судској пракси Државни савет се мора огласити ненадлежним у погледу спорова који се односе на важност уговора.³³⁸

Међутим, судска пракса исто стоји на становишту да је Државни савет надлежан да решава спорове из управних аката који претходе или следују закључивању уговора. Међутим, од момента када је уговор постао перфектан, сви спорови који се односе на уговор, директно или индиректно, спадају у надлежност редовног судства.³³⁹

³³⁸ Упоредити: С. Поповић, *Управно право – Студије и чланци*, стр. 156. - 158.

³³⁹ Више: Исто.

Кад су у питању други уговори јавне управе који традиционално у упоредном праву имају обележја управних уговора, ту се пре свега мисли на концесије јавних служби. У италијанској правној теорији битни састојци уговора о концесији деле се на стварно битне (итал. *essenttalia negotii*), правно битне (итал. *accidentalialia negotii*) и природно битне (итал. *naturalia negotii*). Стварно битни састојци уговора о концесији су концесионо добро и накнада. Природно битни састојци уговора су они садржани у природи правног посла, на пример употреба и коришћење поморског добра према његовој природној намени. Најзанимљивији су правно битни састојци, а то су они који постоје на основу воље странака, ако она није прописом ограничена. Управо у тим састојцима до изражаја долази приватноправни карактер уговора о концесији, а то су услови, рокови, начин плаћања и сл.³⁴⁰

Међутим, Д. Миленковић наводи неколико примера који показују посебан правни режим концесија у италијанском праву. Тако на пример, **Закон бр. 538/93**, који се односи на италијанску железницу (1993) предвиђа у више чланова „уговор о коришћењу железничке инфраструктуре и концесију и утврђује елементе уговора којим се регулишу односи између концедента (железничког предузећа) и концесионара (корисника одређене пруге/правца). Овај уговор има све карактеристике уговора којим се вршење јавне службе преноси на приватог партнера.³⁴¹

Други закон који треба поменути је **Закон број 665/96** који се односи на државну установу, директорат за контролу летења, а у коме су садржане и одредбе о преносу државних овлашћења на ову установу у домену давања сагласности на улагање додатних инвестиција у овој области од стране трећих лица.³⁴²

³⁴⁰ Д. Ђерђа, стр. 99. - 100.

³⁴¹ Д. Миленковић, стр. 79.

³⁴² Исто. Аутор наводи да је уговор о служби као појам употребљен и у Закону 42/04, којим се уређује однос између државе и субјекта којим се преносе овлашћења за обављање активности у вези са проценом јавних добара. Овакве одредбе садржане су и у неким другим законима. Упоредити: Giuseppe Santaniello, *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, 1999. стр. 767. Н. према: исто.

Уговор о вршењу јавне службе у Италији постаје значајно средство и када је реч о преношењу овлашћења у области великих дистрибутивних система као на пример електричне енергије, природног гаса и др.³⁴³ На овај начин, нова италијанска доктрина у јавној управи и законодавство, препознају и „управне уговоре“ као „уговоре о вршењу јавне службе“ јер их подвргава одређеним специфичностима које се разликују од традиционалне доктрине уговорног права заснованог на једнакости уговорних страна.³⁴⁴

1.6. Управни уговор у праву Руске Федерације

Сазнања о управном уговору и његовом месту у правном систему Русије су интересантна, пре свега ради бољег разумевања процеса трансформације јавне управе водеће земље бившег социјалистичког блока са типичним социјалистичким правним наслеђем и њеног прилагођавања савременом концепту јавне управе. У овом делу извршена је краћа анализа појединих сегмената руске управноправне теорије и законодавста који по нашем мишљењу могу дати основна сазнања о ставовима правне теорије о управном уговору у руском праву.

И у Русији као и у другим земљама бившег социјалистичког блока управни уговор је сматран карактеристиком буржуаских државних система, потпуно неприкладан социјалистичком правном уређењу у коме је уговорна сарадња државе и

³⁴³ Тако на пример, Закон 164/00 из 2000. године предвиђа заједничке одредбе у области дистрибуције природног гаса, према којима је ово овлашћење поверено локалним самоуправама, односно одговарајућим јавним предузећима, који могу путем аукције да повере вршење одређених услуга приватним лицима, што се реализује закључењем уговора о вршењу јавне службе. На ове уговоре сагласност даје Министарство индустрије, а углавном се сходно закону уређује: трајање, начин вршења услуге, квалитет пружене услуге, права корисника, контрола вршења услуга, последице неизвршења уговора, једностранни раскид уговора због неизвршења обавеза лица којем је уговором поверено руковање дистрибуцијом мреже и др. Упоредити: Alberto Massera, Chiara Taccola, *L'uso del contratto nel diritto nei servizi pubblici*, стр. 6. - 8, 2009, доступно на <http://www.astrid-online.it>. Н. према: Исто, стр. 80.

³⁴⁴ Д. Миленковић, стр. 80.

приватника на партнерској основи потпуно непримерена. И у периоду транзиције управни уговор је дуго сматран искључиво приватноправном категоријом.

Ипак и у ранијем периоду постојало је интересовање за овај институт, али тек почетком овог века управни уговор постаје предмет значајније пажње руске правне науке, па је на ову тему написано неколико докторских дисертација, и низ научних чланака и других научних радова. Разлог овом повећаном интересовању је посебно спознаја о недостатку одговарајуће теоријске подлоге за развој овог института који реформом управе и повећањем сарадње јавног и приватног сектора све више и у Русији добија на значају.

Анализа теоријске класификације управних уговора у руском праву, требала би да допринесе бољем разумевању особина ове институције и схватању његове правне природе. Ипак, испоставило се да међу предложеним теоријским основама за класификацију управних уговора има одређених преклапања која понекад више ометају него што доприносе њиховом правилном разумевању. Решење овог проблема је веома важно за избор главних праваца научних истраживања.

Како категорија извора управног права нема формално правни израз у закону, они се појављују само у научној и образовној литератури. Пре него што наведемо неке од теоријских ставова у руској правној доктрини навешћемо најзначајније позитивно-правне прописе који посредно или непосредно чине правну основу за јавне уговоре са карактеристикама управних уговора у позитивном руском праву. То су пре свега: Устав федерације³⁴⁵, Федерални закони, Укази Председника Руске Федерације, Одлуке Владе Руске Федерације и други правни акти Руске Федерације.

Као што се види правни основ јавноправних уговора може бити садржан не само у закону него и у другим правним актима. На пример, питања садржаја и поступка

³⁴⁵ Устав Руске Федерације од 12. децембра 1993. године, у делу 1. наводи уставне предуслове употребе уговорних облика јавног управљања. Устав Руску Федерацију промовише као социјалну државу која се стара за стварање услова за достојанствен живот и слободан развој човека.

закључивања уговора о разграничењу надлежности између органа државне власти Руске Федерације и субјеката Руске федерације је регулисано Уредбом одобреном председничким указом.³⁴⁶

Део руских правних теоретичара заступа различите ставове у погледу правне природе управног уговора. Тако *Д. Н. Бахрах* у својим радовима наводи два вида управног уговора: оне који стварају правне норме (нормативне) и оне којим се примењују правне норме.³⁴⁷

А. В. Дёмин, пак истиче да се уговор сматра само појединачним правним актом, који не може бити извор управног права.³⁴⁸ *Ф. В. Тарановский* међутим наводи: "Без сумње, да уговори у неким случајевима не само стварају одређену правну везу, него доводе до владавине права, односно, делују као извори права".³⁴⁹

Ако узмемо у обзир наведену поделу на управне уговоре који стварају правне норме (нормативне) и оне којим се примењују правне норме, можемо боље разумети природу наведених различитих ставова. Приметно је наиме, да у делу руске правне теорије не постоји јасна граница између уговора који се закључују између двају или више јавноправних тела (нпр. уговори између федералних јединица, или нпр. тзв. међувладини споразуми), и уговора које закључује јавна управа са приватним субјектом. Из овог произилази да се ови уговори разврставају на опште и појединачне.

У прилог овој тврдњи иде и мишљење *В. В. Иванова*, да при коегзистенцији општих и појединачних управних уговора, њиховим разликама претходе разлике у

³⁴⁶ Уредба одобрена председничким указом од 12. марта 1996. год, №370. стр. 103.

³⁴⁷ Н. према: А. П. Корнев., А. А. Абдурахманов, *Административные договоры: понятие и виды.* // Журнал российского права, 1998. №7. Доступно на: <https://www.lawmix.ru/comm/7944/> (10. март 2015.)

³⁴⁸ А. В. Дёмин *Нормативный договор как источник административного права*, Государство и право, 1988. №2 стр. 16.

³⁴⁹ Упоредити: Тарановский Ф. В. *Энциклопедия права С-Пб*, 2001; Н. Г. Александров *К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений*, Учёные записки ВИЮН. М. 1947. стр. 61; Г. И. Петров *Источники советского административного права* // Правоведение, 1958. №4. стр. 34. - 45.

облицима њиховог изражавања - општој правној норми и појединачним правним актом који регулише конкретне правне односе. На основу тога аутор изводи закључак да се општи уговор појављује као извор општих норми, а појединачни уговор као извор подзаконских.³⁵⁰

Иако је наведено да је због неадекватне теоријске разраде извора управног права, управни уговор дуго сматран искључиво приватноправном категоријом и није улазио у предмет истраживања управноправне науке, у исто време се од свих јавноправних уговора, јасно издвајају међувладини споразуми.

Према *Ј. Н. Старилову* проблем управних споразума треба посматрати не само са становишта законских материјалних управноправних норми (субјекти, права, обавезе, одговорности, управноправни режим извршења), него и са становишта управно процесног права. Уосталом, традиционално, говоримо о таквом управном поступку чији је део управно уговорни поступак, односно управни уговор као један од продуката управног поступка. Ово је такозвани "позитивни управни поступак", који, наравно, има свој материјални део.³⁵¹ Чини се да наведене критеријуме најбоље задовољава дефиниција да је „управни споразум (уговор) сагласност странака, којим се могу променити или прекинути управноправни односи“.

Занимљиви су ставови неких теоретичара који дају значај уговору који превазилази и познату максиму „*pacta sunt servanda*“ као и начело аутономије воље странака, само у оквиру диспозитивних, али не преко граница императивних норми. Тако *Ј. М. Магазинер* наводи: "Према уговору се може установити такво правило које је директно у супротности са законом, ако све више установе, које имају право да оспоре такав споразум, прећутно учествују у њима или се с њима сагласе, онда ће ово

³⁵⁰ В. В. Иванов, *Некоторые вопросы теории нормативного договора* // Право и политика, 2000. №4.

³⁵¹ Ю. Н. Старилов, *Административный договор: опыт законодательного регулирования в Германии*, Государство и право. 1996. №12. стр. 42. - 43.

правило деловати, и важиће, не само у конкретном случају већ и за будућност."³⁵² Слично размишљање је и *Н. С. Соколова* - споразум је уговор нормативног (општег) карактера, који има снагу закона.³⁵³

Ипак, преовладава став да управни уговори у односу на друге уговоре и споразуме имају управни карактер. Та посебна управна природа разликује управне (јавноправне) уговоре од уговора приватног права. То произилази и из ставова *В. А. Кикота* који наводи: "На основу грађанскоправне теорије уговора не могу се разумети неке од карактеристика управног уговора којим се на основу овлашћења субјеката, истовремено реализује и управни акт".³⁵⁴

И у позитивном праву Руске Федерације, иако као такви нису изричито наведени, препознају се уговори који имају елементе управних уговора, као што су уговори о јавно-приватном партнерству и концесијама за вршење јавних служби. Тако *Б. Е. Сазонов* наводи да кроз јавно-приватно партнерство у сфери образовања, приватни сектор поред инфраструктурних услуга, узима на себе и улогу носиоца услуга које су традиционално вршени или финансирани од стране државе.³⁵⁵ При томе се наводи да је основно питање избора и примене механизма јавно-приватног партнерства питање о томе, како их применити тако да би њихова реализација била усмерена на постизање јавног интереса друштва. Ипак, наводи се да одсуство у Руској Федерацији адекватног правног оквира јавно-приватног партнерства опредељује неприхватљиве негативне тенденције у том односу због недостатка ефикасних гаранција реализације јавно-приватног партнерства.³⁵⁶

³⁵² Я. М. Магазинер, *Общая теория права на основе советского законодательства* // Правоведение. 1998. № 2. стр. 78.

³⁵³ Н. према: Г. Н. Манов, *Теория права и государства*, М. 1996. стр. 193.

³⁵⁴ В. А. Кикоть, *О договорных формах управления государственными и общественными делами*.

В сб.: *Договорные формы управления: постановка проблемы и пути решения*, Москва, 1981. стр. 46.

³⁵⁵ Б. Е. Сазонов, *Государственно-частное партнерство: гражданско-правовые и административно-правовые и финансового-правовые аспекты*, Москва, 2012. стр. 428.

³⁵⁶ Исто, стр. 437. - 438.

На крају можемо закључити да је у руској правној теорији и пракси управни уговор скромно заступљен и да је тек у последњој деценији дошло до повећаног интересовања правне науке за овај институт. Видљив је напор руских теоретичара да се управни уговор приближи руској научној и стручној јавности, те да се изричито уведе у позитивно право. Стога је за очекивати да ће убрзо управни уговор бити изричито уведен у позитивно право Русије. Постоје у теорији различити предлози за његово увођење у позитивно законодавство, а крећу се од увођења у постојеће процесне и материјалне законе који регулишу управну област, па до доношења посебног закона који би регулисао само управни уговор и његову примену. Како садашњи правни оквир, овај институт не познаје у његовом класичном облику, слично као у немачком праву, ово може да узрокује генерализацију појма јавноправних уговора која подразумева како управне уговоре, тако и различите уговоре уставног карактера, нпр. између појединих федералних јединица унутар савезне државе, који се не могу сврстати у управне уговоре.

1.7. Управни уговор у праву Украјине

Украјина је, поред Русије једна од већих земаља са социјалистичким правним наслеђем, али и са специфичним приступом управном уговору како у теоријском тако и у практичном смислу у односу на остале земље бившег совјетског блока. Наиме, Украјина је први пут увела појам „управни уговор“ у своје позитивно право *Кодексом управног поступка* донетим 6. јула 2005. године (у даљем тексту: „Кодекс“) Управни уговор се овим Кодексом дефинише као: „билатерални или мултилатерални споразум, који садржи права и обавезе које проистичу из управних функција државних органа као страна у уговору“.³⁵⁷ У Украјини, као и другим земљама које су у процесу реформе јавне управе и прилагођавања прописима Европске уније, правна теорија показује интересовање за управни уговор, његову правну природу, услове закључења,

³⁵⁷ Члан 3. став 1. тачка 14. Кодекс административног судочинства Украјини от 06 июля 2005. года. №2747-IV, доступно на: <http://yurist-online.com/ukr/uslugi/yuristam/kodeks/022.php> (01. фебруар 2016.)

испуњење, дејство и тумачење овог института, као и судску надлежност за спорове у вези са њим.

Већина савремених земаља чије законодавство признаје постојање управних уговора, преузеле су основне одредбе француског или немачког права. И у Украјини су пресудну улогу у формирању заједничког приступа у схватању управног уговора имала права ове две земље.

У украјинском законодавству управни уговор представља посебну врсту уговора. У правном систему заузима средње место између управног акта (једностране изјаве воље државних органа власти) и уговора приватноправног карактера. Ова теоријска конструкција, очигледно, се разликује од свог немачког узора. Управа за обављање своје делатности овде користи и грађанскоправне уговоре. Управни уговор, само је један облик форме, помоћу које државна управа обавља управне активности.

Украјински управни уговор карактерише посебан однос мешовитог типа: управноправни и грађанскоправни, однос власти и равноправности.³⁵⁸

Специфичност украјинских управних уговора састоји се у томе, што се они појављују као уговори организационог карактера, као и сама делатност управе. Анализа суштине украјинског управног уговора, даје основ за веровање, да се концепт украјинског управног уговора у значајној мери ослања на облигационе норме. Иако те норме нису његова једина основа, због значајних одступања од класичног модела управног уговора, се може рећи да се управни уговор у украјинском праву регулише

³⁵⁸ Відомості Верховної Ради України, 1997. №13, стр.112.; Офіційний вісник України. 1997. №9. стр. 3; Тако нпр, Министарство информација (информисања) Украјине у складу са повереним задацима обезбеђује посебне научно истраживачке пројекте, нову технолошку опрему за потребе средстава масовне комуникације, штампарских предузећа, издавача, врши самостално са приватноправним субјектима преговоре и закључује секторске споразуме са запосленима, има право представљања Кабинета Министара по његовом овлашћењу у међународним организацијама при закључењу међународних уговора Украјине и сл; Више: К. А. Николаевич, *Теоретические концепции административного договора в Российской Федерации*, Диссертация на соискание учёной степени кандидата юридических наук, Тюмень, 2009. стр. 94.

нормама грађанског облигационог права с изузецима, допунама и ограничењима од стране норми управног права.

Теоријски ставови украјинских аутора у вези с тим, наводе на закључак, да за основу управног уговора они узимају управна начела уговора као управног акта, користећи правну аналогију, а са друге стране изграђују његову суштину, руководећи се принципима грађанскоправног уговора, укључујући и његове јавноправне елементе. Кодекс садржи норму према којој се надлежност управних судова проширује и на спорове, настале поводом закључења и испуњења управних уговора.³⁵⁹

А. Степанюк,³⁶⁰ тумачећи чланове Кодекса наводи да у надежност управног суда спадају спорови настали у поступку испуњења управног уговора. Али истовремено, назначава, да код одређених сложених судских случајева, може бити неопходна субјективна оцена о испуњености услова за закључак о надлежности управног суда у конкретном спору. Аутор с правом указује на недоследност у утврђивању надлежности у погледу спорова у вези управног уговора. Наиме, поставља се логично питање да ако постоји развијен концепт спровођења механизма управне јурисдикције, зашто постоји могућност субјективног одређивања постојећег односа по критеријумима приватног права? Овде аутор у вези са поменутом одредбом тражи могућност решења сложене ситуације, која је по његовом мишљењу у формалном приступу. Уговори закључени од стране субјектата јавне власти у циљу реализације предвиђених законских функција су управни уговори, како по специфичном садржају, тако и по врстама.³⁶¹ Међутим, ова могућност, само потврђује да правна пракса управних уговора отвара додатна питања у вези са наведеном дефиницијом. Треба додати, да у немачком концепту управног уговора, иако недовољно и посредно, особине управног уговора се ипак одражавају у закону, док их украјински Кодекс практично не садржи.

³⁵⁹ Члан 17. став 1. тачка 3. Кодекса управног поступка.

³⁶⁰ А. Степанюк, *Что такое административный договор*, Юридическая практика, №3 (421), 2006.

³⁶¹ Исто.

И у одређеним уговорима јавне управе у Украјини, као што су уговори о јавним набавкама и уговори о јавно-приватном партнерству, као и у сличним уговорима у упоредном праву, преовладавају елементи управних уговора. У извештају Европске Комисије Европском Парламенту наводи се да су у украјинском законодавству у процесу приближавања Европској унији, средином 2012. године донесене одредбе о новом електронском систему јавне набавке. Европска Комисија сматра да има још нерешених питања, као што је потреба за даљим јачањем транспарентности јавне набавке и усклађивања доделе јавних уговора, решавање проблема с постојањем бројних изузетака из режима јавне набавке, те потребе за разрешењем подручја примене „тела за набавку“ на која се примењују правила о јавној набавци, посебно у случају државних предузећа и предузећа од јавног интереса. Пред парламентом се нашао нацрт закона којем је циљ додатно повећати транспарентност јавних расхода, укључујући и расходе у државним предузећима.³⁶² У Украјини је ту току процес усаглашавања домаћег законодавства са прописима Европске уније и у области уговора јавне управе, па самим тим и управних уговора. Ипак у овом тренутку, без обзира на формалну присутност управног уговора у позитивном украјинском праву, не може се говорити о посебном правном режиму за управне уоворе. Напротив, доминира режим грађанског права, у чему се украјински управни уговор разликује од свог немачког узора. Нису јасно утврђени ни критеријуми разграничења уговора јавне управе према њиховом циљу, нити је установљено посебно надлежно тело у виду управног суда које би разрешавало спорове који настану из ових уговора, него су за те спорове надлежни редовни судови опште надлежности. Стога можемо закључити да је у садашњем тренутку тешко говорити о неком већем напретку у развоју института управног уговора у правном систему Украјине.

³⁶² Трећи извештај Европске Комисије Европском парламенту и Већу, о provedби Акционог плана за либерализацију визног режима у Украјини, Доступно на:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52013DC0809>

2. УПРАВНИ УГОВОРИ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

2.1. Општа начела Европске уније и управни уговори

Иако у праву Европске уније (у даљем тексту и: „Унија“, „Европска заједница“), француска теорија управног уговора није добила и свој конкретни материјалноправни облик који би био прихваћен у законодавству свих земаља чланица, као посебан управноправни институт, елементе управног уговора препознајемо у институту јавноправног (јавног) уговора.³⁶³

Под појмом јавни уговор (*public contract*) у правној тековини Европске заједнице уобичајено се сматра посебна врста уговора којег закључује јавноправни субјект са приватноправним субјектом, којим се остварује шири друштвени интерес, а на које се уговоре примјењују посебне правне норме у одређеној мери различите од норми приватног права.³⁶⁴ Концепција јавних уговора у правној тековини Европске заједнице, као и у националним правима држава чланица, развила се из концепције управних уговора у праву грађанских држава на европском континенту на крају XIX и почетком XX века. У овом периоду су се у тим државама јавноправна тела подвргавала строгом начелу легалитета којим се ограничавало њихово слободно деловање и онда када су уговорима осигуравали задовољење јавне потребе.³⁶⁵

Ипак, ваља истаћи да правна правила која регулишу поступање управних органа у Европској унији нису кодификована у једном акту, већ имају различите изворе, што значајно отежава њихово утврђивање, а самим тим и њихово систематизовање и једнообразност управног поступка. Правна правила управног поступка се изводе из

³⁶³ Више: Д. Миленковић, стр. 104. и 105.

³⁶⁴ Више: Дамир Авиани, *Правна заштита у поступку додјеле јавних уговора-хармонизација хрватског права acquis communautaire*, Зборник радова правног факултета у Сплиту, год 45, 1/2008, 175. – 195. стр. 176;

³⁶⁵ Исто.

одредаба Оснивачких уговора, те из других извора примарног права Уније, затим из бројних уредби и препорука које чине секундарно право.³⁶⁶

Свака економска активност јавноправног тела, па тако и активности јавноправног тела на додели јавног уговора привредном партнеру, подлеже правилима о тржишном надметању. Да би се осигурало слободно тржишно надметање и тржишно деловање јавноправног тела, Европска заједница својим правилима ограничава деловање јавне власти и присиљава је да се у својим економским активностима понаша тржишно.³⁶⁷ У недостатку правних прописа, нека важна правила формулисана су у облику општих правних начела која произилазе из културе чланица и рефлексивна су основних вредности на којима се темеље правни системи држава чланица.³⁶⁸ Управно право Европске уније не формира се доктринарним или легислативним путем, него у процесу постепеног обликовања физиономије управног права Уније, при чему је веома битна улога Европског суда за људска права,³⁶⁹ али пре свега Европског суда правде.³⁷⁰

Европски суд правде³⁷¹ значајно учествује у дефинисању великог броја начела управног права која су заједничка за земље чланице, при чему су материјална начела управног права у највећем броју случајева и општа правна начела Уније. Позивањем на ова општа правна начела могу се оспоравати како појединачне одлуке, тако и опште одлуке органа Уније. Наиме, општа правна начела представљају обавезујућа правна правила која су судови дужни да примењују без обзира на то да ли на њих изричито

³⁶⁶ Дарио Ђерђа, *Правила управног поступка у европском праву*, Правни факултет Свеучилишта Ријека (1991) в. 33. бр. 1, 109. – 144., 2012. стр. 117.

³⁶⁷ Д. Авиани, исто, стр. 175.

³⁶⁸ Стеван Лилић, *Европски суд правде и управно право Европске уније*, Правни капацитет Србије за европске интеграције, Правни факултет, Београд, 2007. стр. 22. до 36.

³⁶⁹ Више: Зоран Лончар, Дејан Вучетић, *Принцип сразмерности у европском и српском праву, управноправни аспекти*, часопис за друштвене науке „Теме“, Ниш, 2013, стр. 1617. - 1642.

³⁷⁰ Стеван Лилић, Катарина Голубовић, *Европско управно право*, Правни факултет, Београд, 2011. стр. 58.

³⁷¹ Званични назив суда је Суд правде Европских заједница са сједиштем у Луксембургу, а познат је под различитим називима: Европски суд правде, Суд Европске уније (*прим. аут.*).

упућују оснивачки уговори.³⁷² Европски суд правде је надлежан и за давање мишљења о „претходном питању“ у вези са применом Уговора, као и да даје тумачење аката које су донели органи Уније. Суд је у обавези да на захтев националних судова донесе одлуку о претходном питању, против које нема правног лека у домаћем правном систему. Према томе овај суд има улогу и управног суда.³⁷³ Пракса Европског суда правде познаје више случајева који су за предмет имали спор из јавноправних уговора.

Правни оквир Уније којим је регулисана додела јавних уговора, се дакле темељи на општим начелима која произлазе из Уговора о оснивању Европске заједнице, те из судске праксе Европског суда правде, попут транспарентности, једнаког третмана, слободе тржишног надметања и недискриминације.

Оснивачки уговори Европске уније „препознају“ јавне услуге, односно јавне службе, а једно од основних обележја теоријског схватања управних уговора, управо лежи у схватању да су то уговори који се закључују између јавноправног и приватноправног тела ради обављања делатности од јавног интереса, односно обезбеђења вршења јавних услуга грађанима. Уговор из Лисабона, у једном од додатних протокола (Протокол о услугама/службама од јавног интереса),³⁷⁴ посебно наглашава важност услуга односно обављања делатности од јавног интереса истичући да заједничке вредности Уније повезане са услугама од општег односно јавног значаја, укључују нарочито: 1) важну улогу и велику слободу одлучивања националних, регионалних и локалних власти у осигурању, наручивању и организацији економских услуга од општег значаја које су у највећој мери повезане са потребама корисника; 2) различитост разноврсних услуга од општег економског интереса као и разлике у потребама и склоностима корисника које могу произилазити из различитих географских, социјалних и културних околности; 3) висок ниво квалитета, сигурности

³⁷² С. Лилић, К. Голубовић, стр. 64. и 65.

³⁷³ Упоредити: Исто, стр. 51. и 52; и Д. Миленковић, стр. 105. и 106.

³⁷⁴ Упоредити: *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007. Protocol on Services of general Interests Official Journal of the European Union C-306/159*. Н. према: Д. Миленковић, стр. 107. и 108.

и доступности таквих услуга, једнак третман и обезбеђење универзалног приступа и права корисника. Одредбе овог Уговора ни на који начин не утичу на надлежност држава чланица да пружају, наручују и организују непривредне услуге од општег интереса.³⁷⁵

Додела уговора о јавној набавци уређена је са две посебне директиве: Директивом 2004/18, која уређује набавке такозваних „класичних“ наручилаца (класични сектор),³⁷⁶ и Директивом 2004/17 која уређује набавке наручиоца односно субјеката који делују на подручју водооснабдевања, енергетике, промета и поштанских услуга (услужни сектор).³⁷⁷ Директива 2004/18 уређује и концесије за јавне радове у подручју примене те Директиве.³⁷⁸

Три су основне карактеристике јавних уговора: прво, у субјектима уговора, друго, у циљу и сврси због којег се уговор закључује, и треће, у посебним правилима која вреде при закључивању и извршавању ових уговора. Прва карактеристика јавних уговора јесте да је једна страна увек јавноправно лице: држава, јединица регионалне или локалне самоуправе и њихова тела, али исто тако и правна лица која се у целости, или у одређеном значајнијем делу финансирају из државног буџета или другог јавног буџета (јавне установе, јавна предузећа и др.). Закључењем таквог уговора јавноправно тело жели остварити одређени јавни интерес, који може бити различит, а у основи се своди на задовољење одређене јавне потребе. Посебности норми којима се уређују јавни уговори односе се углавном на поступак који претходи избору приватноправног субјекта и на сам избор тог субјекта којем ће се понудити склапање таквог уговора, на

³⁷⁵ Д. Миленковић, исто.

³⁷⁶ *Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004.*, досупно на: <http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2004/18/oj> (10.02.2015); Директива се односи на тзв. „класични сектор“ односно на поступак за доделу уговора о јавним радовима, уговора о јавној набавци робе и уговора о јавним службама (*напом. аут.*)

³⁷⁷ *Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004.*, Досупно на: <http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2004/17/oj> (10.02.2015).

³⁷⁸ Упоредити: Д. Авиани, исто, стр.175.

питања правне заштите субјеката којима није понуђено закључење таквог уговора, на поступак измене уговора током трајања уговорног односа и друго.³⁷⁹

Аутор наводи да *Борковић* ову врсту уговора назива „управни уговор“ према француској концепцији „*contrat administratif*“. Он управни уговор оквирно дефинише као двострани правни акт који држава, односно друго јавноправно тело закључује с трећим лицима (физичким или правним) у сврху остваривања циља од ширег друштвеног интереса, а под условима утврђеним посебним прописима.³⁸⁰

Сматрамо да је Борковићева теза да су јавноправни уговори, уствари управни уговори, потпуно аргументована. Као што је наведено у претходном делу, све најважније карактеристике управног уговора које се односе на: 1) субјекте, 2) циљ и сврху због којег се уговор закључује и/или 3) посебна правила која вреде при закључивању и извршавању ових уговора, су заступљени у јавноправним уговорима.

Бројне су одлуке Европског суда правде у којима је утврђено да се у случају када додела јавног уговора није уређена или је само делимично уређена директивом или другим правним актом, примењују општа правна начела.³⁸¹ То је посебно случај доделе неких концесија за градњу ако је вредност радова испод одређеног цензуса, или за градњу у тзв. комуналном сектору, концесија за пружање јавних услуга, уговора о јавно-приватном партнерству, уговора о јавној набавци чија је вредност испод одређеног финансијског цензуса.

Од посебног је значаја за примену општих начела судска одлука *ЕСЈ*-а у случају *C-324/98 од 7. децембра, 2000. год. - „Teleaustria“*³⁸²

³⁷⁹ Исто, стр. 176. и 177.

³⁸⁰ И. Борковић, *Управни уговори*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 30, бр. 2, 1993., стр. 423. Н. према: Д. Авиани, стр. 176.

³⁸¹ Исто, стр. 178.

³⁸² Исто.

Оквир бр. 10. Случај „Teleaustria“

Прелиминарно мишљење Суда исказано у судској одлуци ЕСЈ-а у случају C-324/98 од 7. децембра 2000. год, „Teleaustria“, које је затражио Bundesvergabeamt – Austria (Савезна канцеларија за јавне набавке), односило се на тумачење примене директиве 92/50/ ЕЕС (којом су тада били регулисани поступци доделе уговора о јавној служби, затим директиве 93/38/ ЕЕС (којом су тада били регулисани поступци доделе уговора о јавној служби у подручју телекомуникација) и примене правне тековине Европске заједнице на поступке доделе концесије за јавну службу. Наиме, Teleaustria, као правни следбеник Post & Telegraphenverwaltung (Поштанска и телеграфска управа) објавила је у Службеном гласнику Аустрије позив за подношење понуда за доделу концесије (public service concession) за публикување телефонског именика, те је склопила уговор о концесији с Herold Business Data AG за производ и публикацију телефонског именика. Радило се о испуњењу обавезе из Закона о телекомуникацијама (Telekommunikationsgesetz, BGBl. I No 100/1997). Telekom Austria и Telefonadress, незадовољни поступком Teleaustrije о додели концесије Heroldu, упутили су жалбу Савезној комисији за контролу поступака јавне набаве (BundesVergabekontroll-kommission), а потом и Савезној канцеларији за јавне набавке. Суд је заузео став, као прво, да је такав уговор у надлежности националног правосуђа и друго, да се на овај уговор о концесији услуга не примењују горе наведене директиве, али да се на поступак доделе таквог уговора примењују основна правила Оснивачког уговора, те начела недискриминације и транспарентности. Обавеза транспарентности која је наметнута уговорним странама састоји се у осигурању довољног степена оглашавања да се осигура отвореност тржишта услуга надметању, за добробит потенцијалних понуђача, и могућност контроле процедуре јавне набаве.

Начело транспарентности је посебно значајно јер његова доследна примена помаже у спречавању давања предности одређеним добављачима или потенцијалним концесионарима или дискриминације појединих понуђача за склапање јавног уговора.

Начело пропорционалности или сразмерности значи да јавна управа не сме грађанину или правној особи наметати веће обавезе него што је то у јавном интересу строго нужно да би се остварио циљ мере. Ако су наметнути терети очито несразмерни циљу који се има на уму, такву меру Суд поништава као меру која је противна начелу сразмерности (пропорционалности). Другим речима, свака подузета мера мора бити потребна и примерена за постизање објективног циља. У поступцима доделе јавних

уговора посебно је значајно да одређивање услова које требају задовољити понуђачи, не смеју бити непримерени односно непропорционални предмету уговора.³⁸³

Пример примене општих правних начела као што је начело једнаког третмана, налазимо и у пресуди Европског суда правде у случајевима *Storebaelt*³⁸⁴ и *Walloon Buses*.³⁸⁵

Оквир бр. 11. случајеви *Storebaelt* и *Walloon Buses*

У одлукама у предметима Storebaelt и Walloon Buses Суд је имао прилику одредити опсег начела једнаког третмана у подручју јавне набавке те утврдио да то начело захтева, прво, да све понуде буду у складу са спецификацијама наручиоца, како би се гарантовала објективна упоредба понуда, и друго, да наручилац криши то начело и нарушава транспарентност поступка ако поједином понудиоцу допусти да накнадно измени понуду и тиме стекне предност пред конкурентима. Надаље, Суд примећује да „поступак упоредбе понуда мора у свакој фази бити у складу с начелом једнаког третмана понуђача и начелом транспарентности, како би сви понуђачи имали једанке могућности у фази састављања понуде.

Кад је у питању додела уговора о концесији тада је посебно битно још и питање трајања концесије. Временско трајање концесије није нигдје у правној тековини Европске заједнице изричито ограничено. Међутим, дужина трајања концесије је ограничена начелом пропорционалности, што значи да трајање концесије треба бити пропорционално дужини обрта капитала у одређеној области. Концесија треба трајати онолико дуго колико је потребно да се уложени приватни капитал врати уз остварену „примерену“ добит.³⁸⁶ Начело сразмерности (пропорционалности) такође захтева равнотежу између захтева конкурентности и финансијске стабилности; трајање се мора

³⁸³ Д. Авиани, *Тржишно дјеловање јавноправних тијела и јавни уговори према правној стечевини Европске заједнице*, у Зборнику радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Правни факултет, Мостар, 2007. стр. 169. – 187. Доступно на:

http://www.pravst.unist.hr/dokumenti/novosti/blog/blog_dodfile_trzisno_djelovanje_javnopravnih_tijela.pdf

³⁸⁴ Case C-243/89, *Storebaelt*, Н. према: Авиани, исто.

³⁸⁵ Case C-87/94, *Walloon Buses*, Н. према: Исто.

³⁸⁶ Д. Авиани, исто.

одредити на начин који не ограничава слободно тржишно надметање више него што је то нужно како би се осигурала амортизација улагања и разуман поврат уложеног капитала, уз добит коју очекује концесионар, истовремено узимајући у обзир ризик који је повезан с привредним коришћењем концесионара.³⁸⁷

2.2. Правни режим и врсте управних уговора у праву Европске уније

Европска унија у својим правним прописима регулише неколико врста јавних уговора: 1) уговори о јавним набавкама радова, роба и услуга; 2) уговори о концесији и 3) уговори о јавно-приватном партнерству. Већ је наведено да је додела уговора о јавној набавци уређена са директивама 2004/17 и 2004/18.

Субјекти примене ових директива су: прво, традиционална тела (органи) јавне власти: државна, регионална или локална тела, и друго, правна лица која су субјекти јавног права. Правна лица као субјекти јавног права су она која су основана ради специфичне сврхе, задовољења општег (јавног) интереса, а које немају индустријски или комерцијални карактер“ и које су такође: финансирана највећим делом од стране државе, регионалне или локалне власти или другог тела (органа) које је субјект јавног права, или су субјекти надзора од стране државе, регионалне или локалне власти или другог тела (органа) које је субјект јавног права, или имају управно, или надзорно тело чију натполовичну већину чланова именује држава, регионалне или локалне власти или друго тело које је субјект јавног права.³⁸⁸ Уговори на које се примењују наведене директиве су, прво, уговори о јавним набавкама, и друго, уговори о концесијама за јавне радове у тзв. „класичном сектору“.

Јавне уговоре који се појављују у праву Уније, а који се односе на јавне набавке, карактерише да се у улози наручиоца као уговорна страна појављује јавноправно тело, а друга уговорна страна се појављује у улози извршиоца (извођача) јавних радова,

³⁸⁷ Court of First Instance, Case T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV, Н. према: Исто.

³⁸⁸ Д. Авиани, *Правна заштита* [...] стр. 179.

набављача робе или пружања услуга. Јавноправна страна, најчешће управни органи, али и друга јавноправна тела или други субјекти са јавноправним овлашћењима, проводе процедуру поступајући по посебном прописаном поступку јавне набавке како у делу који претходи закључењу јавног уговора, тако и код самог закључења уговора. Уговорна форма је обавезно писмена форма, а јавноправна страна задржава повољнији (повлашћени) положај у односу на другу уговорну страну.³⁸⁹

Уговори о јавним набавкама, у смислу наведених директива, дефинишу се и као наплатни уговори склопљени у писаном облику између једног или више привредних субјеката и једног или више наручилаца и који имају за предмет извођење радова, испоруку робе или пружање услуга. Уговори о јавним набавкама укључују три категорије: уговор о јавној набавци радова; уговор о јавној набавци роба и уговор о јавној набавци услуга. Уговори о јавним радовима су уговори о јавној набавци чији је предмет извођење грађевинских радова или пројектовање, или обоје. Уговори о јавној набавци робе су јавни уговори који нису уговори о јавним радовима, а чији је предмет куповина, узимање у најам, давање у закуп, отплата у ратама, са или без опције куповине производа. Уговори о јавним услугама су уговори који нису уговори о радовима или роби, а чији је предмет пружање услуга.³⁹⁰

Наведене директиве дефинишу и концесије, разликујући два типа: а) концесије за јавне радове и б) концесија за јавне услуге. Концесија за јавне радове је уговор истог типа као и уговор о јавним радовима, а разликује се само у чињеници да се накнада за радове који се изводе састоји или само од права на искоришћавање радова, или од тог права заједно с плаћањем. Из ових дефиниција различитих уговора о јавној набавци и

³⁸⁹ Члан 1. (2) Директиве 2004/18. Више: М. Лемке, н. д.; Авиани у вези критеријума за ову поделу наводи да је она извршена према неким елементима у садржају јавног уговора, као што су: питања финансирања изградње или пружања услуга или питање расподеле одређених ризика (нпр. ко сноси ризике расположивости грађевине, односно услуге крајњем кориснику, пада потражње и др.). Д. Авиани, *Правна заштита* [...] стр. 117.

³⁹⁰ Д. Авиани, Исто, стр. 179.

уговора о концесији произлази да су то уговори истог типа, дакле, јавни уговори. Међутим, основна разлика међу њима је у питању финансирања јавних радова, односно пружању услуга. Код уговора о јавној набавци, обавеза финансирања је на страни наручиоца, а код концесије, обавезу финансирања радова, односно услуга има концесионар, дакле привредни субјект, а не јавноправни субјект. Међутим, концесионар наплаћује радове, односно услуге од крајњег корисника и тиме враћа уложени капитал и остварује одређену примерену добит.³⁹¹

Иако ове директиве садрже дефиниције обеју концесија, Директива 2004/17 не уређује ни концесију јавних радова ни концесију услуга у подручју њене примене. („*utilities*“ sector). Једино Директива 2004/18 уређује концесију јавних радова у тзв. „класичном сектору“. Дакле, директивама се уређује једино концесија јавних радова у класичном сектору, а искључене су директиве из примене на концесију јавних радова у подручјима водоснабдевања, снабдевања енергијом, транспорта и поштанских услуга, те на концесију јавних услуга у свим подручјима.³⁹²

Јавно-приватно партнерство (*Public-Private Partnerships - PPP*) представља облик сарадње јавног и приватног сектора који је тек у новије време дефинисан у праву Европске уније. Наиме, Европска комисија је 2004. године издала посебан документ под називом Зелена књига о јавно-приватним партнерствима и праву Заједнице о јавним уговорима и концесијама.³⁹³ Према овом документу јавно-приватно партнерство

³⁹¹ Под одређеним условима, нпр. у зависности од тржишних прилика или других околности, у делимичном финансирању обавеза из концесионог уговора може учествовати јавноправни субјект (субвенционисање). Ово је случај када јавна управа одлучи да сноси део трошкова остварења концесије како би снизила цену за корисника (осигурала тзв. „социјалну“ цену). Ипак, наведене околности не утичу на постојање основне разлике између јавне набавке и концесије, односно не мењају природу уговора о концесији. Више: Д. Авиани, стр. 180.

³⁹² Д. Авиани, исто.

³⁹³ *Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30. 4. 2004.* Доступно на:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52004DC0327>

се односи на облик сарадње између јавних власти и света бизниса чији је циљ да обезбеди финансирање, изградњу, реновирање, управљање или одржавање инфраструктуре или пружања услуга. Овај документ је значајан и зато што Комисија такође констатује и уочава да је јавно-приватно партнерство у уској вези са појмом јавне службе.³⁹⁴

Основна два модела јавно-приватног партнерства су уговорно и институционално јавно-приватно партнерство. Код уговорног, партнерство се заснива искључиво на уговору. Ради се о јавном уговору од којих су најзначајнији BOT - *Build-operate-transfer* (изградња-управљај- пренеси), и PFI - *Private Finance Initiative* - (приватна финансијска иницијатива - ПФИ).³⁹⁵ Код првог модела, приватни партнер пружа услуге грађанима уместо јавног партнера иако се налази под његовом контролом, а приватни партнер се финансира из накнаде коју наплаћује од корисника која може бити субвенционисана од стране јавне управе, те је он у ствари концесиони модел, јер је могућ само код тзв. комерцијалних пројеката (изградња железничке инфраструктуре, путева, система водоснабдевања и сл.) Код другог, ПФИ модела, приватни партнер гради или управља инфраструктуром за јавног партнера, наплаћује услуге (грађевину или јавну службу) од јавног сектора у виду закупа, а не од крајњег корисника. Плаћања јавног сектора могу бити фикса или варијабилна и он је примењив код некомерцијалних пројеката (као што су школе, зграде факултета, болница, затвора и др.) Ако се чисто уговорно партнерство у Зеленој књизи одређује као чин доделе јавног уговора, то се на уговорне моделе јавно-приватног партнерства, посебно на избор партнера и закључење уговора, примењују Директиве о јавној набавци. Концесиони модел јавно-приватног партнерства (BOT), реализује се према одредбама које се односе на концесије. Дакле, нема посебних правних одредби у правној тековини

³⁹⁴ Тако се наводи да су „[...] јавне власти поставиле партнерске структуре са приватним сектором, нарочито на локалном нивоу, те да јавне службе које се баве управљањем отпадом или водама, дистрибуцијом енергије и друго, све чешће јесу поверене предузећима која могу бити јавна, приватна или у њиховој комбинацији [...]“ Д. Миленковић стр. 112.

³⁹⁵ Д. Авиани, *Правна заштита* [...] стр. 182.

Европске заједнице које би се имале применити само на јавно-приватно партнерство.³⁹⁶

Ипак, примењујући исти филтер при одређивању правне природе уговора о јавној набавци, уговора о концесијама и уговора о јавно-приватном партнерству, који се односи на критеријум субјеката, критеријум циља и/или постојање дерогативне клаузуле, сматрамо да сви наведени уговори испуњавају наведене критеријуме. Наиме, код свих ових уговора један од субјеката је јавноправно тело; основни циљ овог уговора је остварење јавног интереса, најчешће кроз вршење јавне службе; постојање посебних (дерогативних) клаузулула, које одступају од режима приватног права. Видели смо да све три врсте уговора према својим карактеристикама, и поред појединих специфичности, испуњавају ове критеријуме, па можемо говорити, да су наведени јавни уговори уствари управни уговори.

2.3. Правна заштита управних уговора и решавање спорова

Захтеви који се постављају за правну заштиту у оквиру подручја доделе одређених јавних уговора регулисани су двома, у важнијим тачкама подударним директивама Европске Уније о правним лековима: Директивом 89/665/ЕЕЗ, која се односи на правну заштиту у тзв. класичном сектору, Директивом 92/13/ЕЕЗ, која се односи на правну заштиту у услужном сектору, те Директивом 2007/66/ЕЦ, којом се мењају и допуњавају наведене две смернице о правним лековима. Директивама се постављају одређени захтеви којима морају удовољити државе чланице приликом регулисања правне заштите у свом националном законодавству: захтеви који се односе на квалитет правне заштите, захтеви који се односе на институције које проводе правну заштиту и на њихове запосленике, захтеви који се односе на оквирна овлашћења институције које проводе правну заштиту, те захтеви који се односе на поступак који се води пред институцијама за правну заштиту. Надаље, директиве о правним лековима садрже правила и начела које је држава чланица дужна осигурати преносом тих

³⁹⁶ Исто, стр. 182. и 183.

директива у националном праву, као и оне одредбе које држава-чланица може, дакле, не мора пренети у своје национално законодавство.³⁹⁷

У поступцима доделе управних уговора могуће су различите повреде права заинтересованих субјеката за добијање тог уговора, било да се ради о јавној набавци, концесијама или јавно-приватном партнерству. Повреде субјективних права увек су последица одређених грешака јавноправног тела. Другим речима, увек је јавноправно тело, дакле, тело које додељује уговор, одговорно за придржавање, како одговарајућих начела тако и прописаних правила. Повреде субјективних права могуће су у свакој фази поступка доделе управног уговора. Повреда права могућа је већ код доношења одлуке да се крене у поступак јавне набавке или доделе концесије односно у пројекат јавно-приватног партнерства, потом у поступку одабира понуђача (добављача, концесионара, приватног партнера), затим приликом закључења јавног уговора, па чак и током трајања уговорног односа. Повреде субјективних права у правилу су последица неусклађености документације за надметање (нарочито техничке спецификације) са законом, која би могла довести или доводи до дискриминације понудиоца или ограничења тржишног надметања, до грешака у вези с јавним објављивањем конкурса, избором понуде која није најповољнија, накнадном изменом уговора сагласношћу уговорних странака, што у правилу нарушава начело једнакости поступања, и др.³⁹⁸

Надлежност за решавање спорова у вези са јавним уговорима је препуштена државама чланицама. Оне ово питање могу да уређују својим прописима у складу са својим правним системом, укључујући и законодавство које регулише надлежност судова. Тако, као што је наведено у претходном делу, за судове у Француској управни уговори су уговори јавног права, по чијим споровима решавају управни судови на основу норми јавног права. У новом законодавству Хрватске такође је за спорове у вези управних уговора надлежно управно судство, осим за утврђивање накаде штете настале у вези са управним уговорима, у ком су случају надлежни судови опште надлежности.

³⁹⁷ Д. Авиани, *Посебности управних уговора* [...] стр. 361. и 362.

³⁹⁸ Исто, стр. 362.

У Белгији спорове у вези са управним уговорима решавају судови опште надлежности према нормама приватног права, уз одређена одступања истакнута кроз посебне законе. На основу овога се види да државе чланице надлежност за решавање спорова насталих у вези са управним уговорима, прилагођавају свом правном систему.

3. УПРАВНИ УГОВОРИ У АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВУ

Институт управног уговора у различитим временским периодима под различитим називима јавља се у правним системима више *civil law* земаља, а „у специфичном облику јавља се и у *common law* земљама“ као посебна институција паралелна грађанскоправном уговору.³⁹⁹ У систему англосаксонског права најистакнутији су правни системи Велике Британије и Сједињених Америчких држава (САД). Заједничко за земље англосаксонског (англоамеричког) правног подручја, на којем по традицији предњачи енглеско право, је да не познају посебан институт управног уговора, или бар га не познају у облику који је присутан у правима земаља западне Европе. У наредном делу рада биће приказана најзначајнија обележја уговора јавне управе, (уговора који имају обележја управних уговора) у Великој Британији, односно Енглеској као њеном представнику, и у САД-у, који су, иако припадају истој породици великих правних система, питање управних уговора решавали на нешто другачији начин.

3.1. Уговори јавне управе у правном систему Велике Британије

Борковић, као разлог непостојања европске верзије института управног уговора у англосаксонском праву, види у чињеници што, посебно у праву Велике Британије, вреде правила опшег права (енгл. *common law*) која се једнако примењују и на појединце и јавне власти, и независно од тога на основу каквих се аката или радњи развијају њихови међусобни односи. Кад је реч о уговорима, то значи једнаку примену опшег

³⁹⁹ Борче Давитковски, *Појам управних уговора и њихово место у македонском правном систему*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Тематски број посвећен Славољубу Поповићу, LVII, Ниш, 2011. стр. 2.

права без обзира на чињеницу је ли реч о уговору у којем је једна од уговорних страна јавноправно тело или је реч о уговору који међусобно закључују појединци.⁴⁰⁰

Спорове из таквих уговора решавају исти судови, а не посебни управни судови.⁴⁰¹ Тако се у теорији наводи став „да оно што је за француског правника потпуно јасно одређено правно подручје и потпуно јасно дефинисан правни појам и однос, за енглеског правника нема уопште никакво правно значење“.⁴⁰²

Сходно наведеном, јасно је да у британском правном систему не постоје ни посебни правни прописи који се примењују на управне уговоре, као што је то случај у Француској. Према томе, у Британији, управни уговор начелно не постоји, већ су сви уговори које закључује држава подвргнути општем правном режиму приватног права. Надлежност за решавање спорова који проистичу из оваквих уговора припада редовним грађанским судовима.⁴⁰³

Ипак, иако је појам француског института управног уговора остао непознат енглеској доктрини и енглеској судској пракси, јавна управа се несметано развијала, као и управе у земљама континенталног права. Питање је да ли су енглески судови држећи се строго оквира приватног права и не користећи еластичнији институт управних уговора имали тежи посао у решавању конкретних случајева, и да ли су

⁴⁰⁰ Више: Иво Борковић, *Управни уговори*, у Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 2. вол. 30, Сплит, 1993. стр. 417. Н. према: Д. Ђерђа, *Уговор о концесији* [...] стр. 111.

⁴⁰¹ Д. Ђерђа, *Уговор о концесији*, стр. 111. Аутор наводи да је у саставу *common law* разлика између јавног и приватног права нестала већ у XIV веку, али да у француској правној теорији поједини аутори поред истицања разлике између енглеског и француског права, истичу да се и у енглеском праву многе специјализовани судови за разне односе између јавности и управе који приближавају енглеско управно право француском, што је најбоље приказано у: Р. Давид, *Увод у приватно право Енглеске*, Институт за упоредно право, Београд, 1960. стр. 191. - 194.

⁴⁰² Бранко Вукмир, *Правни аспекти концесија*, Право и порези, бр. 12, вол. 9, Загреб, 2000. стр. 16. н. према: исто.

⁴⁰³ E.C.S. Wade, A. W. Bradley, *Constitutional and administrative Law*, 10th edition, London - New York, 1985. стр. 687. Н. према: Д. Миленковић, *Управни уговори* [...] стр. 81.

управа и грађани ускраћени за непосреднију и ефикаснију сарадњу кроз овакав вид уговорноправне сарадње. Иако енглеско право не познаје институте сличне управном уговору у француском праву, неки аутори сматрају да се практично могу постићи исти резултати због тога што по правилу министарства закључују уговоре на основу тачно утврђених стандардних правила и услова. Ови стандарди признају извесна права држави као саговорачу, нпр. стандарде министра рада о изградњи.⁴⁰⁴

У Великој Британији постоји тенденција стварања теорије о јавним или управним уговорима. Међутим, она није константна. Одсуство аутономног појма управног уговора ствара тешкоће у примени и настанку уговора које закључују органи јавне власти. Нееластичност управних уговора има за последицу појаву да управа у Великој Британији тежи да регулише своје поступање управним и дискреционом методама.⁴⁰⁵

3.2. Уговори јавне управе у правном систему САД

Уговори јавне управе у САД се разликују како од француског модела тако и од уговора у правном систему Британије. У САД управни уговори се углавном доводе у везу са јавно-приватним партнерством и уобичајено се зову уговори који се односе на пружање услуга јавне управе (тзв. *service contracting*).⁴⁰⁶ Ови уговори добили су у последњих неколико деценија значајно место нарочито на нивоу америчких федералних јединица, округа и градова.⁴⁰⁷

Уговарање услуга је један од термина који се користи у вези са уговарањем услуга локалне управе са другим субјектом, јавним или приватним. Постоје и други термини, као на пример *уговарање или ауторитативно пружање услуга*, а користи се и

⁴⁰⁴ С. Поповић, *О управним уговорима* [...] стр. 147. –152. Н. према: М. Стојановић, стр. 310.

⁴⁰⁵ М. Стојановић, стр. 311.

⁴⁰⁶ Wendy Netter Epstein, *Contract Theory and the Failures of Public- Private Contracting*, Chicago-Kent College of Law, 2013. стр. 6. Н. према: Д. Миленковић, стр. 83.

⁴⁰⁷ Упоредити: Donald F. Harney, *Service Contracting – A local Government Guide*, International City/County Anagement Asociation – ICMA, Washington DC 1992. Н. према: Исто.

термин *приватизација*, иако је он технички погрешан уколико се односи само на уговарање услуга. Каква год је терминологија, локална управа је годинама користила уговарање услуга, а по свему судећи и наставиће се у том правцу, а у будућности се очекује њихова даља експанзија.⁴⁰⁸ Уговарање постаје важан начин обезбеђивања јефтинијих, ефикаснијих и бољих услуга. Јавна управа је та која поставља стандарде, контролише начин рада и ефекте ових уговора и услуга које су њихов предмет регулисања. Многобројна су емпиријска истраживања која за предмет имају утврђивање ефикасности уговорног обезбеђења јавних услуга, као и утицај облика својине вршиоца услуга као уговорне стране на њихову ефикасност. Као најмеродавнији елемент за мерење ефикасности узета је цена услуга по домаћинству. У теорији доминира став да ове студије врло поуздано потврђују да најповољнију цену услуга за потрошача обезбеђује уговорни облик који закључују јавне власти са једне стране, и приватно-правни субјекти као вршиоци услуга са друге стране.⁴⁰⁹

У наредном делу рада ће бити приказани подаци настали истраживањем неких карактеристичних услуга у градовима САД, за које можемо рећи да у упоредном праву, посебно земаља континенталне Европе, најчешће представљају јавне услуге које се обављају на основу управног уговора. Анализа ових података треба између осталог да са емпиријског аспекта да одговор на питање о ефикасности вршења услуга од јавног интереса путем уговорних облика сарадње јавне управе са приватним сектором, који имају значајна обележја управних уговора. У ову сврху коришћени су подаци из истраживања које је провео *E. S. Savas* у вези услуга прикупљања смећа у већем броју америчких градова, чијом анализом се може одредити степен ефикасности различитих модалитета према којима се те услуге врше.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Исто.

⁴⁰⁹ Упоредити: Снежана Ђорђевић, *Власти у акцији - свет јавних услуга*, Београд, 2008. стр. 153. – 156.

⁴¹⁰ *E. S. Savas, An Empirical Study on Competition in Municipal Service Delivery*, *Public Administration Review* 37, November/December 1977. стр. 717. - 724; Више: Снежана Ђорђевић, *Власти у акцији* [...] стр. 154. - 156;

У овом емпиријском истраживању проведеном још 1977. године, (када је „приватизација“ била такође већ коришћена као инструмент у пружању разних услуга), анализирана је ефикасност вршења услуга прикупљања смећа у 317 градова у САД-у. Може се закључити да ова услуга није узета случајно као предмет истраживања. Наиме, сакупљање, складиштење и рециклажа смећа је изузетно динамична, а компаније које се баве овом делатношћу су међу најзначајнијим у САД па и свету.⁴¹¹

Подаци прикупљени наведеним истраживањем су приказани у наредној табели. Они указују на различите ефекте разних модела пружања услуга (општинска јавна предузећа, склапање уговора са приватном фирмом, франшизом и коначно монополски, од стране приватног предузећа). У табели је приказана дистрибуција разних типова скупљања смећа у појединим градовима, дата је просечна цена сваког типа вршења ове услуге и ради поређења цена понуђени су показатељи у односу на најповољнији модел.

Табела бр. 2. *Годишње цене по домаћинству за прикупљање смећа у градовима САД*

Тип скупљања смећа	Просечна цена (\$)	Однос према најповољ. начину (уговорно)	Број градова
Општинско	32,08	1,15	102
Уговорно	27,82	1,00	68
Франшиза	29,74	1,07	59
Приватно	44,67	1,61	86

Извор: E. S. Savas, *An Empirical Study on Competition in Municipal Service Delivery*, Public Administration Review 37, November/December 1977. p. 717. - 724. Н. према: Снежана Ђорђевић, *Власти у акцији - свет јавних услуга*, Београд, 2008. стр. 156. (преузео и прилагодио: З. Филиповић.)

⁴¹¹ Тако се нпр. наводи да је корпорација *Allied Waste* са седиштем у *Scottsdale* (Аризона) крајем 1999. године имала 340 компанија за скупљање смећа и 95 фабрика за рециклажу у 42 земље, те је само у прва три месеца 2000. године имала обрт од 1,4 милијарде долара. О овоме видети више у: С. Ђорђевић, н. д. стр. 174. - 175.

С. Ђорђевић истиче да подаци добијени истраживањем говоре да су у то време, у највећем броју градова, ове услуге пружала јавна, општинска предузећа, док су приватна предузећа пружала дате услуге у нешто мањем броју.⁴¹²

Оно што је од посебног значаја за тему дисертације, је да је на основу приказаних података у табели 2. очигледно да уговорни облик пружања услуга (уговор између јавне управе и саговорача - вршиоца јавне услуге) обезбеђује најниже цене корисницима услуга. Ова предност је уочена и од саме јавне управе па је значајан број градова (68 од 317) или преко 33% (1/3) имао уговорни облик као најпогоднији за сакупљања смећа, што је још значајније када се узме у обзир година из које су подаци, дакле време када је уговорни облик сарадње јавног и приватног сектора био тек у развоју.

У табели бр. 3. допуњавају се подаци наведени у претходном делу о ефикасности различитих начина вршења услуге прикупљања смећа, као и преглед предности и веће ефикасности коју обезбеђује приватизација у обављању разноврсних локалних услуга, уз напомену, као што је већ наведено да термин приватизација у овом случају не значи промену својинског облика, него закључење уговора о вршењу услуга са приватним субјектом.

⁴¹² Ауторка у овом делу као интересантно наводи да је цена ове услуге виша код приватног предузетника, да се овај податак понавља у многим студијама сличне врсте, на основу чега извлачи закључак да сама приватизација (овај пут у погледу својинског облика, *прим. аут.*), не мора нужно значити виши квалитет уз нижу цену. Ово из разлога што, уколико не постоји конкуренција и приватно предузеће се у стању монопола понаша на сличан начин као и јавно, подижући нерационално високо цену услуга. Истиче се да кад се у обзир узме и слабост координације у поређењу са јавним сектором овај начин може бити лошији чак и од јавног монопола општинског предузећа, *С. Ђорђевић, стр. 154.*

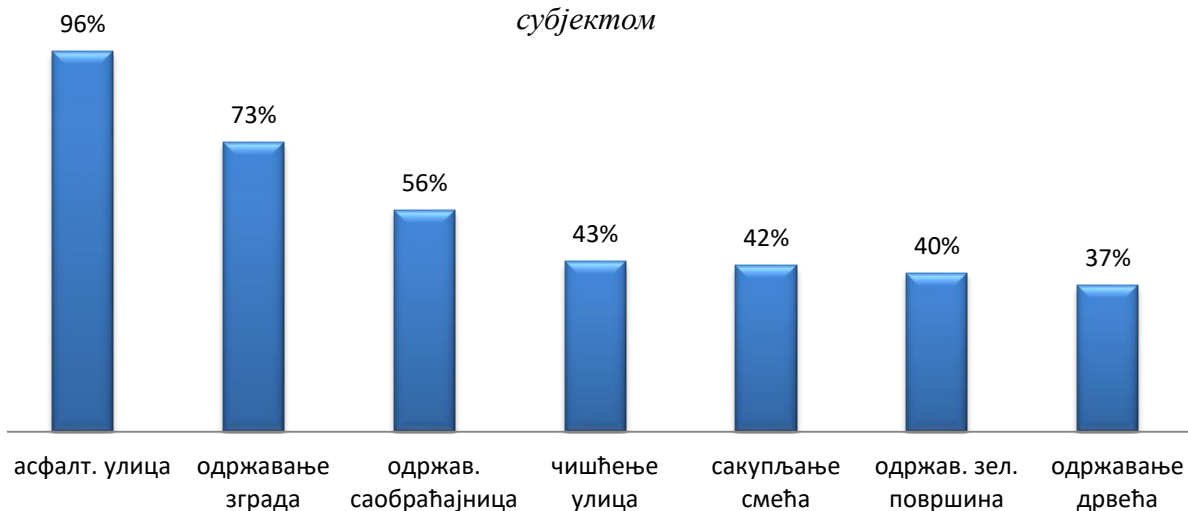
Табела бр. 3. Услуге сакупљања смећа: цена по тони

Тип сакупљања смећа	Цена по тони (\$)	Однос према најповољнијем начину (уговорно)
Општинско	28,80	1,12
Уговорно	25,78	1,00
Франшиза	28,23	1,10
Приватно	38,54	1,50

Извор: Е. S. Savas: *Policy Analysis for Local Government Policy Analysis 3* (Winter 1977). Н. према: С. Ђорђевић, стр. 156. (преузео и прилагодио: З. Филиповић.)

Наведени подаци показују да је и цена услуге сакупљања смећа у корелацији са ценом по тони сакупљеног смећа. Дакле и овде се показало да је уговорни облик вршења наведене услуге најјефтинији, како за грађане, тако и за јавну управу. Поменуто истраживање показује да је слична ситуација и са другим услугама, посебно ако је саговорач јавне управе приватноправни субјект, што се може видети у графикону бр. 1. гдје је приказана предност оваквог модела вршења услуга.

Графикон бр. 1. Дијаграм штедње по уговору са приватним субјектом



Извор података: Barbara Stevens, *Comparing Public and Private Sector Privatization Efficinenci: An Analysis of Eight Activities*, National productivity Review (authomn 1984), стр. 401. Н. према: С. Ђорђевић, стр. 156. (аутор дијаграма: З. Филиповић.)

Подаци наведени у претходним табелама и графиконима, а и резултати низа других сличних истраживања потврђују да је уговорни облик вршења услуга (уговор између општине и приватног вршиоца услуга) и са становишта ефикасности, најповољнији и за уговорне стране и за потрошаче.

Разлоге оваквог стања налазимо у аргументима заговорника коришћења *спољних ресурса од стране јавне управе* који сматрају да је много ефикасније и јефтиније да јавне услуге уместо саме јавне управе врши други субјект. Јавна управа при пружању услуга често слабо функционише и недостаје јој иницијатива која би водила у правцу иновација које би довеле до уштеда. Зато се са монопола у вршењу јавних услуга од стране јавне управе прешло на модел увођења конкуренције, која мотивише субјекте приватног права да испоручују услуге ефикасно и ефективно. Поред тога, док јавна управа мора да се носи са великим бројем запослених, субјекти приватног права имају већу флексибилност да прилагоде број запослених и висину плате, и да по потреби користе приватни капитал.⁴¹³

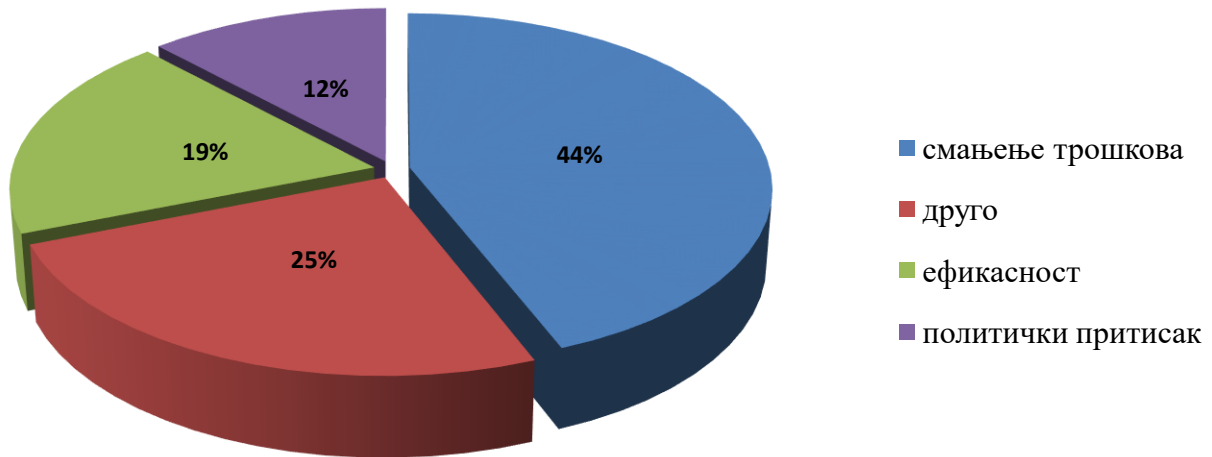
Дакле, иако у врло специфичном облику, пре свега због правног режима у коме егзистира, не може се одбацити чињеница да је удео уговора јавне управе са приватним вршиоцима услуга од јавног интереса (у великој мери са елементима управног уговора) све већи и значајнији у правном систему САД и то пре свега због ефикасности ове форме вршења јавних услуга.

В. Barber у свом раду из 1988. године, представља резултат испитивања великог броја локалних функционера који указују на бројне предности уговарања са приватницима у обезбеђивању јавних услуга, што представља закључак који су донели из сопственог искуства. Њихов општи закључак је да укључивање приватног сектора подиже квалитет услуга⁴¹⁴.

⁴¹³ David Osborne & Ted Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, 1992. стр. 79. Н. према: Д. Миленковић, стр. 84.

⁴¹⁴ С. Ђорђевић, стр. 156.

Графикон бр. 2. *Процена ефеката уговора о вршењу услуга са приватним уговарачем*



Извор података: Bethany Barber, *Privatization, Not just Garbage*, Recycling Times, September 1, 1998. Н. према: С. Ђорђевић, стр. 160. (аутор графикана: З. Филиповић)

Као што графикон показује, скоро половина испитаника сматра да приватизација⁴¹⁵ доноси смањивање трошкова (44%) и повећава ефикасност пружања услуга (19%). 12% испитаника тврди да је приватизација начин смањења политичког притиска јавности који тражи бољи и ефикаснији систем услуга. И коначно ¼ испитаника наводи неке друге разлоге који су углавном последица специфичности њихове средине. Уговори са приватним сектором се препоручују као веома квалитетан инструмент пружања свих врста услуга.⁴¹⁶

У наредној табели приказани су ставови локалних функционера о предностима уговарања општинских услуга.

⁴¹⁵ И овде се појам „приватизација“ користи као синоним за вршења одређених јавних услуга на основу уговора јавне управе са приватноправног уговарачем.

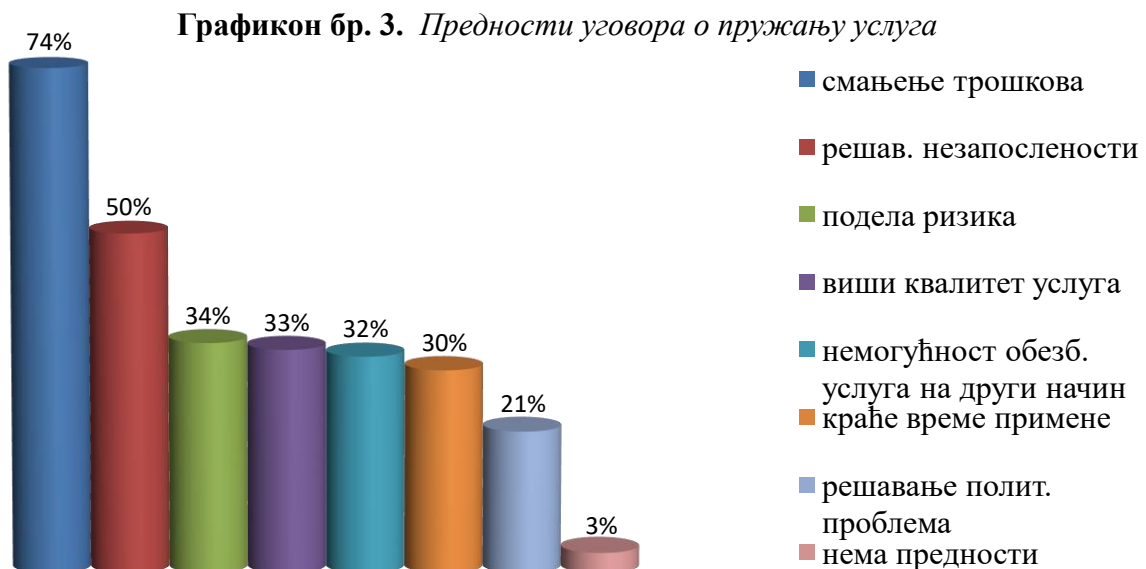
⁴¹⁶ С. Ђорђевић, стр. 160. - 161.

Табела бр. 4. Ставови локалних функционера о предностима уговарања општинских услуга

Предности уговора као облика пружања услуга	Вредновање предности
Смањивање трошкова	74%
Решавање проблема незапослености	50%
Подела ризика	34%
Виши квалитет услуга	33%
Немогућност обезбеђења неких услуга на други начин	32%
Краће време примене	30%
Решавање политичких проблема	21%
Нема предности	3%

Извор: *Privatization in America* (New York: Toche Ross, 1987.), стр. 5. Н. према: С. Ђорђевић, стр. 161. (Преузео и прилагодио: З. Филиповић)

У истраживању је испитаницима постављено питање колико закључење уговора о вршењу јавних услуга има утицаја на поједини сегмент функционисања друштва, односно да ли таква врста уговора има предности у односу на друге видове пружања услуга.



(аутор графикана: З. Филиповић)

Три четвртине испитаника (74%) сматра да уговарање услуга смањује трошкове, половина (50%) сматра да повећава број радних места и директно утиче на смањивање незапослености, док трећина (33%) испитаника сматра да уговори обезбеђују виши квалитет услуга, скраћују време реализације послова и услуга. Такође, око трећине испитаника (32%) сматра да је за одређени тип услуга уговарање једини могући начин реализације и такође да уговори имају веома позитиван ефекат на квалитет услуга јер објективно значе поделу рада, па и ризика. Око петине (21%) функционера је видела склапање уговора као инструмент за решавање локалних политичких проблема што се може повезати и са мотивом код приватизације, да се смањи политичка тензија. Једна од великих предности уговора је његова јавност, отвореност и јасно дефинисање обавеза и права сваке од уговорних страна.⁴¹⁷

У САД је модернизација, приватизација и примена нових технологија променила и начин пружања и других локалних услуга као што су: паркови и рекреација, конгресни и сајамски центри, јавни саобраћај и транспорт, водовод и канализација, градња и одржавање улица, аеродором и здравствене услуге. Кад се ради о скупој технологији која се по правилу не може финансирати само из буџета, многи градови закључују уговоре о јавно-приватном партнерству. Као илустрацију навешћемо неке примере.

Оквир бр. 12. Јавно-приватна партнерства у градовима САД⁴¹⁸

Многи градови као нпр. Indianapolis, San Diego, Simi Valey, Fort Woth, Chandler, не могу сами финансирати рециклирање као неопходну и нову, али и скупу технологију, те закључују уговоре о јавно-приватним партнерствима. Такође и услуге паркова и рекреације као класичне надлежности градских власти у САД, се модернизују и развијају. Тако је New York који је познат по великим и лепим парковима, за свој највећи, Central park формирао фондацију у виду јавно-приватног партнерства, која га одржава. Сличан је случај са меморијалним Park Wollman који је био запуштен,

⁴¹⁷ Исто, стр. 161. и 162.

⁴¹⁸ Geoffrey Segal, Adrian Moor, *Privatizing Landfills: Market Solutionis for Solid Waste Disposal*, Policy Study Number 267. Reason Foundation's Public Policy Institute, Los Angeles, California, 2000. Н. према: С. Ђорђевић, стр. 176.

представљао легло криминала, дроге и проституције што је угрожавало безбедност грађана. Бизнисмен Доналд Трамп је уговором са јавном управом града преузео обавезу да преуреди парк за само 4 месеца. У том периоду је у пројекат унео низ иновација и креативних решења и оспособио парк за његову основну функцију до те мере, „да многи сматрају овај пројекат „чудом“, при чему је приватни уговарач успео чак и уштедети 750 хиљада долара.

Из наведених примера могло би се закључити да су у праву заговорници уговора јавне управе и приватноправних субјеката који доживљавају јавно-приватно уговарање слично пословном уговарању и очекују да јавна управа може да искористи предност тржишних механизма који се нуде у пословним трансакцијама. Међутим, критике јавно-приватног уговарања су такође широко заступљене. Истраживачи и теоретичари критикују ефикасност приватизације јавних услуга, истичу недостатак приватних пружалаца јавних услуга да се придржавају демократских норми и указују на недостатак одговорности и транспарентности у јавно-приватном уговарању.⁴¹⁹

Литература о јавном менаџменту разликује две врсте уговора који се односе на пружање услуга јавне управе (при чему се прави разлика између оних који се односе на државни и локални ниво управљања), једне који се односе на *soft* услуге јавне управе и оне које се односе на *hard* услуге јавне управе. *Hard* услуге су оне услуге које су видљиве, јасно одређене. Наводи се да се оне могу лако прецизирати, да остављају мало простора за доношење слободних одлука, те да њихово делегирање на одређене субјекте узрокује минималне трошкове. Примери ових услуга су уклањање смећа, заштита од пожара или изградња путева. Тако се истиче да је лако утврдити уколико приватна фирма не уклони смеће предвиђеним данима. Скори сви уговори које локална самоуправа закључи са приватним сектором су закључени са циљем пружања *hard* услуга до одређеног нивоа. *Soft* услуге су оне где људи представљају фокус услуге. *Soft* услуге су назване сложеним услугама, и оне подразумевају управљање затворима, управљање у области социјалне помоћи, вршење услуга образовања и др. За разлику од *hard* услуга, прецизирати како управљати затвором је знатно компликованије. То

⁴¹⁹ Wendy Netter Epstein, *Contract Theory* [...] стр 7. Н. према: Д. Миленковић, стр. 84.

подразумева питања безбедности, здравствене неге, рехабилитације, итд. Такође, знатно је теже и за јавну управу како да зна када пружање услуга није обезбеђено на адекватан начин. *Hard* и *soft* услуге јавне управе такође се разликују и у погледу опсега њиховог јавног домашаја. *Soft* услуге више погађају узак, социјално угрожени део становништва, нпр. сиромашне када је реч о социјалној помоћи или починиоце кривичних дела у случајевима управљања затворима, док се *hard* услуге односе на целокупно становништво. Од прикупљања смећа и изградње пута корист имају у основи сви у друштву.⁴²⁰

Разлике у типовима и категоријама ових услуга су значајне, пре свега у тзв. спољном уговарању, јер је спољно уговарање *soft* услуга јавне управе много проблематичније од спољнег уговарања *hard* услуга јавне управе. Када је реч о *soft* услугама, тржиште је уже, а задатке је теже прецизирати, па је и могућност да се утиче на уговорну страну да пружи одговарајући ниво услуге тежа и ограниченија него кад је реч о *hard* услугама. Ипак у првој деценији XXI века је дошло до пораста спољног уговарања *soft* услуга јавне управе у САД.⁴²¹

Међутим полазећи од правне природе уговора о вршењу и *hard* и *soft* услуга, у њиховој основи је јавни интерес. Управо јавни интерес захтева да обе уговорне стране (и јавно тело и приватни субјекат), предузму кораке који су у најбољем интересу за грађане. У САД међутим, јавни интерес има још увек лимитирану улогу у уговорној

⁴²⁰ Упоредити: Anna Amirkhanyan, *Collaborative performance measurement: Examining and explaining the relevance of collaboration in state and local government contracts*, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 19 (3), 2009. стр. 523. - 524; Meeyoung Lamothe & Scott Lamothe, *What Determines the formal Versus Relational Nature of Local Government Contracting?* *Urban Affairs Review*, 48 (3), 2012. стр. 322. - 353; Ruth Hoogland DeHoog, *Competition negotiation, or cooperation: Three models for service contracting*, *Administration and Society*, 22 (3), 1990. стр. 317. - 340. Н. према: Д. Миленковић, стр. 85. - 86.

⁴²¹ Упоредити: Mildred Warner & Amir Hefedz, *Cooperative Competition. Alternative Service Delivery*, 2002. - 2007. *The Mun*, 2009. Y. B. стр. 11. 14.; E. S. Savas, *Privatization in State and Local Government*, in *Restructuring State and Lokal Sevies; Ideas propozals and Exeriments*, Arnold H. Rephaelson ed. Greenwood Publishing Group, 1998. стр. 91. Н. према: Исто, стр. 86.

доктрини. Према мишљењу америчких теоретичара, уговорно право конципирано је као „приватно право“, али и захтев јавног интереса даје могућност преседану. Трибунали надлежни за уговоре јавне управе дефинишу да „због своје величине, снаге и потенцијалних могућности за манипулацијом тржиштем, јавна управа може имати обавезу правичности изнад оне која се односи на обичног грађанина.“ Ту је и доктрина тумачења уговора у складу са којом значење „служење јавном интересу“ генерално јесте преовлађујуће од других делова уговора.⁴²²

Концепт јавног интереса такође је преовлађујући у одређеним регулаторним режимима. На пример, *доктрина јавног интереса* централни је принцип код регулативе која се односи на комуникације. Сматра се да ова доктрина потиче из енглеског обичајног права, гдје је постојао принцип да пословни субјекти на које утиче јавни интерес преузму и одређену друштвену одговорност коју су дужни да обезбеде у складу са законом. Постоје два историјска образложења ове доктрине – да поједини пословни субјекти показују одређени степен монополске контроле и да нуде услуге грађанима на велико. Ова образложења слична су онима која би подстицала стандард јавног интереса у јавно-приватном уговарању.⁴²³

Међутим, и поводом обавезе јавног интереса постоје значајне примедбе. Прва је да ју је тешко дефинисати. У основи, стандард јавног интереса требало би да спречи уговорне стране да корисницима услуге – трећим лицима, пружају лошу услугу. Аутори као најједноставнији начин дефинисања овог захтева упућују на пример затворских услуга, које су уступљене приватном партнеру.

⁴²² Frederick W. Claybrook, Jr., *Good Faith in de Termination and Formation of Federal Contract* 56 MD. L. REV, 1997. стр. 555. - 556; Eyal Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, L. REV, 1997, стр. 1723. - 24. Н. према: Исто, стр. 89.

⁴²³ Wiliam D. Rowand, Jr. *The Meaning of The Public Interest'in Communications Policy, Part I: Its Origins in State and Federal Regulation, Communication Law & Policy*, 2-3. 1997., стр. 309. - 328; Joseph W. Singler, *No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property* Northwestern University Law Review, 1996. No 90. стр. 1304, 1321. Н. према: Исто, стр. 90.

Као прва примедба наводи се да су, приватни затвори или куће за затворенике, кршиле стандард јавног интереса. Случај подстицања корисника социјалне помоћи да раде путем пружања адекватне обуке од стране субјекта приватног права који није успео да обезбеди посао за све пријављене већ је давао предност лакшим случајевима, такође је кршење стандарда јавног интереса. Према томе, термин „јавни“, унутар овог стандарда потребно је широко тумачити, али са посебним акцентом на део грађана који је директно обухваћен пружањем ових услуга (тј. затвореници или корисници социјалне помоћи). Додатно, стандард јавног интереса требало би да захтева од уговорних страна да на једнак начин буде доступан свим корисницима услуге.⁴²⁴

Друга примедба јесте приговор о неодређености стандарда оличеног у термину јавни интерес, што „може судовима дати исувише моћи у његовом тумачењу“. Ипак, сматра се да ово не би требало да буде отежавајућа околност. Сврха укључивања обавезе јавног интереса није да обесхрабри вођење парничног поступка где би судови били принуђени да анализирају значење овог термина. Шта више, уговорне стране од којих би се захтевало да промовишу јавни интерес, у теорији, биле би подстакнуте да се боље понашају и да пружају бољу услугу како би се избегли судски поступци. Овде се, напомињу и друге уговорне доктрине као што су *начело добре вере и поштења*. Ипак, обавеза *добре вере* постоји у сврху спречавања опортунизма (иако је и ова доктрина предмет велике критике у литератури). Концепт који стоји иза захтева јавног интереса је сличан, али не и исти. Јер *добра вера* захтева се односи на уговорне стране, а захтев јавног интереса иде у правцу заштите трећих лица.⁴²⁵ Ипак, истраживања показују, да и поред оправданих приговора у вези уочених недостатака уговора јавне управе и приватних субјеката, посебно у вези вршења јавних услуга, да су ови уговори у експанзији.⁴²⁶

⁴²⁴ Упоредити: Wendy Netter Epstein, *Contract Theory* [...] стр. 40. - 41. Н. према: Д. Миленковић, исто, стр. 90.

⁴²⁵ Упоредити: Steven J. Burton, *Breach of Contract and the Common law Duty to Perform in Good Faith*, Harv L. Rev. No 90, 1980. стр. 369. Н. према: Д. Миленковић, исто, стр. 91.

⁴²⁶ С. Ђорђевић, стр. 174. - 175; Д. Миленковић, стр. 83.

Кад су у питању *спорови о уговорима* које закључује држава са појединцима надлежан је посебан суд за жалбе, тзв. *Court of Claims*: „[...] Овај суд решава само спорове поводом уговора између државе и појединаца. При том, у овим уговорним односима, држава има повлашћен положај.⁴²⁷ Федерални суд за жалбе (*Federal Court of Claims*) образован 1982. године, задржао је надлежности ранијих сличних судова, чија је традиција стара више од 150 година. Надлежност овог суда је пре свега у решавању потраживања физичких и правних лица према федералној држави нарочито у вези повраћаја пореза. Други, аспект надлежности је решавање спорова у вези са владиним уговорима. Реч је о јавним уговорима и проблемима који настају вези са потраживањима која из ових уговора проистичу. Кроз ову надлежност обухваћена је и заштита животне средине и коришћење природних ресурса. Суд је надлежан и за спорове у вези са платама запослених у војсци и федералној администрацији, затим за заштиту интелектуалне својине, права индијанских племена, а пред њим се могу покренути и бројне друге тужбе против САД од стране како физичких тако и правних лица. Ови судови образовани су и у федералним јединицама САД. Када је реч о уговорима који могу имати карактеристике управних, бар на централном нивоу, посебно треба поменути уговоре о јавним набавкама и уговоре централне владе са приватним сектором који су као такви регулисани и посебним законом Конгреса и ближе одређени регулативама различитих агенција.⁴²⁸

Након анализе података приказаног емпиријског истраживања, теоријских ставова и надлежности судова у вези уговора које закључује јавна управа у јавном интересу могу се дефинисати неки општи закључци о правној природи ових уговора, ефикасности и ефективности уговорних форми сарадње јавног и приватног сектора у САД. Ико је већина правних теоретичара, нарочито из ранијег периода, на становишту да земље англосаксонског правног система не познају управни уговор, или да га бар не

⁴²⁷ Бернард Шварц (Bernard Schawrdz), *Америчко административно право*, Научна књига, Београд, 1956. стр. 181. - 183. Н. према: Д. Миленковић, Исто, стр. 81.

⁴²⁸ Д. Миленковић, исто, стр. 81. - 82.

познају у његовом класичном облику, сматрамо да спроведена истраживања показују да се не може игнорисати чињеница да, уговори које закључује јавна управа и приватни сектор у вршењу пре свега јавних служби, по својим суштинским елементима, немају значајнијих разлика у односу на уговоре у европском континенталном праву који су експлицитно или посредно у теорији, законодавству и пракси, прихваћени као управни уговори. У прилог овоме ставу могу се навести неке од карактеристика ових уговора: а) основни циљ - остварење јавног интереса; б) повлашћен положај јавне управе (одређује услове вршења услуга, контролише њихово извршење); в) посебне обавезе које одступају од уобичајених уговора ове врсте у уговорима приватног права; г) постојање посебне врсте судова који су надлежни за решавање спорова у вези ових уговора.

Дакле, и поред честе доминације елемената класичног уговора приватног права и својих јасно изражених специфичности, пре свега у тржишном карактеру, сматрамо да ови уговори садрже елементе управних уговора, какве познају неки управноправни системи континенталног права, пре свега германски, али и други. Такође, подаци до којих се дошло у наведеним истраживањима, недвосмислено показују да су се ови уговори у САД, са доминантним елементима управног уговора, показали као најефикаснији и најекономичнији облик пружања јавних услуга. Они дају значајно боље резултате у односу на класични облик пружања услуга путем јавних предузећа или преко предузећа која су у потпуности приватизована и над којима јавна управа нема никакве контроле. Ово је значајно за питање колико су управни уговори ефикасан начин обављања делатности јавне управе у односу на друге облике њеног функционисања? Имајући у виду да су управо земље *common law* система родоначелници најновијег модела управе „*New Public Management*“ у коме доминира тржишна оријентисаност управе и која у партнерству са приватним сектором, пре свега кроз концепт јавно-приватног партнерства, тражи ефикаснији начин функционисања јавних служби, онда је јасно да се у погледу даље афирмације управних уговора, континентални и англосаксонски правни систем све више приближавају.

4. УПРАВНИ УГОВОРИ У ПРАВУ НЕКИХ ДРЖАВА У РЕГИОНУ

4.1. Управни уговор у праву Хрватске

4.1.1. Управни уговор у позитивном праву Хрватске

Хрватски теоретичари су својевремено у периоду приступања Хрватске Европској унији, посебно истицали важност реформе јавне управе, којој је основна сврха било јачање капацитета јавне управе с циљем ефикасног провођења домаћег законодавства и правне тековине Европске уније, односно комунитарног права (*acquis communautaire*).⁴²⁹ У том процесу један од важнијих реформских захвата је било и доношење новог Закона о општем управном поступку из 2009. године.⁴³⁰ Приликом његовог доношења истицао се став да развијена права грађана ограничавају деловање управе и у одређеним елементима изједначавају положај грађана и јавне управе. Такав став је условио и увођење нових правних института попут управног уговора.⁴³¹

Авиани и *Ђерђа* истичу, да се нови Закон о општем управном поступку у регулисању управних уговора задржао само на најосновнијим питањима, те да се стога може тврдити да управни уговори у Хрватској нису детаљно уређени општим законом, већ су све посебности уређења ових уговора у различитим управним подручјима остављене за регулисање посебним законима. Оправдање за овакво решење аутори виде у чињеници да је ово ипак прво регулисање управних уговора у хрватском законодавству, те да је разумљиво да је законодавац заузео само начелне ставове и решио само нужна питања склапања и извршавања управних уговора. На сва друга питања одговоре ће морати постепено дати посебни закони, али и управна и управносудска пракса.⁴³²

⁴²⁹ Упоредити: Дамир Авиани, Дарио Ђерђа, *Актуална питања правног уређења управних уговора у хрватском праву*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 48, 3/2011, стр. 475.

⁴³⁰ Закон о општем управном поступку *Народне новине бр.* 47/09.

⁴³¹ Д. Авиани, Д. Ђерђа, исто.

⁴³² Исто, стр. 479.

Што се тиче саме *дефиниције* управних уговора, Законом о општем управном поступку, управни уговор није изричито дефинисан, већ се дефиниција управног уговора посредно изводи из целокупне опште правне регулативе. Из одређених одредаба Закона о општем управном поступку, треба уочити неколико значајних елемената везаних уз општи правни режим управних уговора, као што су: субјекти, услови за склапање и предмет уговора, његова ништавост, измена и раскид уговора, те приговор на такав уговор.⁴³³

Кад је реч о *субјектима* уговора, из законске формулације⁴³⁴ произилази да се управни уговор увек закључује између јавноправног тела и адресата управног акта. Тиме су субјекти управног уговора увек одређени - с једне стране то је јавноправно тело, а с друге адресат решења, у правилу приватноправно лице. У овом решењу хрватско се право у потпуности ослонило на француско, гдје се управни уговор увек закључује између субјекта јавног права са једне и субјекта приватног права са друге стране. Ова карактеристика субјеката уговора у француској правној теорији истиче се као „конститутивни елемент“ управног уговора, из којег се надаље изводи у уговорном односу положај приватног лица према лицу јавног права.⁴³⁵ Неједнак положај странака у уговорном односу основна је претпоставка за могућност једностране измене његовог садржаја, односно једностраног раскида овог уговора пре истека рока на који је закључен, као основних карактеристика правног односа који произлази из управних уговора.⁴³⁶

У вези са *условима за закључење* управног уговора као и о његовом *предмету*, Закон о општем управном поступку је омогућио да јавноправно тело и странка закључе управни уговор о извршавању права и обавеза утврђених у решењу којим је решена

⁴³³ Исто.

⁴³⁴ Члан 150. став 1. Закона о општем управном поступку.

⁴³⁵ Charles Debbach, *Institutions et Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1978. стр. 159. и Jean-Marie Auby, *Droit administratif spécial*, Sirey, Paris, 1966. стр. 28. Д. Авиани, Д. Ђерђа, стр. 479.

⁴³⁶ Д. Авиани, Д. Ђерђа, 480.

управна ствар, али само када је законом прописано закључење таквог уговора. Дакле, и обавеза закључења управних уговора везана је за посебне законе. Такве законе Хрватска већ има, као што су нпр. Закон о јавној набавци⁴³⁷ у којем се предвиђа склапање уговора о набавци роба, радова или услуга које закључује јавноправно тело као наручилац, с управним актом одабраним испоручиоцем, затим Закон о концесијама⁴³⁸ у којем се уређује закључење уговора о концесији између концедента и управним актом одабраног концесионара, Закон о јавно-приватном партнерству,⁴³⁹ у којем се регулише закључење уговора о јавно-приватном партнерству између јавноправног тела и управним актом одабраног приватног партнера, као и други закони.⁴⁴⁰

Законом о општем управном поступку у погледу форме, прописује само *писмени облик* закључења управног уговора.⁴⁴¹ Закључење управних уговора у писаном облику широко је заступљено и у упоредном праву. Овакво решење је општеприхваћено и у упоредном праву. Ово је случај и са Француским правом, где важи опште правило да се управни уговори закључују у писаном облику, а писани облик управног уговора изричито предвиђа и немачко законодавство.⁴⁴²

Предмет управног уговора је извршење права и обавеза утврђених у решењу којим је решена управна ствар. Управо је због овога елемента предмет регулисања управног уговора врло специфично постављен, те увек унапред одређен једностраном одлуком јавноправног тела. Штавише, то значи да се уговор може склопити тек по окончању поступкаведеног у складу са законом и донесеног једностраног акта. У правилу ће се радити о управном акту којим се на основу унапред одређених и

⁴³⁷ Закон о јавној набави *Народне новине*, бр. 110/07. и 125/08.

⁴³⁸ Закон о концесијама *Народне новине*, бр. 125/08.

⁴³⁹ Закон о јавно-приватном партнерству, *Народне новине*, бр. 129/08.

⁴⁴⁰ Д. Авиани, Д. Ђерђа, стр. 480.

⁴⁴¹ Члан 150. став 2. до 4. ЗУП-а Хрватске.

⁴⁴² § 57. немачког Закона о управном поступку; Д. Авиани, Д. Ђерђа, исто.

објективних критеријума врши избор најповољније понуде, односно понуђача, те се тако одабраном понуђачу нуди склапање управног уговора. Према овоме концепту управни уговор је само средство уређења извршавања права и обавеза о којима је одлучено појединачним актом.⁴⁴³

Аутори, као што је истакнуто, посебно наглашавају да се закључење управног уговора *заснива се на управном акту*. Притом, према посебним законима, постоји обавеза тела јавне власти да о намери закључења управног уговора увек обавести јавност. Обавештавање јавности, односно свих заинтересованих лица, врши се објављивањем јавног конкурса или позива на доставу понуда, а циљ овога поступка је изабрати понуђача који ће на најбољи и најповољнији начин извршавати уговорне обавезе, све у складу с начелом конкурентности и једнакости учесника поступка јавног конкурса или позива. Стога, у избору друге уговорне странке, тело јавне власти мора водити рачуна понајпре о њеним способностима да изврши уговорну обавезу, али и о финансијским условима под којим се уговорну обавезу обавезала извршити.⁴⁴⁴

Управни уговор у хвратском праву, не сме бити противан диспозитиву решења и принудним прописима, али не сме бити закључен ни противно јавном интересу или на штету трећих лица. Тако на пример, уколико садржај управног уговора има правно дејство на права трећих лица, како би био ваљан, ова лица морају дати сагласност на такав уговор. Ова одредба преузета је из немачког права,⁴⁴⁵ а одређује да ће јавноправни уговор који може штетити праву неког трећег лица бити ваљан, само ако је то треће лице дало писмену сагласност за његово закључење. Управни уговор има правно дејство само међу странкама.⁴⁴⁶

Ништавост управног уговора посебно је регулисана у новом Закону о општем управном поступку. Закон предвиђа два разлога за ништавост управног уговора: прво,

⁴⁴³ Д. Авиани, Д. Ђерђа, исто.

⁴⁴⁴ Исто, стр. 480, 481.

⁴⁴⁵ § 58. став 1. Закона о управном поступку (*VwVfG*).

⁴⁴⁶ Д. Авиани, Д. Ђерђа, исто, стр. 481.

ако је супротан решењу ради чијег извршења је закључен, и друго, из разлога ништавости прописаних законом који уређује облигационе односе.⁴⁴⁷ Управни уговор је ништав и кад је ништав део тог уговора, осим ако би уговор производио правне учинке и без тог дела. Ништавост управног уговора утврђује суд надлежан за управне спорове на основу тужбе странке или јавноправног тела. Ништав управни уговор не производи правне последице.⁴⁴⁸

Законом о општем управном поступку је предвиђена могућност *накнадне измене* управног уговора, под одређеним условима. Прво, мора се радити искључиво о промењеним околностима насталим након закључења управних уговора, који се нису могли предвидети у моменту закључења уговора, а због којих би испуњење обавезе за једну уговорну страну постало битно отежано. Уз тај услов, измена је управног уговора могућа једино сагласношћу уговорних страна.⁴⁴⁹

У приватноправним уговорима странке начелно увек могу договором променити првобитни уговор. Међутим, како управни уговор с једне стране увек закључује јавноправно тело ради остваривања циљева од интереса за целу заједницу, и то још у правилу у складу са правилима о избору најповољнијег понуђача, јавноправно тело приликом омогућавања измене уговора не сме нашкодити нити заједници у име које је такав уговор склопило, нити правима трећих лица који су суделовали у поступку надметања који је претходио закључењу уговора. Такође и измена управног уговора преко граница прописаних управним актом могла би довести и до његове ништавости. Истиче се да уколико би се јавноправном телу омогућило да слободно одступа од одредаба уговора тиме би се могла оштетити права трећих лица која су суделовала у

⁴⁴⁷ Члан 322. Закона о обвезним односима *Народне новине*, бр. 35/05. и 41/08. прописује да је ништав уговор који је у супротности са Уставом, принудним прописима или моралу друштва, осим ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу правну поседицу или ако закон у одређеном случају не прописује нешто друго Н. према: исто.

⁴⁴⁸ Д. Авиани, Д. Ђерђа, Исто.

⁴⁴⁹ Исто.

поступку доношења акта, баш као и јавни интерес. Накнадна измена битних уговорних одредби као што су: накнада, време трајања уговора, подела ризика или неки други битни део релевантан за избор уговорне стране, била би потпуно супротна транспарентности и објективности проведеног поступка надметања у којем је изабрани субјект с којом је уговор склопљен, што се не сме допустити. Из тог је разлога при изменама управног уговора јавноправно тело значајно ограничено, те се неке одредбе управног уговора могу изменити само када су кумулативно испуњене претпоставке наведене у члану 152. Закона.⁴⁵⁰

Међутим, и у случајевима, када су законске претпоставке за измену уговора испуњене, неопходна је посебна опрезност. Истина, различите европске смернице и други акти о додели уговора о јавним набавкама, као и одређене одредбе које се односе на концесије, односно на различите облике јавно-приватног партнерства дозвољавају под одређеним условима доделу накнадних додатних радова, односно пружање додатних услуга добављачима односно концесионарима. Аутори истичу да је европска судска пракса рестриктивна у погледу могућности накнадне измене уговора о јавној набавци, концесији или јавно-приватном партнерству. Бројне су пресуде Европског Суда правде, као и Суда прве инстанце, према којима се накнадном изменом таквог уговора повређују основна начела о тржишном надметању, понајпре начела једнаког третмана и транспарентности. Изменом управног уговора могу се изиграти правила и критеријуми јавног надметања за добијање таквог уговора.⁴⁵¹

Надаље, следом одредби Закона о општем управном поступку, ако се јавноправно тело и странка о измени уговора не сагласе, или ако јавноправно тело или треће лице укључени у управни уговор на такву измену не пристану, јавноправно тело има овлашћење једнострано раскинути овај уговор. Стога се може закључити како услове измене управног уговора свакако одређује понајпре јавноправно тело, при томе наравно штитећи јавни интерес, али увек само толико, колико је нужно како би се што

⁴⁵⁰ Исто, стр. 481. – 482.

⁴⁵¹ Исто, стр. 482.

мање угрожавала права странака. Штавише, ако до угрожавања ових права дође, приватноправно лице свакако треба имати право на накнаду штете. Иако се овако ограничено право измене управног уговора, посебно са, при томе врло израженим једностраним овлашћењима јавне власти, може чинити по странке врло отежавајућим обележјем управног уговора, управо је ово, уз посебно овлашћење на раскид и најзначајније обележје француског правног уређења ове врсте уговора.⁴⁵²

Право јавне управе да током уговорног односа у сврху остваривања циљева од општег интереса и поступања у складу с начелом прилагодљивости, ефикасности и заштите живота, здравља и имовине грађана једнострано измени неку од уговорних одредби, једно је од најважнијих обележја управних уговора у француском праву. Тако, тело јавне управе, као уговорна странка, има овлашћење на једнострану измену неке одредбе уговора о концесији, како би одговорило новим потребама јавног интереса, а до чије промене је дошло након закључења уговора о концесији. Наглашава се значај чињенице да ово овлашћење не произлази из садржаја неке одредбе конкретно закљученог управног уговора, већ је резултат општих начела француског управног права. Јавноправно тело ће без обзира да ли је таква клаузула уграђена у управни уговор или не, у одређеним случајевима моћи, потпуно законито, једнострано изменити неке његове одредбе. Француско право јавноправном телу не допушта да се уговорно одрекне овлашћења на једностране измене неких уговорних одредби, које му право признаје.⁴⁵³ Аутори, сматрамо сасвим оправдано, сугеришу да би ово правило свакако требало имати у виду и у примени одредби о управним уговорима хрватског Закона о општем управном поступку, посебно стога што оно законом није изричито прописано.⁴⁵⁴

⁴⁵² Исто.

⁴⁵³ Conseil d'Etat, *Recueil de jurisprudence* 21. March 1910, *Compagnie générale française*, н. према: Исто, стр. 483.

⁴⁵⁴ Упоредити: Исто, стр. 483.

Међутим, потребно је нагласити да у наведеним случајевима друга уговорна странка у Француској ипак није остављена без правне заштите и без обештећења, о чему је како се наводи, француско право данас засигурно најпотпуније правно разрадило цели низ могућих случајева. Како измена ових одредаба најчешће резултује увећањем трошкова друге уговорне стране, у француском праву пружена јој је могућност да се заштити од једностраних измена уговорних одредаба, позивајући се на право „очувања финансијске равнотеже уговора“. Дакле, уколико се „финансијска равнотежа уговора“ накнадном, једностраном изменом неке уговорне одредбе наруши, друга уговорна странка, овлашћена је потраживати накнаду од тела јавне власти, како би се финансијска равнотежа уговора поновно успоставила. Уколико се друга уговорна странка о плаћању ове накнаде, не успе споразумети с јавноправним телом, накнаду може потраживати тужбом управном суду. При одлучивању о накнади, управни је суд дужан најпре оценити, је ли конкретна једнострана измена неке уговорне одредбе, законита или не, па тек на основу ове одлуке одлучити о обавези плаћања накнаде јавноправног тела и њеном износу.⁴⁵⁵ Поред права очувања финансијске равнотеже уговора, у француском праву врло је важно споменути и теорију *fait du prince* и теорију *imprévision* које такође имају значајну улогу при измени околности током важења управних уговора.⁴⁵⁶

Могућност *једностраног раскида уговора* као најважније обележје управних уговора детаљно је уређено новим Законом о општем управном поступку. Тако је прописано да јавноправно тело решењем може раскинути управни уговор у три случаја. Први случај је када је јавноправно тело или треће лице укључено у управни уговор не пристану на његову измену. Други случај једностраног раскида је, када странка не испуњава њиме преузете обавезе, у ком случају јавноправно тело има право и на накнаду претрпљене штете. Коначно, јавноправно тело може једнострано раскинути управни уговор и када је то потребно ради отклањања тешке и непосредне опасности за

⁴⁵⁵ Више: Brown, Bell, стр. 206. Н. према: Д. Авиани, Д. Ђерђа, стр. 483.

⁴⁵⁶ Исто.

живот и здравље људи и јавну безбедност, ако се то не би могло отклонити другим средствима којима би се мање дирало у стечена права. Јавноправно тело управни уговор раскида решењем у којем, због заштите права друге уговорне странке, морају бити наведени и образложени разлози раскида и одређен износ штете уколико је она јавноправном телу причињена. Против решења о раскиду управног уговора може се покренути управни спор.⁴⁵⁷

4.1.2. Врсте управних уговора у Хрватској

У упоредном праву се управни уговори класификују по више основа, у складу са правним системом у коме егзистирају. Ипак, општеприхваћен је став и у теорији и у законодавству већине земаља да концесиониране јавне службе представљају карактеристичан пример управних уговора. У француском је праву веома дуго било спорно питање правне природе концесије. Данас превладава став да акт о концесији има мешовиту природу, тј. да уговорну природу имају одредбе које се односе на финансирање службе и однос према субјектима, док нормативну природу имају одредбе које утврђују функционисање службе.⁴⁵⁸

Тако се у француском праву две врсте управних уговора сматрају најважнијима, уговори о јавној набавци (*marché public*) и о концесионираној јавној служби (*délégations de service public*).⁴⁵⁹ И *Richer* поред концесиониране јавне службе у управне уговоре сврстава и развојне концесије.⁴⁶⁰ У француској се савременој теорији говори о управним концесијама као о најширем појму концесија, а које се дефинише као „поступак који допушта управи давање одређеног права појединцу или другој правној особи под

⁴⁵⁷ Д. Авиани, Д. Ђерђа, стр. 484.

⁴⁵⁸ И. Борковић, *Управно право*, Народне новине, Загреб, 2002. стр. 39. Н. према: Марко Шикић, Фране Станичић, *Правна нарав уговора о концесији*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 48. 2/2011. стр. 421.

⁴⁵⁹ М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 425.

⁴⁶⁰ *Richer, L., Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J. Paris, 2008. стр. 354. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 425.

одређеним условима које најчешће садржи уговор којим се утврђују услови подељивања права,⁴⁶¹ док се посебно спомињу још и концесије за обављање јавне службе, концесије за јавне радове, концесије за руднике итд.⁴⁶²

У немачкој правној теорији *Fischer* је одредио концесију као правни однос између државе (концедента) и правног или физичког лица (концесионара) у којем држава уступа правном или физичком лицу право искоришћавања неког природног богатства или обављање неке јавне службе.⁴⁶³

У шпанском праву, концесије спадају међу управне уговоре и нимало се не разликују од осталих управних уговора. Шпански устав (чл.149.1.18. СЕ), прописује искључиву надлежност државе за опште нормативно одређивање управних и концесионих уговора.⁴⁶⁴

Прве дефиниције концесија, у хрватској правној теорији, се појављују у Краљевини Југославији. Тако *Крбек*, уочавајући двоструко значење појма концесије наводи да се под концесијом подразумева прво, формални акт којим концесионар добија вршење јавне службе, а у другом смислу концесија означава јавну службу чије је вршење концесионар добио овим актом.⁴⁶⁵ У социјалистичкој Југославији, концесије се законски уређују крајем 80-тих година XX века, кроз савезни Закон о страним улагањима. Аутори као *Горени*, дефинишу концесије као акт власти једне државе којом

⁴⁶¹ И. Борковић, *Концесионирана јавна служба у француском управном праву*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 30/1, 1993. стр. 8.

⁴⁶² Слично и Д. Ђерђа, *Управноправни аспекти концесија, докторска дисертација*, Сплит, 2005. стр. 18. и 19. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 421.

⁴⁶³ Р. Fischer, *Die internationale Konzession*, Wien-New York, 1974. стр. 35. Н. према: Исто.

⁴⁶⁴ J. V. Vera, *Derecho administrativo basico, parte general*, Thomson civitas, Madrid, 2008. стр. 338. Н. према: Исто.

⁴⁶⁵ Више: Иво, Крбек, *Управно право, II књига, организација управе*, Југословенска штампа, Загреб, 1932. стр. 59. - 92.

се грађанима те државе, другој држави или страним држављанима дозвољава на њеном подручју обављање оних делатности за које иначе постоји забрана.⁴⁶⁶

Први Закон о концесијама у Хрватској донесен је 1990. године, а већ 1992. године, заменио га је нови Закон о концесијама који је садржавао свега десет кратких чланова.⁴⁶⁷ *Медведовић* наводи да је овај закон донесен без икакве научне и стручне припреме и подлоге. Њиме се само генерално отвара могућност доделе концесија у Хрватској, а са њим су се уређивала само нека питања концесија, при чему су остале велике правне празнине које су рађале бројне дилеме.⁴⁶⁸

Овако обимом и садржајем скроман закон, ни изблиза није могао свеобухватно решити веома важну и сложену област као што су концесије, посебно ако се има у виду сложеност концесионог односа и његове правне природе. Наиме, концесији обавезно претходи одлука надлежног јавног органа, као управни акт подређен правилима материјалног и процесног управног права, на основу којих се закључује уговор о концесији, који свакако има обележја класичног уговора приватног права, али са правним оквиром одређеним одлуком о концесији.

Борковић ослањајући се на Закон о концесијама из 1992. године, појмовно дефинише концесију као „дозволу (одобрење, допуштење, овлашћење) док у садржајном смислу она по аутору представља посебан правни институт путем којег јавна власт дозвољава одређеном субјекту, физичком или правном, домаћем држављанину или странцу, да искориштава одређена добра, изводи одређене радове или обавља неку делатност“.⁴⁶⁹ *Ђерђа* опет, као и *Горенц* закључује да одлука о концесији, као једностранни акт јавне власти, сама за себе није довољна да би се

⁴⁶⁶ В. Горенц, *Уговор о концесији*, Економски факултет Загреб, 2/1989, стр. 179; Горенц наводи да се концесије јављају у низу аката као што су: грант, одобрење, дозвола, и сл. (*напом. аут.*)

⁴⁶⁷ Закон о концесијама, *Народне новине* бр. 89/92.

⁴⁶⁸ Д. Медведовић, *Ново правно уређење концесија*, у Зборнику 47. Сусрета правника, Загреб, 2009. стр. 397. и 398.

⁴⁶⁹ И. Борковић, *Концесионирана јавна служба* [...] стр. 4.

засновао концесиони однос. Стога она треба бити попраћена закљученим уговором, којим се између концедента и приватног лица ствара двострано обавезни правни однос. Закључењем уговора о концесији концедент и концесионар стичу реципрочна права и обавезе, која за поједину врсту концесија прописује закон, али и у конкретном случају донесена одлука о концесији.⁴⁷⁰

Недостатак квалитетног закона који би регулисао област концесија у Хрватској довео је до доношења низа законских и подзаконских прописа којима се ово питање решавало у различитим областима. Ови закони уводе и различита материјална правила, као и посебна процесна правила везана за поступак давања концесија и надзора над концесијама. Последица оваквих парцијалних решења и неусаглашености прописа је немогућност надзора и контроле концесионара и наплате концесионе накнаде (до установљења јединственог регистра податка) неприменљивост праксе концесија у различитим подручјима и сл.

Закон о концесијама са бројним недореченостима и парцијалним законима који регулишу ову област није одговарао потребама праксе, али ни захтевима хармонизације правних прописа са прописима Европске уније. Стога је законодавац уважавајући ове чињенице 2008. године донио нови Закон о концесијама.⁴⁷¹ Закон најпре раздваја и дефинише три врсте концесија:

- 1) концесије за јавне радове,
- 2) концесије за јавне услуге, и
- 3) концесије за привредно коришћење општег или другог добра од посебног интереса.

Закон осим тога доноси и друге новине, као што су регулисање овлашћења за давање концесија према нивоима власти и прописивање подручја и активности у којима се концесија може дати. Закон уводи одредбе којима се уређују "припремне радње" као

⁴⁷⁰ Дарио Ђерђа, *Уговор о концесији*[...] стр. 87.

⁴⁷¹ Закон о концесијама, *Народне новине* бр. 125/08, донесен 17. 10. 2008. год, ступио на снагу 01. јануара 2009. године.

предуслов за покретање поступка давања концесије и одређује јединствени поступак давања концесија кроз јавно надметање. Хрватска је прилагодила и све остале секторске законе новом правном оквиру.

Ипак, ни овај Закон о концесијама није се показао адекватним за испуњење сврхе његовог доношења. Неке мањкавости Закона су се уочиле тек у његовој примени, а након што је Европска унија отишла корак даље у развоју правног режима концесија, доносећи предлог нове Директиве Европске комисије за концесије 2011. године, наведени Закон се показао као превазиђен. Како су у међувремену ступили на снагу и нови Закон о јавној набавци и нови Закон о јавно-приватном партнерству, доношење потпуно новог Закона о концесијама постао је императив за законодавца. Коначно, најновији Закон о концесијама⁴⁷² донесен је у децембру 2012. године, и усклађен је са правном јуриспруденцијом и праксом Европске уније и у међувремену развијеним хрватским искуствима.

Веома важно законско решење је везано за поступак давања концесије, који се према законским одредбама проводи у складу са правилима о јавној набавци. Закон предвиђа да је надлежно тело за решавање по жалбама у вези са наведеним поступком, Државна комисија за контролу поступака јавне набавке, а у случајевима када је потребно заједничко улагање и концедента и концесионара примењују се одредбе Закона о јавно-приватном партнерству. Уговор о концесији увијек се склапа у писменој форми. Та је форма, истиче *Борковић*, уједно и битан услов пуноважности уговора о концесији (лат. *forma ad solomenitatem*), тј. конститутивни састојак уговора, без испуњења којег уговор о концесији не производи правни учинак.⁴⁷³

Дакле, Закон о концесијама, Закон о јавној набавци и Закон о јавно-приватном партнерству чине данас заокружену како материјалноправну тако и процесноправну целину и код давања сложених концесија.

⁴⁷² Закон о концесијама, *Народне новине* бр. 143/12

⁴⁷³ И. Борковић, *Концесионирана јавна служба* [...] стр. 11; Тања Кнежевић, *Специфична својства уговора о концесији*, *Правни живот*, бр. 11, Београд, 2002. стр. 422. Н. према: Д. Ђерђа, стр. 93. и 94.

Европска унија је у последњој деценији закружила правну регулативу у области концесија, а како је Хрватска 1. јула 2013. године ушла у Европску унију, прописи Уније се примењују и у хрватском праву. Због значаја концесионих улагања, али и овлашћења која се дају концесионару, неопходна је одговарајућа правна контрола целокупног поступка доделе концесија као и реализације концесионих уговора. Судска контрола од стране европских судова, посебно у споровима због кршења тржишне конкуренције обезбеђује висок степен заштите права свих учесника у поступку, као и основних принципа Европске уније.

Правни теоретичари имају различите ставове у погледу правне природе уговора о концесији у хрватском праву. Тако Горенц сматра да је код уговора о концесији реч о чисто приватноправном уговору. Ераковић такође сматра да се ради о уговору грађанског права, али са значајним посебностима.⁴⁷⁴ Борковић, међутим заступа став да уговор о концесији у хрватском праву умногоме одговара класичном облику управног уговора о концесионираној јавној служби из француског права.⁴⁷⁵ Ђерђа закључује да уговори о концесији према својим обележјима у потпуности одговарају управним уговорима. Међутим, због неадекватне правне нормираности, на те су се уговоре морале примењивати (а и још се примењују) норме грађанског и трговачког права.⁴⁷⁶ Слично мишљење заступа и Љубановић.⁴⁷⁷

Шикић и *Станичић* након исцрпне анализе теоријских ставова о правној природи уговора о концесији извршили су упоредбу законских обележја управног уговора у Хрватској са уговором о концесији. Они наводе следећа обележја која су према хрватском позитивном законодавству неопходна да би се један уговор могао сматрати управним уговором: 1) један од субјеката уговора мора бити јавноправно

⁴⁷⁴ Више: Д. Ђерђа, стр. 113. - 115.

⁴⁷⁵ Иво Борковић, *Управно право*, Народне новине, Загреб, 2002. стр. 39. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 420.

⁴⁷⁶ Д. Ђерђа, стр.116.

⁴⁷⁷ Б. Љубановић, *Управни уговори* [...] стр. 39. Н. према: Исто.

тело; 2) склапању управног уговора мора претходити управни поступак и доношење решења о конкретној управној ствари, 3) управним уговором мора се уређивати извршење права и обавеза утврђених решењем, 4) склапање управног уговора мора бити прописано законом. Аутори наводе да остварење неког ширег друштвеног интереса, иако није изричито наведено у закону као услов за постојање управног уговора, ипак представља битан услов за постојање управног уговора. При томе истичу да је рад јавне управе првенствено усмерен ка остварењу јавног интереса па самим тим јавно тело при закључењу уговора мора тежити остварењу неког ширег друштвеног интереса.⁴⁷⁸ Након подробне анализе уговора о концесији, аутори закључују да овај уговор у потпуности задовољава критеријуме управног уговора. Према њиховом ставу уговор о концесији задовољио је све анализиране услове који га чине управним уговором, обавезу да се у закону изричито неки уговор наведе као управни, сматрају непотребним инсистирањем на формализму, те закључују да је уговор о концесији *ipso lege*, управни уговор.⁴⁷⁹

Приклањајући се овом мишљењу, наводимо да је овај став прихваћен и у изворном, француском моделу управног уговора што најбоље потврђује пракса Државног савета, који највећи број уговора одређује као управне управо према њиховим карактеристикама. Такође сматрамо да је при регулисању управног уговора законодавац и у Хрватској, као и другим земљама које на сличан начин уређују управни уговор, требао експлицитно дефинисати остварење јавног интереса као битну карактеристику и најважнији циљ управног уговора.

4.1.3. Управни уговори у хрватској пракси – уговори о концесијама и ЈПП

У хрватској је концесионарство у другој половини прошлог века стагнирало, исто као и у другим земљама са простора бивше Југославије због тадашњег социјалистичког друштвеног система који није прихватао овакав облик уговарања

⁴⁷⁸ М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 432.

⁴⁷⁹ Исто, стр. 436. и 437.

јавног и приватног сектора. Међутим, Хрватска се сврстава у земље које су међу првима препознале значај јавно-приватног партнерства и започеле реализацију пројеката овог типа. Први уговор јавно-приватног партнерства у овој земљи је склопљен још 1995. године, а предмет је био уговор о концесији, тзв. „*Пројекат Истарског инсилона*“ који укључује финансирање, пројектовање, изградњу и управљање путном мрежом у дужини од 141 км, као и обнову тунела Учка. Концесија је потписана на 32 године, након чега ће аутопут постати својина државе без икакве накнаде. Највећим делом се јавно-приватно партнерство у овој земљи остварује у пројектима изградње ауто-путева и за уређаје за пречишћавање отпадних вода, јер су улагања у овим областима превисока да би држава самостално учествовала у њиховој реализацији.⁴⁸⁰

Јавно-приватно партнерство у хрватском позитивном праву заснива се на Закону о јавно-приватном партнерству и низу подзаконских аката који регулишу ову област.⁴⁸¹ Најважнија права и обавезе јавних и приватних партнера у провођењу пројеката јавно-приватних партнерстава су уређена уговором о јавно-приватном партнерству. Закон прописује трајање тих уговора на рок од 5 до 40 година.⁴⁸² За имплементацију Закона о

⁴⁸⁰ С. Мук, Ј. Маровић, Ј. Џанкић, М. Поповић, М. Сошић, М. Драгојевић, *Јавно-приватна партнерства у Црној Гори – одговорност, транспарентност и ефикасност*, Институт Алтернатива, Подгорица, 2010. стр. 20.

⁴⁸¹ Правни оквир за јавно-приватна партнерства у Хрватској састоји се од следећих правних прописа: Закон о јавно-приватном партнерству *Народне новине* број: 129/08; Уредба о критеријима оцјене и одобравања пројеката јавно-приватног партнерства *Народне новине* број: 56/09; Уредба о садржају уговора о јавно-приватном партнерству *Народне новине* број: 56/09; Уредба о надзору provedбе пројеката јавно-приватног партнерства, *Народне новине* број: 56/09; Уредба о изобразби судионика у поступцима припреме и provedбе пројеката јавно-приватног партнерства *Народне новине* број: 56/09; Закон о прорачуну, *Народне новине* број:87/08; Закон о извршавању државног прорачуна за 2010. годину, *Народне новине* 151/09.

⁴⁸² Дубравка Јурлина Алибеговић, *Институционално јавно-приватно партнерство у Хрватској*, у: Партнерство јавног и приватног сектора, добра и лоша искуства у одабраним земљама у транзицији, ПАЛГО центар, 2010. стр. 53.

јавно-приватном партнерству је задужена Агенција за јавно-приватно партнерство⁴⁸³ као тело на националном нивоу које је регистровано 2008. године, а почело са радом 2009. године. Сваки предлог јавно-приватног партнерства и нацрти уговора у Хрватској морају бити одобрени од стране ове Агенције. Такође, ова институција, након одобравања предлога пројеката, објављује попис пројеката јавно-приватног партнерства. Сви закључени уговори јавно-приватног партнерства заводе се у Регистар. На тај начин се ствара база података о јавно-приватним партнерствима и гарантује транспарентност целокупног процеса. Агенција за јавно-приватно партнерство у Хрватској је одговорна и за мониторинг склопљених уговора што је значајно у два смера: целокупни процес добија на демократичности с обзиром да пројекте надгледа тело које је директно имало удела у њиховом одобравању и које је на директан начин

⁴⁸³ Хрватски сабор је 24. октобра 2008. године усвојио Закон о јавно-приватном партнерству и након објављивања у *Народним новинама* 129/08, 21. новембра 2008. године регистрована је Агенција за јавно-приватно партнерство. Влада Републике Хрватске је донела одлуку о именовању Управног већа Агенције, те је 1. јануара 2009. године Агенција започела са својим радом, као правни следбеник некадашњег Сектора Агенције за промовисање извоза и улагања. Нови је закон дефинисао бројне задатке Агенције за јавно-приватно партнерство. Агенција је постала главно национално тело задужено за провођење Закона о јавно-приватном партнерству. Основни задаци и овлашћења Агенције обухватају следеће: провођење поступка оцене и одобравања предлога пројеката јавно-приватног партнерства, документације за надметање, те коначних нацрта уговора; објављивање пописа одобрених пројеката јавно-приватног партнерства и њихово презентовање потенцијалним инвеститорима; успостављање и вођење Регистра уговора о јавно-приватном партнерству; обављање надзора над провођењем пројеката јавно-приватног партнерства; међународну сарадњу са сврхом унапређивања теорије и праксе јавно-приватног партнерства; изучавање домаће и иностране праксе у подручју јавно-приватног партнерства и промовисање примене најбоље праксе; суделовање у стварању основних стратегија које су важне за примену јавно-приватног партнерства; предлагање измена и допуна закона и нацрта подзаконских прописа који су релевантни за примену најбоље праксе у припреми и провођењу пројеката јавно-приватног партнерства; доношење упутстава за provedбу; стручна тумачења о појединим питањима из подручја јавно-приватног партнерства; организовање и провођење обуке и усавршавања учесника у припреми и провођењу пројеката јавно-приватног партнерства, те организовање специјалистичких програма обуке за јавна тела у сарадњи с другим надлежним телима. Н. према: Д. Ј. Алибеговић, стр. 55. и 56.

упућено у све детаље. Такође, надгледање врши тело које је специјализовано за област јавно-приватног партнерства, па је на тај начин и „најпозваније“ да процењује законитост и транспарентност реализације.⁴⁸⁴ У оквиру Агенције за јавно-приватно партнерство образују се и национални експерти у овој области учествовањем у међународној сарадњи и изучавањем домаће и међународне праксе у области јавно-приватног партнерства. На тај начин Агенција је и место са кога долазе предлози за законске и подзаконске акте као и стручна тумачења у области јавно-приватног партнерства. Структура Агенције обухвата четири сектора: за одобравање пројеката; праћење примене података; међународну сарадњу; образовање.⁴⁸⁵

Са финансијског аспекта, уговори о јавно-приватним партнерствима се показују као начин за решавање неадекватног финансирања јединица локалне и регионалне самоуправе у Хрватској. Пракса изабраних примера указује на то да локални буџети нису једини извор прихода за финансирање градских развојних пројеката. Решење за локалне и регионалне власти је у проналажењу додатних извора прихода за функционисање јавних служби, као и за различите развојне пројекте. Управо је недостатак јавних средстава основни разлог за укључивање приватног сектора у финансирању локалних и регионалних инвестиционих пројеката.

Осим тога, постоји још неколико разлога за укључивање приватног сектора у финансирање градских развојних пројеката: растуће потребе на локалном и регионалном нивоу, неодговарајућа структура прихода јединица локалне и регионалне управе, величина развојних пројеката и ограничења задуживања на локалним и регионалном нивоу.⁴⁸⁶ Неки примери јавно-приватног партнерства у Хрватској ће послужити пре свега за извођење закључака о правној природи ових уговора, али и ефикасности уговорних форми сарадње јавног и приватног сектора, пре свега управног уговора.

⁴⁸⁴ С. Мук, и др, *Јавно-приватна партнерства у Црној Гори* [...] стр. 20.

⁴⁸⁵ Исто, стр. 21.

Вараждинска жупанија је прва међу жупанијама у Хрватској ушла у јавно-приватно партнерство. Ови пројекти су покренути пре него што је управни уговор уведен у хрватско позитивно законодавство. Једна од главних предности јавно-приватних партнерстава је то што према овом моделу финансирања јединице локалне самоуправе троше текуће приходе, док капиталне приходе чувају за извршавање других развојних задатака. Приватни партнери финансирају изградњу и одржавање јавних објеката у власништву Вараждинске жупаније, док им жупанија плаћа уговорену надокнаду током раздобља од 20 до 30 година.⁴⁸⁷

Оквир бр. 13. Пројекат обнове Жупанијске палате

Јавно-приватно партнерство је модел финансирања који је коришћен при обнови Жупанијске палате у Вараждинској жупанији. Жупанијска палата је био први пројекат у Хрватској који је реализован као јавно-приватно партнерство. Комплетан је пројекат био реализован за мање од три месеца (започео је 1. јуна, а завршен је 1. септембра 2006. године), током којих је читава палата (укупне површине 2.240 м²) комплетно обновљена. Важно је напоменути да је ова палата споменик светске културне баштине, изграђена 1772. године. Трошкови обнове палате износили су 9 милиона куна. Вараждинска жупанија ће од преузимања у наредних 20 година плаћати свом приватном партнеру месечну накнаду у износу од 84.000 куна, док ће приватни партнер, „Метеор група“, имати обавезу одржавања интеријера и екстеријера палате.⁴⁸⁸

Наведени пример јавно-приватног партнерства, између Вараждинске Жупаније и приватног партнера „Метеор групе“, пружа увид у неке карактеристике овог уговора које одређују његову правну природу. Наиме, као и што сам назив овог уговора говори, једна од уговорних страна је јавноправно тело. Уговор је закључен ради оспособљавања палате за практичне потребе града за оваквим репрезентативним објектом, али пре свега као споменика светске историјске и културне баштине. Из самог циља овог јавно-приватног партнерства произилази да је закључен пре свега ради остварења јавног

⁴⁸⁶ Д. Ј. Алибеговић, стр. 49.

⁴⁸⁷ Исто, стр. 58.

⁴⁸⁸ Исто.

интереса, пре свега у области културе. У току целог процеса реконструкције палате вршен је надзор реализације овог процеса од стране јавноправног тела. Иако је контрола и надзор извршења уговора од стране јавноправног тела, карактеристика управног уговора, треба истаћи да и у приватноправним уговорима јавне управе постоји надзор над извршењем радова,⁴⁸⁹ али ради се о другачијем облику контроле. Уговор о ЈПП за изградњу жупанијске палате има одређене специфичности које се односе на начин реализације уговора. Након реконструкције палате, која остаје у власништву Жупаније, она ће ипак у предвиђеном уговорном периоду плаћати приватном партнеру накнаду за коришћење палате, док се приватни партнер обавезује палату комплетно одржавати.

Оквир бр. 14. Остали пројекти јавно-приватног партнерства Вараждинске жупаније⁴⁹⁰

Вараждинска жупанија је подузела и пројекте изградње двије нове школе и 15 школских гимнастичких дворана, као и доградње 27 школских објеката, све на основу модела јавно-приватног партнерства (53.000 м²). Укупна вредност ових пројеката износи 300 милиона куна, уз финансирање из буџета Вараждинске жупаније, буџета јединица локалне самоуправе у жупанији и државног буџета. Највећи део финансирања долази из приватних извора кроз модел јавно-приватног партнерства. Изградња је планирана током две године; прво 20.000 м² у 2006. год. те преосталих 33.000 м² у 2007. години. Основни циљ пројеката је осигурање простора за различите програме за ученике и омогућавање организовања наставе у једној смени, боље планирање и управљање школом, као и подједнака расподела школа и гимнастичких дворана широм жупаније. Пројекте изградње или доградње школа и гимнастичких дворана проводе јавни партнери (инвеститори), као што су Вараждинска жупанија и градови и општине Вараждинске жупаније, и приватни партнер, посебно основано друштво које ће деловати док не истекне уговор о јавно-приватном партнерству (БОТ уговор). Ово друштво је одговорно за пројектовање, извођење и финансирање радова, а делује и као консултантска фирма која управља коришћењем и одржавањем школа и гимнастичких дворана. Иако је законодавни оквир којим се уређује подручје јавно-приватног партнерства донесен тек у другој половини 2006. и почетком 2007. године, то није онемогућило високо мотивисане службенике у Граду Вараждину и у Вараждинској жупанији да и пре тога користе позитивне елементе новог модела финансирања (ЈПП), што је подстакло и низ других развојних пројеката.

⁴⁸⁹ Као пример можемо навести уговоре о извођењу молерско-фасадерских радова на општинској згради.

⁴⁹⁰ Исто.

Наведени уговор о јавно-приватном партнерству предвиђа да ће изградња гимнастичких сала и доградња школа, бити завршена у току прве две године, након чега приватни партнер пружа консултантске услуге у њиховом коришћењу и одржавању.

Слично као и у претходном примеру реконструкције жупанијске палате, и у овом јавно-приватном партнерству, Вараждинска жупанија односно градови, иступају као јавноправна уговорна страна.

Основни циљ пројекта: осигурање простора за различите програме за ученике и омогућавање и организовања наставе у једној смени, боље планирање и управљање школом, као и подједнака расподела школа и гимнастичких дворана широм жупаније, је пре свега у функцији обављање јавне службе образовања као делатности од највећег јавног интереса.

И у овом случају јавна управа задржава ванредна овлашћења у односу на приватноправну страну, која се састоје у могућности измене или уговора уколико то јавни интерес захтева, уз обавезу јавноправне стране, да обезбеди финансијску равнотежу уговорних страна у виду финансијске надокнаде приватном партнеру.

Врло сличан је пример изградње нове школе у Граду Копривница. Наиме, Изградња нове школе се показала као неопходна јер су у постојећем школском објекту биле смештене три различите школе са 2.850 ученика и 85 разреда, а настава се одржавала у три или четири смене. Копривничко-крижевачка жупанија и Град Копривница су били једине јединице локалне самоуправе у Републици Хрватској у којима преко 30 година није изграђена ниједна средња школа. Образовна структура становништва у Граду Копривници и у Копривничко-крижевачкој жупанији била је изузетно неповољна. У градском буџету није било довољно средстава за финансирање капиталног пројекта, а задуживање јединица локалне самоуправе, а самим тим и Града Копривнице, строго је ограничено Законом о буџету којим је одређен горњи праг задужења. Максималан износ задужења износио је највише до 20% остварених прихода у претходној години, што за Град Копривницу није било довољно да би се овај пројекат реализовао. Градска власт је била принуђена да пронађе нов начин финансирања

изградње школе, па је изабрала модел јавно-приватног партнерства како је наведено у наведеном примеру.⁴⁹¹

Оквир бр. 15. Пројекти изградње и реконструкције школе у у Копривници

Уговор за предмет има изградњу школе у Граду Копривница. Укупна вредност пројекта износила је 106 милиона куна. Приватни партнер је с Градом Копривницом склопио уговор о изградњи школе уз право коришћења у раздобљу од 25 година. Ризике изградње и ризик расположивости је преузео инвеститор, док је ризик потражње подељен, тако да је приватни партнер преузео 90 %, а инвеститор 10 % ризика. Уговор предвиђа да накнаду за коришћење школе плаћа Град Копривница у 286 месечних рата од 700.000 куна. То значи да је значајан део капиталног буџета Града Копривнице остао расположив за финансирање других важних развојних и инфраструктурних пројеката. Осим тога, овакав модел јавно-приватног партнерства има и неколико других предности: јавни партнер је платио све пружене услуге, на пример, изградњу школске кухиње; осигуран је исти квалитет услуге за раздобље од 25 година, а стандард одржавања школе је утврђен као обавеза приватног партнера; изградња школе је финансирана без већег оптерећења буџета и без дефицита; и максимално је заштићен јавни интерес.

И за ово јавно-приватном партнерство се може констатовати присутност истих или сличних елемената као и у претходна два примера. Град Копривница се појављује као јавноправна уговорна страна . Такође, су у уговору присутне ванредне клаузуле, у смислу посебних овлашћења јавноправне стране, као што је могућност измене уговора у јавном интересу. Осим тога, циљ уговора је обезбеђење техничких услова и других услова за образовање, као делатности од највећег јавног интереса.

Ипак, без обзира што је Хрватска међу првима препознала значај специјализованог тела за координацију процеса јавно-приватног партнерства и она пролази кроз бројне изазове у реализацији ових уговора. Наиме, и у Хрватској се проналазе примери пројеката јавно-приватних партнерстава који држави нису донели жељене резултате. Такав случај је са пројектом изградње уређаја за прочишћавање

⁴⁹¹ Исто, стр. 58. и 59.

отпадних вода у Загребу око којег се водило највише полемика у јавности и то првенствено због вишеструких недостатака у његовом спровођењу.⁴⁹²

Оквир бр. 16. Изградња уређаја за пречишћавање отпадних вода у Граду Загребу

Пројекат изградње уређаја за пречишћавање отпадних вода у Граду Загребу, карактерише лоша расподела ризика са огромним теретом накнаде који је пребачен на становнике и фирме. Уговор о изградњи овог уређаја је имао веома неповољне услове, јер је грађане Загреба коштао много више него што се очекивало. Поред тога уговор је био нетранспарентан, а подразумевао је изузетно проблематичан систем наплате. Осим укупне цене пројекта која је била много већа у односу на средства која су одобрена од међународних финансијских институција у јавности се калкулисало са различитим цифрама од стране ЕБРД-а и Градског већа града Загреба.

Све наведене примере уговора о јавно-приватном партнерству карактерише обавезна присутност јавноправног тела као једне уговорне стране, те, у већој или мањој мери и посебане ванредне клаузуле у односу на класични приватни уговор. Ове уговоре карактеришу већа овлашћења јавне управе која по правилу задржава право да једнострано мења или чак раскине уговор уколико то јавни интерес захтева. Наравно, у том случају би приватни партнер имао право на финансијско обештећење ради обезбеђења финансијске равнотеже. Осим тога карактеристика свих наведених уговора је да имају за циљ обезбеђење услова за остварење јавног интереса у делатностима од посебног значаја.

На крају након разматрања уговора о концесији и јавно-приватном партнерству у хрватској пракси, закључујемо да иако, у моменту закључења ових уговора управни уговор није био експлицитно уведен у хрватско позитивно законодавство, можемо констатовати да су ови уговори, по својој правној природи ипак управни уговори макар и у латентној форми.

⁴⁹² С. Мук, и др, *Јавно-приватна партнерства у Црној Гори* [...] стр. 21.

4.1.4. Управни уговор у Општем пореском закону

Закон о изменама и допунама Општег пореског закона⁴⁹³ ступио је на снагу 17. марта 2015. године. Изменама закона уводи се низ новина, као и неки нови институти. Додати су нови чланови 91.б, 91.ц и 91.д, Општег пореског закона којима је, међу осталим, уведен нови институт управног уговора. Њиме се прописује да пореско тело и порески обвезник могу ради намирења доспелог пореског дуга, у целости или делимично, склопити управни уговор. Закључењем управног уговора порескиим обвезницима се омогућава намирење пореског дуга, односно плаћање целог износа главнице и камата најдуже у 24 месечна ануитета уз обрачун припадајуће законске затезне камате од 12% на износ репрограмираних главнице дуга. Управни уговор закључује се у писменом облику, слободном вољом субјеката пореско – дужничког односа, те има учинак извршног решења донесеног у пореском поступку, а његовим закључењем извршење ће се обуставити само за износ пореског дуга који је предмет уговора.⁴⁹⁴

Предлог за закључење управног уговора подноси порески обвезник, физичко или правно лице надлежној испостави Пореске управе. Предлог садржи: предлог начина намирења доспелог пореског дуга претходно усклађеног с пореским телом, овереног печатом и потписом овлашћених особа пореског тела и пореског обвезника; предлог рокова за његово намирење; лични идентификациони број пореског обвезника; разлоге због којих је настао порески дуг; податке о структури својине пореског обвезника; податке о повезаним друштвима; попис имовине у својини пореског обвезника; податке о судским поступцима који имају утицај на пословање пореског обвезника; предлог средстава осигурања наплате пореског дуга; попис доспелих

⁴⁹³ Опћи порезни закон *Народне новине* бр. 147/08, ступио је на снагу 01. 01. 2009. Закон о изменама и допунама Општег порезног закона, *Народне новине* бр. 26/15.

⁴⁹⁴ Више: Порезна управа доступно на: https://www.porezna-uprava.hr/HR_o_nama/Stranice/zadatak.aspx

обавеза према свим повериоцима; попис кључних добављача и повериоца са стањем обавеза.⁴⁹⁵

Поднесени предлог, потврда о стању дуга, надлежне испоставе и изјашњење надлежног Подручног уреда доставља се на разматрање Саветодавном већу надлежног Подручног уреда односно Централног уреда Пореске управе, зависно од висине пореског дуга за који се предлаже закључење управног уговора. На основу достављене документације Саветодавно веће одлучује о испуњењу законом прописаних услова и основаности поднесеног Предлога, те о томе саставља Записник. О закључењу управног уговора, а на основу предлога Саветодавног већа, одлучује помоћник министра, управник Пореске управе, односно руководилац надлежног Подручног уреда. О донесеној одлуци, пореско тело обавестиће пореског обвезника.

Управни уговор се не може закључити с пореским обвезником чији је рачун блокиран од стране других поверилаца и против ког се проводи поступак утврђивања злоупотребе права у пореско-дужничком односу, за порески дуг који је већ био предметом раскинутог управног уговора, за дуг за који је склопљен управни уговор или за дуг који је обухваћен репрограмом. Управни уговор неће се закључити ако пореско тело оцени да порески обвезник није учинио вероватним испуњење сврхе и предмета управног уговора.⁴⁹⁶

Кад надлежна испостава Пореске управе утврди да обвезник не испуњава рокове и начин плаћања у складу са управним уговором, позваће га да уплати доспели ануитет, а ако плаћање изостане, предложиће надлежном подручном уреду односно Централном уреду раскид управног уговора. Управни уговор Пореска управа једнострано раскида решењем против којег је допуштено тужбом Управном суду покренути управни спор. Наплата пореског дуга обухваћеног раскинутим управним уговором наставиће се према Општем пореском закону и Стечајном закону. Управни уговор престаје намирењем дуга у целости пре истека рока, истеком рока на који је закључен, смрћу дужника,

⁴⁹⁵ Исто.

правоснажним решењем трговачког суда о отварању стечајног поступка те правоснажним решењем о отварању поступка предстечајне нагодбе.⁴⁹⁷

Хрватски управни уговор ради намирења доспелог пореског дуга између пореског тела и пореског дужника, по нашем мишљењу има посебан значај за теорију и праксу управног уговора, јер представља одступање од традиционалних области примене овог института. На овај начин се отвара могућност много шире примене уговорних форми у различитим областима уређења односа јавне управе и приватних субјеката, пре свега путем управног уговора.

4.1.5. Правна заштита управних уговора и решавање спорова

Правна заштита у поступцима доделе управних уговора укључује управну (административну) и судску правну заштиту. Управна (административна) заштита уређена је генерално Законом о општем управном поступку, али и Законом о јавној набавци,⁴⁹⁸ а они у одређеној мери различито уређују ову заштиту. Међутим, према правилу *lex specialis derogat legi generali*, у поступцима административноправне заштите код доделе управних уговора, примарно се примењује Закон о јавној набавци као *lex specialis* у односу на Закон о општем управном поступку, као *lex generalis*, чија је примена супсидијарна у односу на Закон о јавној набавци.⁴⁹⁹

Правна заштита друге уговорне странке управног уговора у новом је Закону о општем управном поступку осигурана најпре кроз институт приговора. Тако странка

⁴⁹⁶ Исто.

⁴⁹⁷ Данијела Рудић, Дарија Боговић Ђорковић, *Отпис и одгода доспјелости порезног дуга – прије и сада*, Порески вјесник 7-8/2015, стр. 80. Доступно на: <http://www.ijf.hr/upload/files/file/PV/2015/7/rudic.pdf> (15. фебруара, 2016.)

⁴⁹⁸ Закон о јавној набави, *Народне новине* број: 90/2011. год. 4. део (чл. 138. - 167.). У складу са тим законом проводи се и правна заштита у поступку давања концесије (чл. 38. Закона о концесијама), те правна заштита у поступку избора приватног партнера у пројекту јавно-приватног партнерства (чл. 30. Закона о јавно-приватном партнерству). Н. према: Д. Авиани, стр. 362. - 363.

⁴⁹⁹ Д. Авиани, стр. 362. - 363.

може изјавити приговор због неиспуњавања уговорних обавеза јавноправног тела из управног уговора. Приговором се, наравно, може тражити и накнада штете настале неиспуњавањем уговора. Изјављује се и предаје телу које на темељу закона обавља надзор над јавноправним телом с којим је странка закључила управни уговор, што значи да овај приговор, унаточ називу, није ремонстративан већ деволутиван правни лек.⁵⁰⁰

Према Закону о јавној набавци, правна се заштита заснива најпре на општим начелима јавне набавке као што су начело слободе кретања робе, начело слободе пословног настањивања и начело слободе пружања услуга, те начела која из тога произлазе, као што је начело тржишног надметања, начело ефикасности, начело једнаког третмана, начело забране дискриминације, начело узајамног признавања, начело сразмерности и начело транспарентности. Поред ових начела, правна се заштита темељи и на начелима законитости, ефикасности, економичности и контрадикторности. У складу са одредбама тог Закона, поступак правне заштите започиње предајом жалбе Државној комисији за контролу поступака јавне набавке (даље: Државна комисија). Истовремено с достављањем жалбе Државној комисији, жалилац је обавезан примерак жалбе доставити и наручиоцу на доказив начин. Жалба која није достављена наручиоцу сматра се неблаговременом.⁵⁰¹

Овлашћења Државне комисије уређена су Законом о Државној комисији за контролу поступака јавне набавке.⁵⁰² Државна комисија је самостално и независно државно тело надлежно за решавање жалби у поступцима јавне набавке, давања концесија и избора приватног партнера у пројектима јавно-приватног партнерства.⁵⁰³ У жалбеном поступку Комисија одлучује о законитости поступака, радњи, пропуштања радњи и одлука као појединачних аката донесених у поступцима јавне набавке, давања

⁵⁰⁰ Д. Авиани, Д. Ђерђа, стр. 484. и 485.

⁵⁰¹ Д. Авиани, стр. 363.

⁵⁰² Закон о Државној комисији за контролу поступака јавне набавке, *Народне новине*, бр. 21/2010.)

⁵⁰³ Члан 2. Закона о Државној комисији за контролу поступака јавне набавке.

концесија и избор приватног партнера у пројектима јавно-приватног партнерства. Државна комисија одлучује и о другим захтевима које су странке у поступку правне заштите, овлашћене поставити.⁵⁰⁴

Према Закону о јавној набавци, активно легитимисана лица за улагање жалбе су поред учесника или понуђача у поступку јавне набавке, и сваки други привредни субјекат који има правни интерес за добијање предметног уговора о јавној набавци, иако још није ни упутио своју пријаву, под условом да је претрпео или могао претрпети штету од наведеног кршења субјективних права. Исто тако, легитимацију за улагање жалбе имају Уред за јавну набаву Владе и Државно одвјетништво. Жалба се може уложити, не само против одлука наручиоца у вези с избором или поништењем поступка, већ и против радње или пропуштања у вођењу поступака на које се мора применити Закон о јавној набавци. Државна је комисија овлашћена одредити и неку од привремених мера, као што су забрана потписивања уговора о јавној набавци и извршавања уговорних обавеза, али и сваку другу меру којој би циљ био спречавање настанка штете до које би могло доћи ако се не усвоји предложена мера. У поступку решавања о жалби, Државна комисија испитује законитост поступка набавке у целини, те доноси одлуку у складу са правилима из Закона о јавној набавци. Овлашћења Државне комисије се крећу од одбацивања жалбе (ако не постоје процесне претпоставке да се жалба испита), или одбијања жалбе као неосноване, па до поништавања незаконите одлуке, поступка или радње јавноправног тела као наручиоца.⁵⁰⁵

Поступак пред Државном комисијом води се применом одредаба Закона о општем управном поступку. То значи да ће странке у поступку и Државна комисија у току целога поступка спор настојати решити мирним путем. У том смислу, странке могу током целога поступка пред Државном комисијом склопити нагодбу, која,

⁵⁰⁴ Д. Авиани, исто.

⁵⁰⁵ Исто, стр. 364.

наравно, не сме бити противна законској норми, правилима јавног морала нити сме бити на уштрб правних интереса трећих лица.

У жалбеном поступку Државна комисија може одбацити, одбити или уважити жалбу. Жалбу одбацује због одређених процесних недостатака (недопуштена, неблаговремена или изјављена од неовлашћеног лица). Одбиће жалбу ако сматра да је она неоснована, а поступак јавне набавке законит. Уважиће жалбу ако је она основана, а поступак јавне набавке који је жалби претходио, незаконит. У том је случају Државна комисија овлашћена решењем: а) поништити одлуку, поступак или радњу у делу у којем су захваћени незаконитошћу, укључујући дискриминирајуће, техничке, финансијске и друге одредбе из позива на надметање, документације за надметање или остале документације у вези с поступком јавне набавке; б) поништити уговор о јавној набавци или оквирни споразум или његов део; ц) одлучити о захтеву за накнаду трошкова жалбеног поступка; д) одлучити о предлогу за одређивање привремене мере; е) одлучити о захтеву за одобрење наставка поступка јавне набавке односно закључења уговора о јавној набавци или оквирног споразума; ф) одредити новчану казну. Одлуке Државне комисије подлежу судској контроли пред управним судом на основу Закона о управним споровима. У управном спору, Суд оцењује законитост одлуке Државне комисије, као и законитост самог поступка набавке.⁵⁰⁶

О приговору се одлучује решењем, против којег се може покренути управни спор. Ово је у складу са принципима економичности и ефикасности, управног поступања јер управа може, пре него што предмет упути на судско одлучивање, решењем, сама покушати исправити неправилности у свом раду како би се избјегао управни спор. Стога ово решење свакако треба сагледати у контексту бржег остваривања права странака, али уз увек Уставом зајамчено право судске заштите. Овде аутори, по нашем мишљењу, с правом наглашавају важан искорак законодавца ка

⁵⁰⁶ Исто.

посебном правном режиму и надлежности специјализованог управног судства за решавања спорова везаних уз управне уговоре.⁵⁰⁷

Авиани, наводи да је Захтев за накнаду штете могућ и путем парничног поступка, како је регулисано Законом о облигационим односима и Законом о парничном поступку. Међутим, он упоређујући анализиране одредбе Закона о облигационим односима о правној заштити из управног уговора и одредбе Закона о јавној набавци о правној заштити, уочава одређене неусклађености. Наиме, у Закону о општем управном поступку предвиђен је приговор због неиспуњавања уговорних обавеза јавноправног тела, као правни лек који изјављује странка и то телу које на основу закона, обавља надзор над јавноправним телом с којим је странка закључила управни уговор. О приговору се доноси решење против кога се може покренути управни спор. У Закону о јавној набавци предвиђена је жалба Државној комисији, а против одлуке о жалби може се покренути управни спор. Уз то, могући жалбени разлози су према Закону о јавној набавци одређени знатно шире.⁵⁰⁸

4.2. Управни уговор у праву Македоније

4.2.1. Управни уговор у позитивном праву Македоније

Македонија је као и Хрватска, тек у скорије време у своје позитивно законодавство увела управни уговор. Како се ради о новом институту, у недостатку његове теоријске основе и праксе, постоје бројне неусаглашености и тешкоће у његовој примени. Управним уговором у македонској управноправној теорији у новије време највише се бавио проф. *Борче Давитковски*, али и други аутори на чијим радовима се у највећем делу заснива анализа овог института у позитивном праву Македоније коју излажемо у овом поглављу.

У управноправној теорији присутна је теза да је непостојање посебног Закона о установама у Македонији био један од главних разлога нецеловитог установљавања и

⁵⁰⁷ Д. Ђерђа, Д. Авиани, стр. 485.

⁵⁰⁸ Д. Авиани, стр. 365.

доследног регулисања, између осталог и института управног уговора. Тако се подвлачи да до маја 2005. године у Републици Македонији није постојао једнообразан и унифициран систем уређења правног начина преношења одређених функција са јавног на приватни сектор, односно систем који би регулисао механизме за увођење тржишних елемената у пословању јавног сектора.⁵⁰⁹

Стога се за Закон о установама,⁵¹⁰ истиче да представља велики реформски захват за македонски јавни сектор у целини. Њиме су предвиђене бројне новине, у погледу функционисања јавних служби у земљи. Посебно значајно је, а још више, корисно и друштвено оправдано, *изричито предвиђање института управног уговора.*⁵¹¹ Закон регулише управни уговор као: „двострани правни акт, јавноправног карактера, који се закључује између надлежног министарства и оснивача установе, односно физичког лица које делатност обавља као професионалну делатност.“⁵¹²

На основу оваквог одређивања појма управног уговора, без оптерећивања законског текста, извлачи се закључак да употребљена дефиниција може послужити као основа за извлачење основних карактеристика управног уговора, онако као што су они предвиђени у теорији управних уговора. Из законске дефиниције произлазе: 1) двостраност, као карактеристика управних уговора, што их разликује од решења као једностраних управних аката и 2) јавноправни карактер уговора указује на његово дистанцирање од приватноправних, грађанских уговора, што треба да подразумева могућност уношења уговорних клаузула које одступају од одредаба општег, грађанског права.⁵¹³

⁵⁰⁹ Н. Гризо, Б. Давитковски, *Приватизација во светот*, Куманово, 1994. стр.130.

⁵¹⁰ Закон за установи, *Службен весник на РМ*, бр. 32/05. Б. Давитковски, стр. 9.

⁵¹¹ Борче Давитковски, *Појам управних уговора и њихово место у македонском правном систему*, Тематски број посвећен Славољубу Поповићу, LVII, Ниш, 2011. стр. 9.

⁵¹² Члан 2. тачка 24. Закона о установама (појмовник законских термина), Н. према: Б. Давитковски, исто.

⁵¹³ Б. Давитковски, исто.

Давитковски истиче, мислимо с разлогом, да Закон превише рестриктивно дефинише субјекте управног уговора, тако што како се наводи, непотребно и погрешно утврђује да управни уговор може закључити само надлежно министарство. Аутор наводи да започети процес децентрализације у Македонији предвиђа надлежност локалне самоуправе за обављање већег броја јавних служби, чиме се недвосмислено отвара могућност и потреба да се у управним уговорима као уговорна страна, јавља и орган локалне самоуправе, а не само држава. Стога сматра, да је у овом случају прихватљивији термин „јавноправни субјект“, или „надлежани јавни орган“, уместо употребљене терминологије – „надлежно министарство“. Наглашава и да законској дефиницији управног уговора недостаје један посебно важан елемент за дефинисање уговора као управног, а то је да обављање јавне службе представља основни циљ уговора. Решења за ове недостатке била су предвиђена у Предлогу закона о установама, али она нису ушла у коначни законски текст који садржи другачију дефиницију управних уговора.⁵¹⁴

И правне празнине македонског законодавства из области управног права, посредно утичу на правни оквир управних уговора. Тако Закон о организацији и раду органа државне управе⁵¹⁵ не предвиђа могућност органа државне управе да закључују уговоре. Истиче се да у данашње време значење закључивања управних уговора достиже степен важности доношења управних решења, па зато, ова активност органа државне управе треба бити изричито предвиђена Законом као део њених надлежности. Наводи се да је корисно, да у истом Закону, буде начелно опредељен и поступак за закључивање ових уговора, бар у погледу субјеката који ће да буду овлашћени за обављање ове делатности.⁵¹⁶ Исте примедбе односе се и на Закон о Влади Републике

⁵¹⁴ Исто, стр. 9. и 10.

⁵¹⁵ Закон о организацији и раду органа државне управе, *Службен весник на РМ*, бр. 58/2000. Члан 13. наведеног закона регулише све надлежности органа државне управе, којим је изричито предвиђено решавање управних послова, што значи доношење конкретних управних аката, али не и закључивање управних уговора. Исто, стр. 18.

⁵¹⁶ Б. Давитковски, стр. 18.

Македоније.⁵¹⁷ Аутор предлаже да је у члану 8. овог Закона којим се утврђује надлежност Владе, потребно предвидети и закључивање управних уговора. Ово образлаже чињеницом што се често пута, посебно код концесија, као концедент јавља сама Влада, те да је управо у тим случајима, реч о управним уговорима, у којима је Влада једна уговорна страна. Указује на неусаглашеност закона истичући да је нелогично да Влада закључује овакве уговоре, а да такво њено овлашћење није изрично предвиђено Законом којим се регулишу сва друга питања њене надлежности.⁵¹⁸

Истиче се, међутим, да сасвим другачије решење нуди Закон о локалној самоуправи.⁵¹⁹ Овај Закон предвиђа управне уговоре као један од два начина за спровођење надлежности локалне самоуправе. Закон, у члану 2. који представља појмовник, чак садржи и кратку дефиницију оваквих уговора. Једино изостаје изричито употреба термина „управни уговори“.⁵²⁰ На крају се изводи закључак да „овакве околности доводе до реалности у којој се примећује одсуство правне логике: органи јединица локалне самоуправе имају законску могућност да закључују „уговоре за извршавање послова јавног интереса“, што се може рећи - управне уговоре, док органима државне управе и Влади Републике Македоније, оваква могућност није предвиђена законским актима који уређују њихову надлежност!“⁵²¹

Институт управног уговора изричито је предвиђен само у Закону о установама и Закону о управним споровима. Ипак, у македонском позитивном праву могу се пронаћи бројни елементи који су карактеристични за класични модел управног уговора и онда када се овај институт изричито не спомиње у законодавству. Анализа неколико важећих законских прописа, доводи до констатације да се клице управног уговора

⁵¹⁷ Закон за Владата на Република Македонија, *Службен весник на РМ*, бр. 59/2000.

⁵¹⁸ Исто.

⁵¹⁹ Закон за локалната самоуправа, *Службен весник на РМ*, бр. 5/2002.

⁵²⁰ Б. Давитковски истиче да за разлику од оваквог решења, Закон о установама предвиђа закључивање управних уговора само од стране надлежног министарства, шта значи да органи локалне управе немају ово право по Закону о установама, а супротно Закону о локалној самоуправи. Исто, стр. 18. и 19.

⁵²¹ Исто, стр. 19.

налазе у оним законским одредбама где су предвиђени: а) отворени позив, ограничени позив, прикупљање понуда и непосредна погодба предвиђени код закључивања уговора о јавним набавкама;⁵²² б) обавезан избор уговорне стране,⁵²³ в) експлицитна могућност локалних органа да закључују „уговоре о обављању послова јавног интереса“⁵²⁴ и, г) сва начела на којима почива управни уговор, а која су најчешће изражена у уговорима о концесији, (што је случај и са македонским Законом о концесијама) као један од његових облика: јавни конкурс; додела концесије и закључивање концесијског уговора; начело економско-финансијске равнотеже; прерогативи јавне управе изражени преко: надлежности јавног органа за стављање концесије под привремену принудну управу (секвестар), обавеза концесионара да продужи с обављањем јавне услуге независно од битне промене околности под којима је закључан уговор; право превременог откупа концесије због јавног интереса; и право јавног органа на једностран раскид уговора код концесија за јавне услуге.⁵²⁵

Берђа анализирајући македонски Закон о концесијама, наводи да је њиме прописано да уговор о концесији садржава императивне и уговорне одредбе.⁵²⁶ Императивним одредбама уговора Влада Македоније одредиће начин и услове коришћења јавне имовине од интереса за Републику Македонију, тј. извођење концесионе делатности. Уговорним одредбама Влада ће се заједно с концесионаром споразумети о односима који се тичу предмета уговора о концесији, а посебно начину, условима и гаранцијама за плаћање концесионе накнаде; правима и обавезама у вези с

⁵²² Закон о јавним набавкама, *Службен весник на РМ*, бр. 136/2007.

⁵²³ Пример за овакво ограничење избора уговорне стране садржи Закон о јавним путевима, *Сл. весник на РМ*, бр. 84/2008.

⁵²⁴ Члан 2. тачка. 9. и члан 24. ст. 2. Закона о локалној самоуправи, *Сл. весник на РМ*, бр. 5/2002.

⁵²⁵ Закон о концесијама, *Службен весник на РМ*, бр. 25/2002. Нови Закон о концесијама и јавно-приватном партнерству (2008) не садржи све одредбе које је садржао Закон о концесијама од 2002. године, али ипак и овај законски текст обилује елементима који карактеришу институт управног уговора, без изричног навођења овог појма. Н. према: Б. Давитковски, стр. 12.

⁵²⁶ Члан 16. Закона о концесијама.

имовином концедента; обавезама концесионара у вези са информацијама које требају бити доступне концеденту о извођењу делатности те догађајима који могу утицати на извршавање концесионе делатности, на начин и под условима одређеним принудним одредбама из уговора о концесији; начину обављања надзора од стране концедента; одговорности везаној уз раскид концесионих услова; обостраном односу у вези с могућом штетом проузрокованом извршењем или неизвршењем концесије, тј. концесионе делатности; одговорности за унапређење и заштиту околине; начину решавања спорова; престанку уговора о концесији те могућем продужењу; преносу концесионарових објеката и опреме (откуп концесије) или могућој накнади штете, који следе након престанка уговора; условима опозива концесије те престанку уговора о концесији.⁵²⁷

Одређени уговори о јавним набавкама, исто као и уговори о концесионираним јавним службама, имају карактер управних уговора. Међутим, уговори о набавкама канцеларијског материјала, о набавкама молерско-фарбарских услуга за управу, о набавкама службених униформи и бројних других уговора о јавним набавкама, који се закључују због успешног функционисања јавне управе (најчешће су од мање вредности и поступак за њихово закључивање је једноставнији - прикупљањем понуда, или непосредном погодбом), несумњиво представљају грађанскоправне уговоре у којима се као равноправан партнер приватном субјекту (уколико обе уговорне стране нису јавноправни субјекти) јавља јавноправни орган. То је тако, зато што овим уговорима није заступљен јавни интерес. Управа закључује уговор, водећи рачуна пре свега о економским ефектима.⁵²⁸

Истичући разлику између различитих уговора које јавна управа закључује, аутор наглашава много већи значај за цело друштво уговора о јавним набавкама у којима је изражен, пре свега, јавни интерес. Такви би на пример били, уговори о обезбеђивању социјалних и санитарних услуга, услуга за едукацију и професионално

⁵²⁷ Д. Ђерђа, *Уговор о концесији* [...] стр. 97.

⁵²⁸ Више: Б. Давитковски, стр. 12.

оспособљавање, или рекреативних, културних и спортских услуга. Број оваквих уговора је готово неограничен, и њихово таксативно набрајање је немогуће, јер њихов број и врста зависи од потреба који се мењају у различитим временским периодима под утицајем динамичног развоја свих друштвених односа.⁵²⁹

Давитковски као заједничку карактеристику ових уговора наводи да они у ствари по свом карактеру и правној природи, спадају у категорију управних уговора. Као критеријуме за овакву њихову квалификацију одређује следеће: обавезно учешће јавноправног органа; строго прописан поступак за њихово закључивање који почиње са критеријумима за обавезно стављање понуђача у конкуренцију, чиме се остварују начела једнакости и транспарентности; садржај одредаба са којима се одступа од правила општег права, преко предвиђања посебних овлашћења јавноправном органу, који одређују његов надређени положај у односу на другу уговорну страну; и коначно, присуство јавног интереса чије обезбеђење представља основни циљ закључења уговора. Уколико су сви ови елементи присутни у уговору о јавној набавци, тада је реч о управном уговору! Дакле, када се установи присуство ових елемената, „уговор о јавним набавкама поприма карактер управног уговора, чиме напушта област приватног (облигационог) права и помиче се у сферу јавног (управног) права. У складу са овим закључком, и судска заштита спорова који произлазе из ових уговора, обавезно мора бити смештена у оквиру управног спора.“⁵³⁰

Аутор анализирајући управне уговоре, у француској теорији и судској пракси, наводи да они имају у основи неке од битних својстава приватноправних уговора, али од њих се разликују по извесним карактеристикама. Сви уговори које закључује држава не спадају у категорију управних уговора. Он истиче да фраза: „да је сваки управни уговор уговор управе, али није сваки уговор управе уједно и управни уговор,“ није само игра речи.⁵³¹ Управни уговор представља двострани правни однос, у чијем стварању

⁵²⁹ Исто, стр. 12. и 13.

⁵³⁰ Исто.

⁵³¹ J. Rivero, *Droit administratif*, 2. ed. Paris, 1962. стр. 98. Н. према: Б. Давитковски, стр.19.

учествују управа и субјекат приватнога права, из кога произлазе права и обавезе за обе стране, усмерени према истовременом остварењу јавног интереса и постизању економског ефекта, у чему јавни интерес има доминантан значај. Зато, овакво “уговорно право”, представља у суштини део управног права и садржи правила/одредбе које су несвојствене грађанском праву. Ипак, он наглашава важну чињеницу да управни уговори, никад нису у потпуности регулисани правилима управног права те да је у њиховој регулацији, неопходна примена норми грађанског, односно облигационог права.⁵³²

Ако разматрамо неке од уобичајених уговора јавноправног карактера, које у упоредном праву углавном садрже карактеристике управног уговора, можемо приметити да и у македонском праву, поред наведених јавноправних уговора који се закључују код јавних набавки од ширег, јавног значаја, и уговори о концесијама и јавно-приватном партнерству, такође представљају уговоре који по својим карактеристикама одступају од уговора приватноправног карактера.

Област јавно-приватног партнерства у Македонији је регулисана Законом о концесијама и јавно-приватном партнерству из 2012.⁵³³ Овај Закон пре свега, регулише материјалноправне одредбе којима се уређују питања предмета, субјеката, облика партнерства, као и правила која се односе на уговоре о јавноприватном партнерству. Иако Закон изричито подвлачи јавни интерес као основни предуслов за закључење јавно-приватног партнерства, његове одредбе су усмерене на одржавање равнотеже између јавног и приватног интереса, који се неминовно укрштају при сваком закључењу уговора. Према одредбама Закона, уговорне стране, јавни и приватни партнер, су равноправни, али, ипак имају низ различитих, посебних обавеза.⁵³⁴

⁵³² Б. Давитковски, стр. 19.

⁵³³ Закон о концесијама и јавно-приватном партнерству, *Службен весник на РМ*, бр. 6/2012, у примени од марта 2012.

⁵³⁴ Лилјана Јоноски, *Моделот на јавно-приватно партнерство реално остварлив и применлив*, доступно на: <http://www.pravdiko.mk/wp-content/uploads/2014/08/strucna-statija.pdf> (15. 03. 2016)

На једној страни је јавни партнер, као правно лице које додељује уговор о јавно-приватном партнерству. То може да буде Република Македонија, одређена општина, Град Скопље и општине у граду Скопљу, јавна предузећа, јавне установе, привредна друштва чији је оснивач Република, општина, Град Скопље или општине у Граду Скопљу, као и друштва преко којих ови субјекти као сопственици њихове својине, имају посредно или непосредно утицај на њих, као и друга правна лица којима је законом поверено вршење јавних овлашћења. С друге стране је приватни партнер, домаће или страно правно или физичко лице или, пак, конзорцијум са којим јавни партнер закључује уговор о јавно-приватном партнерству, или који у том циљу оснива друштво за посебне намене.⁵³⁵ Закон предвиђа да јавно-приватно партнерство може да се успостави у облику концесија за јавне радове, као концесија за јавне услуге, као уговор о јавним набавкама радова или уговор о јавним набавкама услуга.

Имајући у виду развој законског оквира, као и тренутно стање у Македонији, може се рећи да постоје четири релевантне институције које раде у областа концесија и јавно-приватних партнерстава. Једна од њих је Биро за јавне набавке, с обзиром да у сагласности са националним законодавством,⁵³⁶ он обавља „послове у вези са развојем система јавних набавки, и обезбеђује рационално, ефикасно и транспарентно спровођење јавних набавки“.⁵³⁷

Друга релевантна институција у складу са новим Законом о концесијама и јавно-приватном партнерству, је Државна комисија за жалбе по јавним набавкама, која изгледа да се развија у позитивном правцу. Почевши од јануара 2012. године, Комисија је надлежна да поступа по жалбама у поступцима за доделу уговора о концесији и јавно-приватном партнерству, при чему је ово питање решено одредбама⁵³⁸ новог Закона о концесијама и јавно приватном партнерству: *Право на жалбу*, које гласи:

⁵³⁵ Исто.

⁵³⁶ Члан 12. Закона о јавним набавкама.

⁵³⁷ Л. Јоноски, исто.

⁵³⁸ Члан 54. Закона о концесијама и јавно-приватном партнерству.

„Правна заштита за све поступке доделе уговора у сагласности са овим законом се обезбеђује у сагласности са Законом о јавним набавкама.“⁵³⁹

Трећа важна институција у области концесија и јавно-приватног партнерства је Министарство економије, које у складу са Законом о концесијама и јавно-приватном партнерству има следеће надлежности⁵⁴⁰: развија и спроводи мере и активности са циљем постизања и одржавања у целости транспарентног ефикасног система јавно-приватног партнерства; води и одржава Регистар за доделу уговора за успостављање јавно-приватног партнерства; израђује предлоге за измену прописа из области јавно-приватног партнерства, и даје инструкције за имплементирање овог закона; организује и реализује едукацију и обуку у области јавно-приватног партнерства за све учеснике у процесу, прати, анализира и даје стручну помоћ и мишљење у делу спровођења поступака; прати, анализира и проучава актуелне европске и светске тенденције, знања и искуства у области јавно-приватног партнерства и врши и друге послове и задатке повезане са јавно-приватним партнерством.⁵⁴¹

Уважавајући приговоре о неусклађености македонског законодавства у вези са управним уговором, неспорно је да је, изричито увођење овог института у позитивно законодавство, макар и са бројним мањкавостима, само по себи напредак у реформисању управе и стварању услова за бржи развој уговорних облика сарадње јавног и приватног сектора. Осим тога, као што се може закључити из претходне анализе, област јавно-приватног партнерства и концесија је регулисана посебним законом, који је усаглашен са савременим прописима у упоредном законодавству. Како у упоредном праву уговори о јавно-приватном партнерству и концесијама, нарочито они који се закључују за вршење услуга, односно јавних служби, садрже најбитније карактеристике управних уговора, они свакаво доприносе напретку у примени овог

⁵³⁹ Д. Јоноски, исто.

⁵⁴⁰ Члан 14. Закона о концесијама и ЈПП.

⁵⁴¹ Л. Јоноски, исто.

инстута у Македонији. Колико се далеко отишло у развоју ових уговора, можемо видети кроз анализу искуства у њиховој примени у македонској пракси.

4.2.2. Уговори о концесијама и ЈПП у македонској пракси

Концесије и јавно-приватна партнерства у Македонији нису значајније заживели у пракси. Као разлог оворе наводи се изостанак искуства у оваквим пројектима, неусклађеност правне регулативе, те изостанак квалитетних пројеката који би се могли понудити приватним инвеститорима.⁵⁴² Нека од јавно-приватних партнерстава и концесија за вршење јавних услуга, који су презентовани, у овом делу рада, су у прелиминарној фази, а код других су већ закључени уговори и отпочели су са реализацијом.

Оквир бр. 17. Управљање са отпадом Општина Горче Петров⁵⁴³

Концесија за услуге: сакупљање и транспортовање комуналног и других видова неопасног отпада, као и организовање примарне селекције отпада, раздвајање органског од другог комуналног - чврстог отпада. Концесионар преузима обавазу да постави пластичне канте, са својим специјалним возилима да сакупља отпад једном недељно и да га транспортује на депонију „Дрисла.“ За извршене услуге концесионар наплаћује накнаду од крајњих корисника. Концесионер плаћа одређен износ за концесиону накнаду концеденту. Концедент је општина Горче Петров. Концесија је додељена за рурална насеља на подручју општине која нису обухваћена са услугама Јавног Предузећа „Комунална хигијена“; Концесиони период: 15 година.

Оквир бр. 18. Јавно осветлење у Општинама Кавадарци и Штип⁵⁴⁴

Концесија за услуге: Концесија за улично осветлење. Концесионар преузима обавезу да о свом трошку, на унапред уговорени период, замени постојеће светилке са штедљивим светилкама, које треба да обезбеде најмање 40.000 радних часова, са јачином од минимум 20 лукса и уштеде електричне енергије од најмање 60%. Концесионар преузима обавезе да одржава улично осветлење за концесисни период. Средства за плаћање према концесионару се обезбеђују од остварене уштеде. Концеденти: Општина Кавадарци и Општина Штип.

⁵⁴² Више о томе: Исто.

⁵⁴³ Градима партнерства, Модели на јпп, доступно на:

http://www.pelagonijabiznis.mk/index.php?option=com_content&view=article&id=29&Itemid=15&lang=mk

⁵⁴⁴ Исто.

У наведеним примерима концесија за услуге садржани су неки од елемената управног уговора. Вршење јавних услуга као што је наведено, представља вид јавне службе, која је као таква предвиђена позитивним законодавством.

Оквир бр. 19. *Концесија за аеродромски систем у Македонији*⁵⁴⁵

У 2008. години, Влада Македоније је преко Министарства транспорта, потписала уговор са турским друштвом *Тере Акфен Вентурс (ТАВ)* о двадесетогодишњој концесији, у којем периоду би друштво управљало са два постојећа аеродрома у Македонији: аеродром “Александар Велики” у Скопљу и аеродром “Свети Апостол Павле” у Охриду. Планирани послови укључују изградњу нове терминалне зграде у Скопљу, проширивање писте, нову административну зграду и нови приступни пут са паркинг простором, са чим би се повећао капацитетот скопског аеродрома на четири милиона путника годишње. У вези са охридским аеродромом, модернизовала би се терминална зграда и ВИП салон. Уговор о концесији, исто тако, укључује и изградњу трећег аеродрома, карго-аеродрома у близина Штина, у источној Македонији. Укупан износ инвестиције се предвиђа у износу од 200 милиони евра, од којих, 30 до 40 милиони евра се очекује да се плати концеденту у току целог двадесетогодишњег периода концесије. Тврди се да су обавезе у вези са охридским аеродромом реализоване на време и да је у току планирање штипског аеродрома. Пројекат се додељује у сагласности са Законом о концесијама из 2008. године и применом ограниченог поступка предвиђеног овим законом. Пројекат је био објављен у међународним медијима и СВЕУ⁵⁴⁶, и ова активност резултовала је са 20 пријава за учешће. Четири друштва су се претквалификовала: по једно из: Француске, Немачке, Аустрије и Турске. Органи, подржани од холандских консултаната, одржали су конференцију за понуђаче и обезбедили просторију са подацима на скопском аеродрому. Све ове активности представљају најбољу међународну праксу. Критеријум за доделу пројекта био је „висина накнаде за концесију“, а сама тендерска документација садржавала је и нацрт уговора. На крају, само турско друштво поднело је понуду за пројекат.

Када је критеријум за доделу пројекта, висина концесионе накнаде, као што је овде случај, ауторка сматра да би се накнада за концесије једноставно могла додати на цену грађевинских радова, те да ово никако није најекономичнији метод за реализацију инфраструктурних пројеката финансираних од приватног сектора. Не постоји транспарентна методологија да се утврди да ли је овај пројекат спроведен или не на начин који

⁵⁴⁵ Лилјана Јоноски, н. д.

⁵⁴⁶ Службени гласник Европске Уније.

би обезбедио највећу економску предност за државу.⁵⁴⁷ Наведене примедбе између указују на објективне недостатке у поступку који претходи закључењу уговора о концесији за јавне службе од највећег значаја за државу.

Оквир бр. 20. Концесије за главне аутопутеве⁵⁴⁸

Министарство транспорта још је у потрази по понуди за веома значајан пројекат приватног финансирање аутопутева, са процентом вредности инвестиције од једне милијарде евра. Поново се користи Закон о концесијама од 2008. године и поново су огласи били објављени у међународним медијумима и СВЕУ. Претквалификовало се 6 друштава (од осам пријава за учешће). Овај пут утврђени критеријум за доделу је минимални број возила који треба да буду гарантовани од државе – односно величина потребне државне гаранције. Остаје да се види да ли ће висина потребне гаранције да оптерети јавноправне органе, при чему би пројекат постао неисплатлив, будући да понуде још нису разматране, а у међувремену је донесен и нови Закон о концесијама и јавно-приватном партнерству.

Да ли ће држава успети да реализује овај пројекат или ће се одустати од идеје о издавању под концесију аутопутева у Македонији остаје да се види. Планирано је и да се изврши реконструкција већег дела аутопута кроз Македонију у којој је планирано да се део послова изведе по принципу јавно-приватног партнерства са кинеском грађевинском компанијом (Аутопут Кичево - Охрид).⁵⁴⁹ И овај пример показује да модели јавно-приватног партнерства за значајне инфраструктурне пројекте у Македонији нису довољно заживели.

У македонској судској пракси постоје случајеви који према мишљењу правних теоретичара показују како је недовољно познавање правне природе института управног уговора и његовог досадашњег игнорисања од стране домаћег законодавства, довело је до појаве “нерешивости” спорова између државе и осталих правних субјеката, поред концесије, и код других правних института, као што је лиценца. Колико је овај став

⁵⁴⁷ Исто.

⁵⁴⁸ Исто.

⁵⁴⁹ Исто.

теорије оправдан показаће пример анализе судске праксе у вези са лиценцом за стално приређивање игара на срећу коју је извршио Б. Давитковски.⁵⁵⁰

Аутор је елаборирао неколико мишљења⁵⁵¹ која су разматрана на општој седници Врховног суда Македоније, по правном питању да ли додељивање лиценце за стално приређивање игара на срећу јесте управни акт у смислу чл. 6. ст. 2. Закона о управним споровима.⁵⁵² Наиме, у управно-судској пракси као спорно јавило се питање да ли *лиценцу за стално приређивање игара на срећу*, која у складу са чл. 16. Закона о играма на срећу и забавним играма издаје Влада Републике Македоније, јесте управни акт у смислу чл. 6. Закона о управним споровима, по коме се управни спор може водити само против коначних управних аката.⁵⁵³

По првом правном мишљењу око овог питања, део учесника у расправи изнели су мишљење да, додељивање лиценце за стално приређивање игара на срећу јесте управни акт зато што: 1) га доноси државни орган – Влада; 2) са њим се решава о праву – додела лиценце од стране државе; 3) односи се на право правних лица да приређују игре на срећу; и 4) додела лиценце је управна ствар коју обавља Влада, као право, односно законом одређено овлашћење државе. Аргумент више да се ради о управној ствари, представља чињеница да држава додељује право са позиције власти (империума). Наводи се да будући да Закон о играма на срећу и забавним играма не предвиђа право жалбе против издате лиценце Владе (као и код концесије, због непостојања вишег другостепеног органа), произлази да је лиценца за стално приређивање игара на срећу, коначан управни акт, против којег нема места за жалбу у

⁵⁵⁰ Б. Давитковски, стр. 14. - 17.

⁵⁵¹ Реферат са расправе опште седнице Врховног суда РМ, одржане 21. 01. 2000. године.

⁵⁵² „Управни акт у смислу овог Закона јесте акт којим државни орган, организација [...] или заједница, у обављању јавних овлашћења решава о извесном праву или обавези одређеног појединца или организације у некаквом управном послу“.

⁵⁵³ Б. Давитковски, стр. 14.

управном поступку, па се по Закону о управним споровима, може повести управни спор.⁵⁵⁴

Са друге стране, по другом правном мишљењу, лиценца за стално приређивање игара на срећу не представља управни акт. Наиме, то што у име Републике Македоније лиценцу издаје Влада, не значи да је лиценца управни акт, који представља акт власти. Лиценцу треба схватити у смислу члана 686. (бившег) Закона о облигационим односима,⁵⁵⁵ а не као акт империјума. Начин и поступак издавања лиценце о сталном приређивању игара на срећу прописује Влада, па према томе није реч о управном поступку. Лиценца о сталном приређивању игара на срећу требала би се третирати као грађанскоправни однос, а судску заштиту имао би тужилац у поступку у коме би нападао поступак за издавање лиценце и евентуалну штету која би се трпела због повреде тог поступка. Даље се наводи да из законских одредаба произлази да се издавање лиценце обавља путем јавног огласа, на који се може јавити свако акционарско друштво или друштво ограничене одговорности, које испуни законски утврђене услове, и да право на лиценцу може остварити понуђач који дао најповољнију понуду за лиценцу. Из овог произлази да се између даваоца лиценце и оног који је добија, успостављају међусобна права и обавезе, па о решавању евентуалних спорова одлучују редовни судови у смислу Закона о облигационим односима.⁵⁵⁶

И, на крају, треће правно мишљење, састоји се у томе да лиценца не представља нити управни акт, нити грађанскоправни однос. Прво, лиценца за стално приређивање игара на срећу се не може схватити у смислу чл. 686. (бившег) Закона о облигационим односима, па се не може пружити нити грађанскоправна заштита по Закону о

⁵⁵⁴ Исто, стр. 15.

⁵⁵⁵ Сада, по новом ЗОО, то је члан 742. ст.1 који гласи: „Уговором за лиценцу даваоц лиценце обавезује се да стицаоцу лиценце уступи у потпуности или делимично, право искоришћавања патента, знања и искуства, жига, моделе или модела, а стицалац лиценце се обавезује да њему плати за то одредјену накнаду,“ ЗОО, *Службен весник на РМ*, бр. 18/2001, н. према: Исто.

⁵⁵⁶ Б. Давитковски, стр. 16.

парничном поступку. Са друге стране, судећи по пословима које обавља Влада које предвиђа Устав, Влада није управни орган, због чега и не може доносити управне акте. Тако, управносудска заштита је могућа у делу доношења лиценце, а редовна судска заштита у делу који се односи на надокнаде штете.⁵⁵⁷

Давитковски наводи да је недостатак и овог последњег изнешеног правног мишљења што и његови заступници игноришу појам управног уговора. А, одговор о правној природи лиценце, се по њему, заправо ту и налази. Аутор, по нама сасвим аргументовано закључује, да је став, да је издавање лиценце о сталном приређивању игара на срећу облигациони однос, потпуно неприхватљив јер одредба ЗОО која се наводи као основа за третман овог уговора као облигациони, је у овом случају апсолутно непримењива јер су предмет регулација ЗОО уговори за пренос права индустријске својине, што нема додирних тачака са приређивањем делатности од јавног интереса. Исто тако је мишљења да се не може заузети генералан став да сви акти које доноси Влада, не могу подлећи управно-судској контроли, те поставља питање: „Како ће се тада правним субјектима обезбедити право на правну заштиту?“⁵⁵⁸ Аутор објашњава да је основни аргумент заступника овог става да се лиценца издаје путем јавног огласа, у ствари доказ који говори супротно, јер заправо јавни оглас представља основну карактеристику поступка закључивања управних уговора и представља контрааргумент који управо потврђује да је уговор о лиценци, управни уговор.⁵⁵⁹ У прилог овом закључку аутор истиче и учешће Владе као јавног органа, као стране у односу, као и овлашћење државне управе (министарства финансија и инспектората у његовом саставу) да спроводи контролу и надзор над коришћењем лиценце, односно, над спровођењем уговорених услова, што наводи као додатне аргументе који указују на чињеницу да је реч, у ствари, о управном уговору.

⁵⁵⁷ Исто.

⁵⁵⁸ Исто, стр. 17.

⁵⁵⁹ Исто.

На крају целокупне анализе овог питања, изводи се закључак да лиценца за стално приређивање игара на срећу представља типичан управни уговор. Истиче се да: „Овакве „нерешиве“ расправе по појединим правним питањима су резултат непрецизног дефинисања правне природе појединих правних института, а, који су од искључивог значаја за правни промет у држави. Свакако, ове неповољне околности и стање онемогућују и спречавају судску праксу да реши конкретне проблеме када се они појаве.“⁵⁶⁰ Према нашем мишљењу аутор је довољно аргументовано и доследно образложио свој став да се у наведеном случају ради о управном уговору.

На основу свега наведеног можемо закључити да иако је управни уговор у македонском праву и званично уведен Законом о службама, у пракси није довољно заживео. Неки, за државу углавном значајнији пројекти јавно-приватног партнерства и концесија као уобичајени уговорни видови сарадње јавног и приватног сектора нису у довољној мери реализовани. Ипак, успешни примери јавно-приватног партнерства локалних самоуправа и приватних партнера, али и други примери уговора као што је уговор о лиценци за стално приређивање игара на срећу, иако нису били именовани као такви показују латентну присутност управног уговора у македонском праву и пракси.

4.2.3. Правна заштита управних уговора и решавање спорова

Закон о установама садржи два члана у којима се изричито спомиње управни уговор и у којима су садржане неке од кључних теоријских карактеристика, или атрибута института управног уговора. Пре свега, експлицитно се уређује начин решавања спорова који произлазе из управних уговора. Тако, таксативно су утврђена питања која обавезно требају бити уређена управним уговором за лиценцу за обављање

⁵⁶⁰ Исто. У вези правног мишљења изнесеног по овом питању у Реферату са расправе опште седнице Врховног суда Македоније - да је лиценца само управни акт власти, поново се треба заузети критичан став. Нису спорни елементи империјума проткани у одредбама Закона о играма на срећу и забавним играма, али се не сме занемарити чињеница да једнострано постављени услови са стране државе за обављање ове делатности, се добровољно прихватају са стране саговорача, што говори о постојању уговорних елемената у овом односу. Н. према исто.

делатности између надлежног управног органа и корисника лиценце. Одредба завршава утврђујући надлежност Врховног суда Републике Македоније да решава спорове произашле из управног уговора у поступку утврђеном Законом о управним споровима.⁵⁶¹ Оваква одредба заслужује снажну подршку, зато што разрешава једно од најспорнијих питања из области управних уговора, а то је њихова судска заштита.

По досадашњим законским решењима, спорови из управних уговора (будући да нигде нису изричито предвиђени и регулисани) решавали су се пред редовним судовима, применом правила грађанског процесног права. Одредбом из Закона о установама предвиђа се управно-судска заштита спорова произашлих из управних уговора. Притом, реч је о управном спору пуне јурисдикције, будући да уговор представља двостран правни акт, па не постоји могућност да се о њему води спор о законитости и да он буде враћен „надлежном органу“.⁵⁶²

Потпуно су усаглашена са теоријом управних уговора и одређена решења садржана у наведеној одредби Закона, којим се врши нормирање тзв. теорије самовоље (*fait du prince*) и теорије непредвидивости (*imprevisio*). Тако, је законом предвиђена и могућност да надлежно министарство као уговорна страна једнострано раскине или промени уговор, због заштите јавног интереса (значи и без кривице друге уговорне стране, али због остваривања заштите јавног интереса).⁵⁶³ У истом члану, у ставу 2. тачка 5. наводи се потреба да се под одређеним условима, уговорне обавезе обаве независно од наступања и утицаја непредвидивих околности.⁵⁶⁴

⁵⁶¹ У време доношења Закона о установама (2005), у Републици Македонији још није био формиран Управни суд. То је учињено Законом о управним споровима (2006) и са овим Законом изричито у надлежности Управног суда су утврђени и спорови који произлазе из управних уговора. Н. према Исто, стр. 10.

⁵⁶² Исто, стр. 10.

⁵⁶³ Члан 25. ст. 2. тачка 7. Закона о установама, н. према исто.

⁵⁶⁴ Исто, стр. 11.

Поред овог, Закон о установама садржи и начине престанка управног уговора: истек рока; опозив; одузимање дозволе за обављање делатности установе; и раскидање. И у овој одредби независно од правичног решења садржаног у Предлогу Закона, изостаје још један елеменат карактеристичан за управне уговоре сагласно са правном теоријом, а то је раскидање уговора по основу више силе. Даље, предвиђена је могућност да оснивач установе одлучи да са њом управља менаџер или менаџерски тим. Њихова међусобна права и обавезе требају бити регулисани менаџерским уговором, за који се изричито предвиђа да има карактер управног уговора.⁵⁶⁵

На крају се истиче да овај институт управног уговора отвара нове могућности за македонско друштво. Са једне стране, он представља погодно средство за заштиту јавног интереса, но истовремено “освежава” јавно право, чини га еластичнијим и представља реакцију на крутост управног акта, као најчешће употребљаваног инструмента управног права. Његова економска улога је у томе што доприноси смањивању трошкова државе путем преношења дела њених функција за обављање јавних служби на приватни сектор, остављајући ипак, контролу над остварењем јавног интереса у рукама саме државе.⁵⁶⁶

4.3. Управни уговор у праву Црне Горе

4.3.1. Управни уговор и позитивно право Црне Горе

Управни уговор, бар под овим називом се не налази у позитивном законодавству Црне Горе. Ипак, као и у другим земљама региона, неки уговори у праву Црне Горе, које закључује управа као јавноправна уговорна страна, са приватноправним лицима имају обележја која карактеришу управни уговор. Овде, пре свега мислимо на уговоре о концесији (превасходно уговор о концесији јавних служби) и уговоре о јавно-приватном партнерству, али и друге уговоре као што су уговори о лизингу. Да би се одговорило како и колико су ови уговори компатибилни са управним уговорима

⁵⁶⁵ Исто.

⁵⁶⁶ Исто, стр. 19. и 20.

неопходно је извршити њихову анализу како у позитивном законодавству Црне Горе, тако и њихове примене у пракси, о чему ће бити речи у наредном делу рада.

Јавно-приватно партнерство у Црној Гори најпре је било регулисано Законом о учешћу приватног сектора у вршењу јавних услуга,⁵⁶⁷ из 2002. године. Овај закон је једини регулисао ову област све до 2009. године, када се доноси Закон о концесијама.⁵⁶⁸ Усвајањем Закона о концесијама престала су да важе поједина поглавља Закона о учешћу приватног сектора у вршењу јавних услуга.⁵⁶⁹

Аутори анализирајући одредбе Закона о учешћу приватног сектора у вршењу јавних услуга, наводе да се одредбе које су остале на снази, односе се на подизање нивоа учешћа приватног сектора у оквиру области које су од општег значаја за друштво. Примена закона односи се на све јавне установе, док области примене подразумевају вршење јавних услуга у односу на уговор о лизингу и менаџменту, укључујући и споразуме о изградњи, функционисању и трансферу (БОТ). И овде је као што принцип БОТ подразумева, у циљу заштите јавног интереса приватни инвеститор у обавези да након изградње и коришћења уговорени период, власништво над објектом пренесе на одређену јавну установу. Пословањем у складу са закљученим уговором приватно предузеће доноси приходе Влади или општини по јединици експлоатисаног ресурса. Закључивање уговора по моделу јавно-приватног партнерства је могуће

⁵⁶⁷ *Службени лист РЦГ*, бр. 30/02 од 26. 06. 2002. год.

⁵⁶⁸ *Службени лист РЦГ*, бр. 08/09 од 04. 02. 2009. год.

⁵⁶⁹ Ово се односи на одредбе поглавља IV, VII, VIII, IX и чл. 141, 142. и 143. Закона о учешћу приватног сектора у вршењу јавних услуга, као и одредбе других поглавља које се односе на концесије и БОТ аранжмане, а неће се примењивати одредбе других закона које уређују поступак давања концесије ако су супротне овом закону. Н. према: Институт Алтернатива: сар. на пројекту: С. Мук, Ј. Маровић, Ј. Џанкић, М. Поповић, М. Сошић, М. Драгојевић, *Јавно - приватна партнерства у Црној Гори – одговорност, транспарентност и ефикасност*, Подгорица, стр. 10 доступно на:

<http://media.institut-alternativa.org/2012/08/institut-alternativa-javno-privatna-partnerstva-u-crnoj-gori.pdf>
(01. 06. 2015.)

искључиво на основу јавног позива од стране јавне установе. Оваква одредба је у складу са принципом транспарентности и непристрасности надметања.⁵⁷⁰

На основу Закона о учешћу приватног сектора у вршењу јавних услуга, лизинг⁵⁷¹ је дозвољен за постојећа јавна постројења којима јесте потребно санирање, као и за постојећа јавна предузећа којима санирање није потребно или ће се постројења користити за јавне намене. Трошкови осигурања и одржавања сноси приватни инвеститор, а уговор о осигурању саставни је део уговора о лизингу. Инвеститору или оператеру није дозвољено да стекне било какве погодности од субвенције или на други начин стечене користи употребом јавних средстава за санацију. “У циљу отклањања сумње, улагање од стране инвеститора или оператора из приватног сектора према овом поглављу закона, активности које врши у односу на набавке предузимају се у складу са најбољим и прихваћеним праксама набавке у приватном сектору”.⁵⁷²

Уговори о менаџменту,⁵⁷³ пружају менаџмент, правне, финансијске, техничке или услуге надзора. Након закључења уговора о менаџменту између јавне установе и приватног консултанта/консалтинг агенције формира се трочлана комисија за надзор која ће пратити поступак спровођења уговора. Комисија за надзор мора бити одобрена од стране владе/скупштине општине/матичног министарства, у зависности да ли посао закључује министарство, локална самоуправа или предузеће, а њени чланови најчешће су државни службеници. Извештаје консултаната или консталтинг агенција одобрава Комисија за надзор, а копије се достављају Савету за приватизацију.⁵⁷⁴

Аутори студије наводе да Закон о концесијама прописује да се у Црној Гори концесије додељују због: остваривања одговарајућег јавног интереса, веће запослености, увођења нових технологија и обезбеђења убрзаног привредног развоја и прихода

⁵⁷⁰ С. Мук и др. стр. 10. Видети: Члан 15. Закона о учешћу приватног сектора у вршењу јавних услуга.

⁵⁷¹ Исто, чл. 55. - 63,

⁵⁷² Исто, чл. 63. - 69.

⁵⁷³ Исто, чл. 64. - 69.

⁵⁷⁴ Исто.

за концедента; рационалног, економичног, правилног и ефикасног коришћења природних богатства, добара у општој употреби и других добара од општег интереса; техничко-технолошког унапређења и обезбеђења јединства система инфраструктуре; унапређења делатности која је предмет концесије; изградње, реконструкције и модернизације објеката од значаја за пружање јавних услуга; конкуренције у области у којој се дају концесије; заштите и унапређења животне средине.⁵⁷⁵ Да би поступак давања концесија био транспарентан и конкурентан закон гарантује благовремене, тачне и потпуне информације о поступку, стандардима, критеријумима за избор концесионара, понуђачу коме је дата концесија и условима његове понуде. Поступак давања концесија је могућ искључиво на основу процедуре утврђене Законом о концесијама, као и што предмет концесије могу бити само законом утврђене категорије.⁵⁷⁶ План додељивања концесија одређује се и објављује на интернет страници на годишњем нивоу и доноси га Влада, односно општина у зависности од тога да ли се план доноси на државном или локалном нивоу. Пре усвајања плана, који се мора донети најкасније до истека текуће године за наредну, надлежни орган је у обавези да организује јавну расправу.⁵⁷⁷

Закон о концесијама као најдужи рок за доделу концесија одређује период од 30 година, када одлуку доноси Влада или Скупштина, и не дужи од 60 година, када одлуку о давању концесије доноси Скупштина.⁵⁷⁸ Закон предвиђа и могућност продужења концесије и то најдуже за половину периода који је прописан уговором о концесији.

⁵⁷⁵ Исто, чл. 2. Закона о концесијама. Овде је приметно да је законодавац одређујући разлог, (основни циљ) закључења уговора о концесији на првом месту посебно нагласио остваривање јавног интереса, што је свакако одлика управног уговора (*напом. аут.*)

⁵⁷⁶ Члан 6. Закона о концесијама, регулише области које могу бити предмет концесија.

⁵⁷⁷ С. Мук и др. Исто, стр. 11.

⁵⁷⁸ Исто, чл. 8, став 2. Закона о концесијама.

Влада Црне Горе је 1. августа 2003. године основала Комисију за концесије и БОТ аранжмане.⁵⁷⁹ Председника и осам чланова Комисије за концесије бира Влада на период од пет година, уз могућност једног реизбора. Избор се врши тако што се: председник и један члан бирају на предлог министарства надлежног за економски развој, два члана се бирају из реда стручњака на предлог Скупштине, по један члан комисије бира се на предлог министара надлежних за послове финансија; саобраћаја, поморства и телекомуникација; пољопривреде, шумарства и водопривреде; један члан се бира на предлог удружења послодаваца и један члан на предлог Заједнице општина.⁵⁸⁰

У циљу спречавања сукоба интереса предвиђено је да председник или члан Комисије не може бити лице које је истовремено: посланик, одборник, старешина државних органа, организација и установа, главни администратор и старешина органа локалне управе. У оквиру надлежности Комисије за концесије улази одлучивање и решавање о свим приговорима учесника у поступку давања концесија. Комисија подноси редовни годишњи извештај о свом раду Влади. Поступак доделе концесија подразумева покретање иницијативе од стране надлежног органа, а на основу унапред утврђеног плана. Концесија се додељује на основу јавног огласа и јавног надметања у отвореном, двостепеном и скраћеном поступку.⁵⁸¹

Сматрамо да овде законодавац није у довољно мери пратио принципе савременог европског законодавства. Наиме, приликом регулисања надлежности Комисије, савремени правни системи предвиђају да се ова Комисија изабере као независно регулаторно тело, које би било непристрасно, у обављању своје делатности. Поставља се питање како тело које бира Влада и које полаже рачуне Влади може бити

⁵⁷⁹ Исто; Видети: Одлука о оснивању Комисије за концесије и БОТ аранжмане, *Службени лист РЦГ*, број 48/03.

⁵⁸⁰ Исто, члан 10. став 3.

⁵⁸¹ Исто.

непристрасно и независно, када је у оваквим уговорима увек на једној страни јавно тело као субјекат уговора? Управо то је случај са Комисијом за концесије.

Отворени поступак јавног надметања спроводи *ad hoc* тендерска комисија. Ова комисија увек има непаран број чланова, а њихово именовање врши надлежни орган.⁵⁸² У зависности од предмета концесије постоје и различити критеријуми за вредновање понуда.⁵⁸³ Рок за достављање ранг-листе понуђача надлежном органу од стране тендерске комисије је 30 дана од дана отварања понуда, а може се продужити на захтев тендерске комисије или путем јавног огласа. Коначну одлуку о давању концесија доноси концедент (Влада, Скупштина или општина) у року од месец дана од дана приспећа ранг листе од стране тендерске комисије. Двостепени поступак се састоји од два круга „такмичења“ и конкурисања за давање концесија. Први круг је претквалификациони. За концесије са роком давања до три године спроводи се тзв. скраћени поступак, без јавне расправе. Рок за достављање понуда у оквиру овог поступка је 15 дана, а рок за формирање ранг листе понуђача 20 дана. Одредба по којој јавна расправа није законска обавеза током скраћеног поступка, новина је у црногорском законодавству будући да је та одредба постојала до 2009. године.⁵⁸⁴

⁵⁸² Исто, члан 26.

⁵⁸³ Исто, члан 29. регулише: (1) Критеријуми на основу којих се врши вредновање понуда, у зависности од предмета концесије, су: 1) рок на који се тражи концесија; 2) понуђени износ концесионе накнаде; 3) понуђена цена, односно тарифа пружања услуга; 4) референце понуђача (технички и/или финансијски услови, досадашње искуство у вршењу концесионе делатности и друго); 5) квалитет услуга; 6) степен остваривања јавног интереса; 7) степен коришћења природног богатства; 8) ефекти на запошљавање, инфраструктуру и економски развој; 9) програм и степен заштите животне средине и мере за унапређење енергетске ефикасности; 10) обим и висина очекиване финансијске помоћи и подршке концедента; 11) други критеријуми које утврди концедент. (2) У тендерској документацији одређује се вриједност бодова по сваком одабраном критеријуму за вредновање, с тим да збир свих бодова износи 100. Н. према: Исто, стр. 12.

⁵⁸⁴ Аутори посебно наводе строжију процедуру код концесија за вршење јавних услуга, која подразумева да је за сваки уговор о преносу концесије неопходан пристанак имаоца концесије, објављивање у

Уговор о концесији закључује се у року од 15 дана од дана доношења одлуке о додели концесије.

Закон о концесијама и Закон о учешћу приватног сектора у вршењу јавних услуга садрже одредбе о забрани сукоба интереса, гарантују транспарентност и недискриминацију по било ком основу, и у служби су јавног интереса. Такође, оба закона забрањују учешће у јавним надметањима свим физичким и правним лицима која су под стечајем. Закон о Концесијама предвиђа да рок за достављање пред-квалификационе докуменатације не може бити краћи од 20 дана од дана објављивања јавног огласа,⁵⁸⁵ док је Закон о учешћу приватног сектора у вршењу јавних услуга прописивао рок од 45 радних дана од дана објављивања огласа.⁵⁸⁶

Чини се да је у анализи прописа и стања јавних набавки у Црној Гори, за 2009. али и за 2010. годину, која је урађена од стране SIGMA, оправдано изнесено низ критика на правни оквир и праксу у овој области. Тако се наводи да, иако је Закон о концесијама из 2009. године, корак напред у односу на претходни законски оквир у овој области, ипак, нису све одредбе овог закона усклађене са директивом Европске уније о концесијама. Тако се износи становиште да поједини чланови црногорског Закона о концесијама не задовољавају основне услове Европске Уније у овој области, посебно када се ради о дефиницијама и процедурама.⁵⁸⁷ Поред примедби о недостатку подзаконских аката за област концесија, истиче се нејасноћа у разликовању термина уговора о концесији и јавних уговора који настају у области јавних набавки. Примедбе се односе и на непрецизно дефинисање концесије за јавне радове, као и дефиниције

Службеном листу РЦГ, јавну расправу и испуњење услова за доделу према закону, чије се непридржавање повлачи ништавост. Више: С. Мук и др. стр. 12.

⁵⁸⁵ С. Мук и др. стр. 12; Члан 38. став 7. Закона о концесијама.

⁵⁸⁶ Исто, члан 37. Закона о учешћу приватног сектора у вршењу јавних услуга.

⁵⁸⁷ SIGMA - *Montenegro Public Procurement System, Assessment May 2009.* стр. 3. и даље. Н. према: Исто.

ограничене процедуре и конкурентског дијалога за које се сматра да нису адекватно пренете из директива Европске уније.⁵⁸⁸

Указује се на чињеницу да је област јавно-приватног партнерства шанса за јавну управу да планском акцијом и приватним капиталом ревитализују инфраструктуру и поред мања буџетских средстава. У јавно-приватном партнерству се види и шанса за иностране компаније да се „представе“ на тржишту и остваре значајан профит. Стога је за област јавно-приватног партнерства од посебног значаја и Закон о страним улагањима⁵⁸⁹ на основу којег страном лице може у Црној Гори оснивати предузеће или улагати у предузеће тј. купити предузеће или његов део путем откупа акција,⁵⁹⁰ под истим условима као и домаћа лица. Страни улагач може вршити улагање и путем уговора о лизингу, франшизингу, менаџменту и купопродаји непокретности, као и вршити изградњу на основу БОТ аранжмана или концесије.⁵⁹¹ Закон предвиђа да у случајевима када је Влада Републике Црне Горе једна од уговорних страна, неће имати већа права у односу на другу уговорну страну.⁵⁹²

Интегрални део аранжмана јавно-приватног партнерства, свакако је и област доделе концесија, па је, у циљу олакшавања и унапређивања поступака додељивања концесија, као што је наведено, Влада Црне Горе још у августу 2003. године основала Комисију за концесије и БОТ аранжмане. Након усвајања Закона о концесијама, Влада

⁵⁸⁸ Конкурентски дијалог, на основу члана 39. Закона о концесијама, спроводи се када надлежни орган не поседује најбоље решење за пројекат па, стога, у циљу његовог проналажења отвара предквалификациони поступак за избор понуђача. Разговор са већим бројем понуђача може се одвијати кроз више фаза, током којих ће се број понуђача смањивати, све док се не утврди решење „које одговара потребама исказаним јавним огласом“ (члан 39. став 5.). Дефинисано решење постаће саставни део концесионог акта који ће се након утврђивања, уз тендерску документацију, проследити квалификованим понуђачима, а у циљу достављања коначних понуда. Н. према: Исто.

⁵⁸⁹ Исто, стр. 13; *Службени лист РЦГ* бр. 52/00.

⁵⁹⁰ Исто; Члан 5. Закона о страним улагањима.

⁵⁹¹ Исто; Члан 12. и 13. Закона о страним улагањима.

⁵⁹² Исто, стр. 23; Члан. 28. Закона о страним улагањима.

је 3. септембра 2009. године, именовала нову Комисију за концесије. Новооснована Комисија, као што је већ истакнуто, не додељује концесије већ одлучује и решава све приговоре учесника у поступку давања концесија. Наводи се да је рад Комисије за концесије значајно лимитиран непостојањем централног регистра са уговорима о додели концесија. Обзиром на то да је Правилник о садржају и начину вођења регистра уговора о концесијама донет у јулу 2009. године, готово годину дана након тога, још није био формално успостављен. Закон о концесијама предвиђа да би Комисија за концесије требало да буде независна и самостална у свом раду, али одредбе Закона о концесијама не гарантују независност и самосталност овог тела.⁵⁹³ Наиме, институција која именује председника и чланове Комисије за концесије има надлежност и да их смени у било које време.⁵⁹⁴

4.3.2. Уговори о концесијама и ЈПП у пракси Црне Горе

Мада сарадња између јавног и приватног сектора у изградњи инфраструктурних објеката датира још из XVIII века, своју глобалну експанзију и популаризацију доживљава током последње декаде прошлог века. Примећује се да је интензивна интерактивна спрега између технички развијенијег приватног сектора и јавних власти у значајној мери је одређена мањком средстава у државним буџетима за област капиталних инвестиција. Јавно-приватна партнерства и у Црној Гори су све чешће инструмент за попуњавање буџетског дефицита. Наиме, Влада се определила да овај модел интензивније користи у оквиру процеса приватизације, па је, стога, „отворила“ све секторе за јавно-приватно партнерство. Међутим, аутори истичу да је ипак, област јавно-приватног партнерства, још увек у развојној фази, па остварени пројекти јавно-приватне сарадње одступају у односу на позитивне примере у европским земљама.⁵⁹⁵

У Црној Гори, и поред релативно великог броја остварених јавно-приватних партнерстава, приступ информацијама о закљученим уговорима је изузетно отежан.

⁵⁹³ Исто, SIGMA, Montenegro assesment 2010. стр. 108.

⁵⁹⁴ Исто; Члан 13. Закона о концесијама.

⁵⁹⁵ С. Мук и др. стр. 5.

Аутори констатују оно што је већ наведено у претходном делу, да је евидентна неопходност формирања централног регистра који би садржао све досадашње уговоре јавно-приватног партнерства. Осим ограничене транспарентности целокупног процеса, приметан је и мањак демократске контроле. Јавност нема увид у план годишње отплате дуговања за пројекте јавно-приватног партнерства, а недоступни су и финансијски извештаји реализованих пројеката. Евидентна је и неажурност у раду специјализованог тела за област концесија, Комисије за концесије.⁵⁹⁶

Реализација јавно-приватног партнерства је значајно оптерећена кршењем законских процедура, фаворизовањем одређених приватних компанија, чиме се доприноси неравноправном учешћу заинтересованих страна у тендерској процедури. Неуспех појединих тендера и проблеми који су настали са одређеним приватним партнерима указују на исхитрен избор партнера и уједно неправилно сагледане ризике закључивања уговора. Неретко се дешава да фаворизовани приватни партнери намећу услове уговора, а ови услови се испуњавају чак и када очигледно крше одредбе закона. Такође, детаљи одређених уговора јавно-приватног партнерства подразумевају изградњу инфраструктурних објеката на локацијама чију изградњу Просторни планови не предвиђају. Црна Гора слабо користи искуства других земаља, а не учествује ни у раду Мреже јавно-приватног партнерства у Југоисточној Европи⁵⁹⁷. Активности ове асоцијације би требало да воде заједничким иницијативама, па би поједини заједнички

⁵⁹⁶ Исто.

⁵⁹⁷ Мрежа јавно-приватног партнерства Југоисточне Европе (ЈИЕ) основана је 25. септембра 2009. године на министарској конференцији о јавно-приватном партнерству за развој инфраструктуре у ЈИЕ одржаној у Сарајеву под покровитељством секретаријата Савета за регионалну сарадњу (The Regional Cooperation Council, званично је почео са радом 27. фебруара 2008. године као нека врста наставка Пакта за стабилност Југоисточне Европе). Сврха Мреже за јавно-приватно партнерство је да помогне реализацију пројеката јавно-приватног партнерства у земљама Југоисточне Европе кроз координацију размене знања и стручности на овим просторима. Такође, мрежа предвиђа могућност финансирања појединих јавно-приватних партнерстава из посебних фондова Европске уније намењених Западном Балкану од којих предност имају пројекти за јачање енергетске ефикасности, саобраћајне инфраструктуре и заштите животне средине. Н. према: С. Мук и др. стр. 5.

пројекти у будућности могли бити финансирани из посебних фондова Европске уније.⁵⁹⁸

Посебно се указује да је на локалном нивоу у Црној Гори приметна конфузија у расподели надлежности за област јавно-приватног партнерства, па се чак у појединим општинама успоставља позиција “ексклузивних преговарача” са иностраним инвеститорима. У свим црногорским општинама постоји изражен интерес за пројекте по моделу јавно-приватног партнерства, али је велики број општина у којима до сада нису остварени овакви.⁵⁹⁹ Приликом одређивања дефиниције јавно-приватног партнерства наводи се да овај модел, представља сарадњу између јавног и приватног сектора са циљем да се осигура финансирање, изградња, обнављање и управљање инфраструктурним објектима и сектором услуга, тј. финансирање пројеката и услуга које традиционално обезбјеђује јавни сектор. Дефиниција укључује и рационално коришћење природних богатстава када се ради о концесијама.⁶⁰⁰

Црна Гора се, попут већине постсоцијалистичких земаља, налази у транзиционом периоду у оквиру којег се државне структуре усклађују и прилагођавају захтевима који произилазе из потенцијалног чланства у Европској унији. Процес приступања државе Европској унији подразумева свеобухватне реформе и трансформацију целокупног друштва, свих његових слојева и нивоа укључујући и област јавно-приватног партнерства. Област јавно-приватног партнерства у Црној Гори је у развојној

⁵⁹⁸ Исто.

⁵⁹⁹ Исто.

⁶⁰⁰ Исто; Закон дефинише концесију као право: 1. коришћења природног богатства, добра у општој употреби и другог добра од општег интереса које је у државној својини, или обављања делатности од јавног интереса, уз плаћање концесионе накнаде од стране концесионара или пружање финансијске накнаде или друге подршке концесионару за остваривање одговарајућег јавног интереса, 2. финансирања, истраживања, пројектовања, изградње или реконструкције, коришћења, одржавања, ревитализације предаје објекта, уређаја или постројења, у уговореном року, у својину концедента, укључујући и друге сличне облике; Члан 4. Закона о концесијама Црне Горе *Службени лист РЦГ*, бр. 08/09. 2. Н. према: исто.

фази, па остварени пројекти јавно-приватне сарадње у значајној мери одступају у односу на позитивне примере у европским земљама. Овде се првенствено мисли на „пионирске кораке“ у реализацији ових пројеката и на бројне недостатке у њиховом спровођењу. Успешна реализација пројеката јавно-приватног партнерства подразумева прецизно утврђен правни оквир за њихову реализацију. Јасно дефинисана правила у овој области стварају повољне услове за смањење простора за корупцију у било којој фази реализације послова.⁶⁰¹

Влада Црне Горе отворила је све секторе за модел јавно-приватног партнерства, укључујући здравство и образовање, луку и железницу, енергетику, туризам и валоризацију атрактивних места на црногорском приморју и северу Црне Горе. Планом приватизације за 2010. годину била је предвиђена валоризација низа најзначајнијих туристичких локалитета и то управо кроз јавно-приватно партнерство. Ти туристички локалитети су: Ада Бојана, Велика плажа, Њивице, Утјеха, Буљарица и Јаз.⁶⁰²

Оквир бр. 21. *Пројекат изградње туристичког града на полуострву Луштица*⁶⁰³

Један од већ започетих пројеката валоризације туристичких локалитета на основу модела јавно-приватног партнерства је изградња туристичког града на полуострву Луштица. Наиме, земљиште од 6,8 милиона квадратних метара полуострва Луштица предмет је договора између Владе Црне Горе и египатске компаније „Orascom Development Holding“ (ODH) регистроване у Швајцарској. ODH, са којим је потписан уговор у октобру 2009. године о закупу земљишта на 99 година, је заједно са Владом оснивач компаније „Luštica Development“. Уговор предвиђа изградњу на Луштици туристичког града, од укупно 8 хотела и осталих туристичких капацитета, који укључује и градске елементе: шопинг центар, школу, здравствену установу, као и терен за голф. Вредност пројекта је 1,1 милијарда еура, док ће у будућем туристичком граду Orascom Development Holding располагати са 90% акција, а Црна Гора са 10%. Прва фаза изградње комплекса планирана је да траје од 2011. године, до краја 2013. године. Концесија је додељена на 99 година.

⁶⁰¹ С. Мук и др. Исто.

⁶⁰² Одлуком о плану приватизације за 2010. годину која је усвојена на седници Владе Црне Горе од 17. децембра 2009. године

⁶⁰³ С. Мук, и др. стр. 22. и 23.

Овај пројекат је предмет озбиљних критика стручне јавности. Наиме, указује се да је уговор о изградњи туристичког комплекса у заливу Траште дискутабилан и да крши законске одредбе из више разлога. Пре свега концесија је додељена на период од 99 година, иако Закон о концесијама предвиђа максимални временски период од 60 година, када Скупштина доноси одлуку.⁶⁰⁴ У уговору се, даље, предвиђа да *ODH* као инвеститор, може да продаје земљиште својим клијентима, а да уплаћује само 80 еура по м² у државни буџет. Најзад, пројекат туристичког града на Луштици подразумева изградњу две марине у Траштама које не предвиђа Просторни план Морског добра. На тај начин се отвара питање кршења црногорских закона и прописа како би се на тај начин изашло у сусрет жељама инвеститора.⁶⁰⁵ Да су аутори у праву, говори податак да су цене земљишта на овим локацијама на тржишту некретнина вишеструко веће, од 80 еура по м², па самим тим произилази да је овим остављена могућност инвеститору да остварује значајан профит, оштећујући директно јавне приходе .

Оквир бр. 22. *Уговор о јавно-приватном партнерству за изградњу хотела у Подгорици*⁶⁰⁶

Одлуку о заједничком улагању Општине Подгорица са предузећем „Gruppo Bollici“ из Италије за изградњу хотела на урбанистичкој парцели „РТВ Централне делатности“ Подгорица, донела је Скупштина Општине Подгорица на седници од 22. јуна 2004. године. Обавезе Општине у оквиру овог ЈПП подразумевале су обезбеђивање земљишта за изградњу, накнаду власницима за експропријацију непокретности и накнаду за уређивање градског земљишта. Идејно решење хотела захтевало је рушење 13 објеката на поменутој локацији па је Општина пренела на себе и обавезу преговарања и проналажења оптималних решења са власницима ових стамбених јединица. Укупна планирана вредност инвестиције је 40 мил. еура, а подразумевала је изградњу хотела од 8000 м² корисне површине са 4 звездице у оквиру којег би акције биле подељене у складу са висином улагања Општине и фирме „Gruppo Bollici“. Иако је камен темељац положен још 2006. године, а грађевинска дозвола издата 2008. године, градња хотела до половине 2010. године, на коју се односе подаци још увек није била започета.

⁶⁰⁴ Представници општинске управе Тивта истицали су неповољност одредаба уговора које подразумевају обрачунавање и могућу наплату комуналија тек након 12 година од почетка изградње. Н. према: С. Мук, и др. стр. 23.

⁶⁰⁵ С. Мук, и др. стр. 23.

⁶⁰⁶ Исто, стр. 30. и 31.

Аутори с правом постављају питање да ли у овом случају постоји јавни интерес за реализација уговора о изградњи хотела са италијанском компанијом, с обзиром да градња није започета ни током два мандата локалне власти, а у граду већ има више од десет хотела. Како је јавни интерес основа код оваквих уговора, поставља се питање да ли је овакав уговор уопште правно одржив?

Оквир бр. 23. Пројекат изградње „Mall of Montenegro”⁶⁰⁷

Скупштина Општине Подгорица донела је одлуку о давању сагласности на Уговор између Општине Подгорица – Јавно предузеће „Комуналне услуге“ и турске компаније „Gintaş İnşaat Taahut ve Ticaret Anonim Şirketi Ataturk“ на седници од 31. марта 2006. године. Турска компанија је 2006. године основала огранак у Црној Гори „Gintasmont“ са циљем административне организације послова у оквиру пројекта изградње шопинг центра названог „Mall of Montenegro“. Укупна вредност пројекта, кроз реализацију три фазе у изградњи, је 36 милиона еура, при чему је обавеза приватног партнера била 15 милиона еура, а Општина заједно са International Finance Corporation (IFC) је била у обавези да обезбеди преостала средства. Прва фаза изградње је завршена априла 2008. године када је отворена зелена пијаца.

Аутори наведене студије сматрају да је избор партнера за пројекат изградње шопинг центра „Mall of Montenegro” који се у општини истиче као позитиван пример јавно-приватног партнерства, такође, делује као фаворизовање одређених компанија, у овом случају турске фирме „Gintaş İnşaat Taahut ve Ticaret Anonim Şirketi Ataturk“. Као аргумент за ову тврдњу износи се податак да је она потврђена објављивањем информације медијима да је изабран партнер за изградњу шопинг центра, а да је тендер за његов избор тек накнадно расписан. Аутори упозоравају да непоштовање законске процедуре утиче на неравноправно учешће заинтересованих страна у оквиру тендерске процедуре, те постављају питање: да ли се одлука о ЈПП заиста базира на економским интересима или је у питању политичка одлука?⁶⁰⁸

Ова и слична питања неминовно се појављују код оваквих уговора, али сматрамо да су предности јавно-приватног партнерства, посебно у отежаним условима

⁶⁰⁷ Исто, стр. 31.

⁶⁰⁸ Исто, стр. 32.

у којима функционише јавна управа у време изражене глобалне економске кризе, такве да овај начин сарадње јавног и приватног сектора чине и даље врло актуелним. Ипак, многобројне примедбе и недостаци који су наведени у анализи црногорског законодавства и праксе у вези уговора о концесијама и јавно-приватном партнерству, кршење процедура, општих начела и нарушавање јавног интереса, неминовно стављају у други план правни карактер ових уговора који као што је случај и са македонским правом представљају латентне форме управног уговора.

4.4. Управни уговор и позитивноправни систем Босне и Херцеговине

Ни позитивноправни систем Босне и Херцеговине, ентитета, кантона и Брчко дистрикта нема изричито дефинисан управни уговор. Међутим, као и у другим постјугословенским земљама, јавна управа закључује различите уговоре, како са другим јавноправним телима, тако и са приватноправним субјектима. То су уговори о јавним набавкама роба и услуга, уговори о концесијама, јавно-приватном партнерству и други. Неки од њих имају за циљ остварење редовних потреба јавне управе, а други се закључују ради остварења ширег, јавног интереса. Код првих доминирају елементи приватноправног уговора, док друге карактеришу елементи управног уговора. У наставку ћемо дати преглед правног оквира за област концесија и јавно-приватног партнерства у Босни и Херцеговину као целини и ентитетима. Како је надлежност додела концесија Босне и Херцеговине због незнатне имовине која спада у ову област, као и Федерације⁶⁰⁹ врло ограничена, (јер је надлежност за концесије у овом ентитету углавном на кантонима), детаљније ће бити обрађена област концесија и јавно-

⁶⁰⁹ Устав Федерације Босне и Херцеговине утврдио је да је Федерација "један од два ентитета од којих се састоји држава Босна и Херцеговина", која има своју власт, овлашћења и одговорности, а "које Уставом Босне и Херцеговине нису изричито у надлежности институција Босне и Херцеговине". Напомињемо да се Федерација састоји од федералних јединица које су "једнаке у правима и одговорностима" односно од 10 кантона- жупанија. Н. према: Миле Дмичић, *Модернизација, професионализам и усавршавање локалне самоуправе у систему уставних промјена у БиХ*, Модерна управа, часопис за управноправну теорију и праксу, бр. 1. 2008. стр. 44.

приватног партнерства у Републици Српској. Анализа ће се базирати на одређењу правне природе јавних уговора у наведеним областима, односно евентуалну блискост, или разлике у односу на управни уговор.

Правни оквир за концесије и јавно-приватна партнерства у Босни и Херцеговини започео је да се ствара током 2002. године када су усвојени закони о концесијама на нивоу Босне и Херцеговине и ентитета, Закон о јавним набавкама Босне и Херцеговине, и основане Комисије за концесије, односно Агенција за јавне набавке Босне и Херцеговине.⁶¹⁰ У Републици Српској је након неколико измена и допуна, 2013. године донесен нови Закон о концесијама, а 2009. године, донесен је и Закон о јавно-приватном партнерству⁶¹¹. Поред ових закона, правни оквир за примену јавно-приватног партнерства у Босни и Херцеговини, чине и други закони и подзаконски акти који се посредно или непосредно односе на сарадњу јавног и приватног сектора у појединим областима. С обзиром на сложеност самог уређења Босне и Херцеговине, правни оквир је и у овој области прилично неусаглашен и неуједначен, тако да је, у зависности од уставних надлежности, ова област различито уређена у ентитетима, Брчко Дистрикту и кантонима. На нивоу Босне и Херцеговине, донесен је Закон о концесијама Босне и Херцеговине и Закон о јавним набавкама, док јавно-приватно партнерство није законски уређивано на државном нивоу.⁶¹²

Правни оквир за концесије дефинисан је законом на нивоу БиХ, ентитетским законима, законом Брчко дистрикта, те кантоналним законима о концесијама. Поред закона, правни оквир чине и документи о политици доделе концесија који су усвојени и на нивоу БиХ и на ентитетским нивоима власти, као и подзаконски акти у форми правилника о поступку за доделу концесија, правилника о концесионој накнади и другим актима. Законом о концесијама Босне и Херцеговине регулишу се модалитети и

⁶¹⁰ Миломир Амовић, Младен Иванић, Ђоко Слијепчевић, *Јавно-приватно партнерство и концесије, теоријски аспекти и примјена концепта*, Б. Лука, 2014. стр. 57.

⁶¹¹ Закон о јавно-приватном партнерству Републике Српске, *Службени гласник* број 59/09.

⁶¹² Више: М. Амовић, и др. Исто.

услови који се односе на додељивање концесија, укључујући надлежности и институционалну структуру, формирање Комисије за концесије БиХ као регулаторног тела, тендерске процедуре, садржај уговора о концесији, те права и дужности концесионара. Сам Закон одражава намеру законодавца да креира поуздану законску основу за доделу концесија на територији Босне и Херцеговине, која би могла привући стране инвеститоре.

Видљива је јасна намера подстицања општих услова за промовисање развоја важних инфраструктурних пројеката у форми концесионог модела у Босни и Херцеговини. Ово је посебно истакнуто у намерама законодавца када говори о потребама стварања транспарентног, недискриминаторног и јасног правног оквира за одређивање услова под којима домаћим и страним правним лицима могу бити додељене концесије у Босни и Херцеговини и подршка инвестирању страног капитала у одређеним секторима. Сличне законске одредбе уграђене су и у ентитетским законима о концесијама, Закону о концесијама Републике Српске и Закону о концесијама Федерације Босне и Херцеговине, као и у кантоналним законима о концесијама и закону Брчко Дистикта.⁶¹³

Наведени закони дефинишу шта може бити предмет концесије, па тако у зависности од уставних надлежности, као предмети концесија наводе се: изградња и/или коришћење: путева и припадајућих инфраструктурних објеката, железничких пруга, пловних канала, лука и аеродрома; коришћење водотока и других вода; изградња енергетских објеката; изградња и/или коришћење хидроакумулација, изузев преноса електричне енергије; истраживање и/или коришћење енергетских и других минералних сировина; истраживање и/или коришћење сирове нафте и земног гаса; коришћење грађевинског земљишта; лов и риболов; изградња, коришћење и управљање цевоводним транспортом нафте и гаса и складиштење у цевоводима и терминалима; игре на срећу; поштанске и телекомуникацијске услуге, изузев заједничких и

⁶¹³ Исто.

међународних комуникација из члана III 1. (x) Устава Босне и Херцеговине; путнички и теретни железнички саобраћај; јавни линијски превоз лица; коришћење лековитих, термалних и минералних вода; истраживање и/или коришћење неметалних минералних сировина, укључујући све секундарне минералне сировине утврђене посебним законом; хидромелиорациони системи и системи за вађење материјала из водотока и водних површина; уређивање и/или коришћење корита, обала река и језера; коришћење пољопривредног земљишта; простори и објекти принудног и грађевинског наслеђа; друга добра утврђена у Документима о политици доделе концесија.⁶¹⁴

Закони о концесијама такође прописују и тендерску процедуру као и одредбе о одобрењу концесионих пројеката од стране комисија и најважније елементе потребне за добијање таквог одобрења. У законима се дозвољава закључивање уговора на основу иницијативе надлежног органа или иницијативе заинтересованог лица, по новом Закону о концесијама из 2013. године, односно „јавном позиву“, односно „самоиницијативној понуди без јавног позива“ према решењима из старог Закона о концесијама из 2002. године. Аутори са правом примећују да је веома дискутабилно у коликој су мери обе ове врсте процедура у Закону у складу са захтевима законодавства Европске Уније. Наиме, потребно је истаћи да, иако се јавни позив може упоредити са процедуром са претходним обавештењем како је прописано Директивама о јавним набавкама Европске комисије, у њему недостаје обавеза међународног објављивања како то налажу Директиве Европске Комисије. Према закону, међународни позив мора бити послан само у случајевима када комисија то експлицитно затражи. Одлука о томе да ли ће комисија експлицитно затражити од концедента да објави међународни позив или не, у потпуности је препуштена самој Комисији за концесије.⁶¹⁵

На нивоу БиХ није донесен посебан закон о јавно-приватном партнерству, и та област правно је уређена на нивоу ентитета, појединих кантона и Брчко Дистрикта. Тако у Републици Српској правни оквир за јавно-приватно партнерство чине Закон о

⁶¹⁴ Исто, стр. 58.

⁶¹⁵ Исто, стр. 58. и 59.

јавно-приватном партнерству и Уредба о поступку рализације пројеката јавно-приватног партнерства. Законом се утврђује предмет уговора, начела и поступак при закључивању уговора о јавно-приватном партнерству, облици партнерства и услови под којим се могу закључивати уговори, затим обавезни елементи уговора, као и институције које ће надгледати реализацију јавно-приватног партнерства.⁶¹⁶

У Федерацији БиХ, закон о јавно-приватном партнерству није донесен, али су у предлогу овог закона предвиђени слични поступци и услови за закључивање уговора о јавно-приватном партнерству. У Брчко Дистрикту, правни оквир за јавно-приватно партнерство чини Закон о јавно-приватном партнерству Брчко Дистрикта БиХ⁶¹⁷, Правилник о организацији и вођењу регистра јавно-приватног партнерства, формирана је Комисија за јавно-приватно партнерство и донесен Пословник о раду те Комисије.⁶¹⁸

4.4.1. Уговори о концесијама и ЈПП у позитивном праву Републике Српске

У позитивном праву Републике Српске концесија се дефинише као право обављања привредних делатности коришћењем јавних добара, природних богатстава и других добара од општег интереса као и право на обављање делатности од општег интереса, у складу са Законом о концесијама.⁶¹⁹ Концесија као право обављања

⁶¹⁶ Исто, стр. 62.

⁶¹⁷ Закон о јавно-приватном партнерству *Службени гласник Брчко Дистрикта* 7/2010.

⁶¹⁸ М. Амовић и др. стр. 63.

⁶¹⁹ *Службени Гласник РС* број: 59/13. У поступку доделе концесија поред Закона о концесијама, примењују се као супсидијарни и други закони. Тако Закона о страним улагањима Републике Српске *Сл. гласник Републике Српске* бр. 25/02), са Изменама и допунама Закона о страним улагањима Републике Српске (*Службеним гласник Републике Српске* бр. 24/04 и 52/11), се примењује у делу који се односи на одредбе о правима и обавезама страних улагача када су у питању Концесије. Закон о општем управном поступку Републике Српске *Службени гласник РС*, број 13/02, као процесни закон, Комисија за Концесије примењује приликом одлучивања у складу са чланом 57. Закона о концесијама. Комисија у обављању послова примењује и друге позитивне прописе Републике Српске у складу са својим надлежностима, укључујући и подзаконске акте које је донела у оквиру своје надлежности, као и подзаконске акте (правилнике, упутства) других надлежних органа и тела Републике (Влада, ресорна министарства, агенције), (*напом. аут*), којима се регулише област концесија.

привредних делатности се уступа концесионару на одређено време, под условима прописаним наведеним законом, уз обавезно плаћање концесионе накнаде.

Циљ доделе концесије је допринос привредном развоју Републике Српске стварањем стимулативног правног оквира за привлачење страних и домаћих инвестиција, уз истовремено унапређење транспарентности поступка доделе концесије и повећање ефикасности и дугорочне одрживости концесионих пројеката, те одговорног управљања природним богатствима и јавним добрима.⁶²⁰

Спровођење поступка доделе концесије заснива се на начелима транспарентности, недискриминације, тржишне конкуренције, једнаког третмана, слободе кретања робе и пружања услуга, заштите јавног интереса, ефикасности, економичности, пропорционалности, заштите животне средине, аутономије воље и равноправности уговорних страна.⁶²¹ Закон у појмовнику дефинише значење основних појмова. Тако закон регулише да је „концедент“ Влада Републике Српске, у име Републике Српске или скупштина јединице локалне самоуправе, у име јединице локалне самоуправе. „Концесионар“ је привредно друштво основано у складу са прописима Републике Српске, са којим је концедент закључио уговор о концесији.

„Надлежни орган“ је министарство надлежно за поједину област у коју спада предмет концесије за чију доделу је надлежна Влада Републике Српске, односно градоначелник или начелник општине, за предмет концесије из надлежности јединица локалне самоуправе, у складу са овим законом. „Понуђач“ је свако, домаће или страно, правно или физичко лице, конзорцијум два или више уговором повезаних правних лица, који је доставио понуду у поступку доделе концесије. „Студија оправданости доделе концесије“ је документ о техничкој, финансијској, економској, еколошкој и правној анализи оправданости доделе концесије. „Концесиона накнада“ је накнада коју плаћа концесионар у складу са уговором који уређује концесију. „Уговор о концесији“

⁶²⁰ Комисија за концесије Републике Српске, доступно на:

<http://koncesije-rs.org/cir/index.php?prikaz=stranica&id=17> (15.08.2015.)

⁶²¹ Члан 4. Закона о концесијама Републике Српске, бр. 59/13

је уговор закључен у писаном облику између концедента с једне стране и концесионара као изабраног најповољнијег понуђача с друге стране , а садржи одредбе о међусобним правима и обавезама уговорних страна.⁶²²

Предмети концесија према Закону о концесијама могу бити:

а) изградња, коришћење и одржавање: 1) путева и припадајућих инфраструктурних објеката, 2) железничких пруга, пловних канала и лука, 3) аеродрома, б) коришћење јавног водног добра: 1) воде за технолошки процес у обављању привредних делатности, 2) воде и водног земљишта за коришћење хидроакумулација, купалишта, рибњака, 3) водног земљишта за реализацију неке од привредних делатности или за реализацију других предмета концесије у складу са овим законом, 4) за вађење материјала из водотока (шљунка, песка, камена) према програму уређења водотока, в) изградња и коришћење енергетских објеката инсталисане снаге веће од 250 kw, изузев енергетских објеката на био-масу и био-гас и соларних постројења са фотонапонским ћелијама на објектима независно од инсталисане снаге, г) изградња или реконструкција и коришћење нафтовода, гасовода и објеката за складиштење, транспорт и дистрибуцију нафте и гаса, д) истраживање и експлоатација минералних сировина, ђ) планирани одстрел дивљачи уз обављање ловне делатности и риболов, е) игре на срећу, ж) поштанске и телекомуникационе услуге, осим резервисаних поштанских услуга и заједничких и међународних комуникација, з) путнички и теретни железнички саобраћај, и) јавни превоз у друмском саобраћају, ј) простори и објекти природног, грађевинског и културно-историјског наслеђа, к) комуналне делатности, осим водоснабдевања становништва, као и изградња, одржавање и коришћење или реконструкција и модернизација комуналних објеката, л) управљање и прерада отпада у складу са посебним прописима, осим отпада који је обезбеђен комуналном делатношћу, љ) изградња или реконструкција и модернизација бањских објеката и њихово коришћење, изградња објеката туристичке инфраструктуре и супраструктуре,

⁶²² Члан 5. Исто.

н) делатности у области угоститељства, њ) пољопривредно земљиште и о) изградња, коришћење и одржавање спортских објеката. Закон посебно предвиђа да предмет концесије може бити коришћење и других добара од општег интереса и пружање јавних услуга, у складу са прописима којима се уређује одређена привредна или друга област.⁶²³

Закон о концесијама у поступку доделе концесија и контроле обављања концесионе делатности у складу са уговором о концесији, па и раскида уговора о концесији, даје значајну улогу Комисији за концесије. Комисија за концесије је дефинисана као стално и независно регулаторно тело са својством правног лица и са правима и обавезама утврђеним овим Законом. У оквиру својих надлежности, Комисија за концесије промовише привредне и друге могућности за улагања путем концесија, у циљу задовољавања јавних потреба и привредног развоја, укључивањем приватног сектора у финансирање, пројектовање, изградњу или обнову, одржавање или управљање радом инфраструктурних објеката и уређаја, пружања услуга и експлоатације природних ресурса и објеката који служе њиховом искоришћавању, водећи рачуна о заштити привредних и друштвених интереса, заштити простора, становништва и животне средине.⁶²⁴ Комисија за концесије има пет чланова који су истакнути стручњаци из области права, економије, техничких и других одговарајућих струка. Чланове Комисије именује Народна скупштина, на предлог Владе Републике Српске, након спроведеног јавног конкурса. Чланови Комисије за концесије се именују на период од пет година и могу бити именовани на још један мандат. Седиште Комисије за концесије је у Бања Луци. Комисија за концесије може своје седнице одржавати и ван свог седишта.

Комисије за концесије у оквиру своје надлежности⁶²⁵ обавља следеће послове:

⁶²³ Члан 6. Исто.

⁶²⁴ Члан 47. Исто.

⁶²⁵ Видети: Члан 48, 49. и 53. Исто.

а) припрема Документ о политици и предлаже његово усвајање у Народној скупштини, б) прати извршење Документа о политици, в) даје сагласност на студију економске оправданости, г) даје сагласност на документацију за јавно надметање, д) даје предлог решења о избору најповољнијег понуђача и додели концесије, ђ) врши отварање и вредновање приспелих понуда по јавном позиву за доделу концесије, е) даје сагласност на предлог уговора о концесији и анекс уговора о концесији, ж) одобрава рокове и услове стандардног уговора о пружању јавних услуга корисницима, з) проверава целокупан рад концесионара, у складу са уговором о концесији, укључујући посебно континуирано снабдевање корисника услугама, квалитет услуга, примену тарифа и других услова уговора, и) одлучује о жалбама корисника услуга, у вези са висином накнаде и другим условима под којима концесионар пружа јавне услуге, уколико посебним законом није у надлежности другог органа, ј) даје сагласност на уступање уговора о концесији и промену власничке структуре у концесионару, к) даје претходну сагласност на оснивање заложног права у корист финансијске организације, л) води регистар уговора о концесијама и љ) одлучује о другим захтевима, у складу са надлежностима утврђеним Законом о концесијама.⁶²⁶

Поступак за доделу концесије се може покренути на основу:⁶²⁷

1. Иницијативе надлежног органа,
2. Иницијативе заинтересованог лица и
3. Понуде у преговарачком поступку .

Одлуку о покретању иницијативе за доделу концесије доноси Влада Републике Српске, односно скупштина јединице локалне самоуправе и иста се објављује у Службеном гласнику Републике Српске.

Иницијатива заинтересованог лица, одвија се тако да заинтересовано лице поднесе надлежном органу предлог за покретање поступка доделе концесије, под

⁶²⁶ Члан 47. - 60. Исто.

⁶²⁷ Члан 11. Исто.

условом да се та иницијатива не односи на концесију за коју је надлежни орган покренуо поступак доделе концесије.

Изузетно, без спровођења јавног позива прописаног Законом, концесија се може доделити путем преговарачког поступка, у случају: а) понуде јавног предузећа које обавља делатност од општег интереса, а чија делатност је предмет концесије; б) спровођења закључених споразума Владе или јавних предузећа, који се односе на реализацију предмета концесије и в) продужења рока на који је концесија додељена.

Додела концесије путем преговарачког поступка је у искључивој надлежности Владе.⁶²⁸ За доделу концесије надлежна је Влада Републике Српске осим за концесије из тачке за комуналне делатности, водоснабдевања становништва, као и изградње, одржавања и коришћења или реконструкције и модернизације комуналних делатности, за које је надлежна скупштина јединице локалне самоуправе. Изузетно од горе наведеног, Влада Републике Српске може овластити јединицу локалне самоуправе за доделу законом одређених концесија.⁶²⁹ Уговор о концесији који се закључује између концесионара и концедента закључује се на рок који не може бити дужи од 50 (педесет) година. Рок концесионог уговора одређују се у зависности од: предмета концесије, времена потребног за поврат уложеног капитала и остваривања планиране добити на основу концесионе делатности. Рок на који је додељена концесија може се продужити у преговарачком поступку и у искључивој је надлежности Владе Републике Српске.⁶³⁰ Концесионар је дужан да концеденту плаћа концесиону накнаду у износу и на начин утврђен уговором о концесији.

Концесиона накнада је обавезан елемент уговора о концесији. Концесиона накнада је новчаног карактера, а састоји се из: 1) накнаде за уступљено право, која се

⁶²⁸ Члан 26. став 2. Исто.

⁶²⁹ Члан 8. Исто.

⁶³⁰ Члан 28.

плаћа једнократно при закључивању уговора о концесији и 2) концесионе накнаде за коришћење.⁶³¹

Концесиона накнада за коришћење, зависно од предмета концесије, изражава се процентуално у односу на годишњи приход остварен од обављања концесионе делатности, или по јединици мере. Концесиона накнада за уступљено право приход је буџета Републике Српске, односно буџета јединице локалне самоуправе зависно од надлежности за доделу концесије. Концесиона накнада за коришћење дели се између Буџета Републике Српске и буџета јединице локалне самоуправе на чијој се територији обавља концесиона делатност у сразмери прописаној Законом о концесији.⁶³²

Уговором о концесији уређују се међусобна права и обавезе концедента и концесионара у вези са предметом додељене концесије, закључује се у складу са документацијом за доделу концесије, достављеном понудом и решењем о избору најповољнијег понуђача и додели концесије.⁶³³

Уговор о концесији, зависно од предмета концесије садржи:

а) предмет концесије, укључујући природу и обим радова који ће бити вршени и услуга које ће бити пружене од концесионара и локацију на којој ће се обављати концесиона дјелатност, б) услове и начин коришћења предмета концесије, в) концесиони период, г) почетак обављања концесионе делатности, д) власничка права над имовином повезаном са обављањем концесионе делатности, укључујући и права над земљиштем на којем ће се вршити концесиона делатност и дефинисање власничких односа по престанку важења уговора, њ) имовину коју на коришћење даје концедент, е) висину, рокове и начин плаћања, као и начин промене висине концесионе накнаде за коришћење, ж) начин и рокове обезбеђења средстава за финансирање концесионе делатности и динамику улагања, з) минималне стандарде квалитета услуга, критеријуме и методе за

⁶³¹ Члан 29. Исто.

⁶³² Члан 32. Исто.

⁶³³ Члан 33. став 1. и 2. Исто.

одређивање цена, односно тарифа за крајњег кориснике услуга, и) минималне техничке стандарде који ће се примењивати у заштита животне средине, ј) санацију и рекултивацију површина деградираних обављањем концесионе делатности, к) право надзора од концедента, л) обим и начин извештавања о извршењу уговорених обавеза, љ) право концедента да одобрава пројектну документацију, као и уговоре које склапа концесионар, посебно са власницима концесионара или другим повезаним лицима, м) врсту, висину и начин обезбеђења гаранције за извршење концесионог уговора, као и полисе осигурања које концесионар мора одржавати у периоду трајања концесије, н) правна средства у случају неиспуњавања обавеза било које од уговорних страна, њ) опис догађаја који се сматрају промењеним околностима и вишом силом, као и услове за измену или раскид уговора у случају њиховог наступања, о) права и обавезе уговорних страна у вези са поверљивим информацијама, п) права на уступање уговора о концесији и промени власничке структуре концесионара, р) начин измене уговора о концесији, с) услове за престанак уговора о концесији. т) начин предаје непокретности, уређаја и постројења концеденту у стању у коме се они морају предати по истеку концесионог периода, ћ) начин регулисања међусобних односа у случају раскида уговора о концесији и у) остале елементе битне за предмет концесије. Уговор о концесији се закључује у писаној форми, а потписује га овлашћено лице концедента и овлаштено лице концесионара.⁶³⁴

У својим редовним годишњим извештајима Народној Скупштини, Комисија за концесије, изнела је више пута, између осталог и примедбе на Закон о концесијама. Те примедбе се пре свега односе се на институт „јавног интереса“. Комисија је истакла иницијативу да јавни интерес као правни институт треба да има кључну улогу у систему доделе концесија, имајући у виду предмете концесионог права, као и циљеве успоставе концесионих односа у Републици Српској. Наиме, у Закону о концесијама предвиђено је да се јавни интерес процењује само приликом доношења одлуке о покретању поступка доделе концесије на основу иницијативе заинтересованог лица. По

⁶³⁴ Члан 33. став 3. и 4. Исто.

мишљењу Комисије, јавни интерес треба да представља базну чињеницу за успостављање концесионих односа без обзира о ком модалитету доделе концесија је реч. Због тога Комисија сматра да је неопходно законски регулисати обавезу утврђивања постојања јавног интереса у поступку доделе концесије за све поступке доделе концесија, да акт надлежног органа о утврђивању јавног интереса у свим модалитетима доделе концесија мора да има конститутивни карактер и да се актом надлежног органа утврђује за сваки појединачни случај додела концесије, без обзира да ли се поступак доделе концесије покреће од стране надлежног органа, по иницијативи заинтересованог лица, или у преговарачком поступку.

Треба истаћи и да Закон предвиђа могућност уступања уговора о концесији, те промене власничке структуре у проценту већем од 50% уз сагласност Комисије за концесије.⁶³⁵ Поступак уступања концесије, односно промене власничке структуре ближе је регулисан посебним Правилником⁶³⁶ који је донела Комисија за концесије. Овим Правилником се регулише питање заштите правног интереса финансијских организација као Кредитора у концесионим односима које се остварује подношењем захтева за давање сагласности за уступање уговора о концесији у своје име, а за рачун стицаоца када Концесионар не извршава своје обавезе према финансијској организацији по основу уговора о кредитирању концесионог пројекта. На овај начин даје се право активне легитимације финансијским организацијама, да покрену поступак за уступање уговора о концесији новом Концесионару, али не и да стичу право концесије на основу уступања концесионог уговора. Комисија за концесије у својим извештајима наводи да је члан 40. Закона, којим се дефинише уступање уговора о концесији трећем лицу или финансијској организацији, у делу који се односи на уступање уговора финансијским организацијама, у колизији са законима који регулишу ову област (Закон о банкама, Закон о микрокредитним организацијама, Закон о штедно-

⁶³⁵ Члан 40. и 41. Закона о концесијама.

⁶³⁶ Правилник о поступку уступања уговора о концесији и промени власничке структуре концесионара, *Службени гласник РС* бр. 65/14)

кредитним организацијама и сл.). Наиме, наведеним законима регулишу се делатности финансијских организација које су искључиво финансијске природе.⁶³⁷

Сматрамо да се законским решењем о уступљању уговора о концесији чија је примена разрађена и Правилником, доводе у питање прокламована начела доделе концесија, као што су начело транспарентности, недискриминације, тржишне конкуренције, једнаком третмана и друго. Давање могућности трећим лицима да без стандардног поступка прописаног Законом о концесијама добију концесију, не може да се оправда било каквим економским разлозима. Посебно када је реч о могућности финансијске организације као кредитора концесионара да сама предложи треће лице као привредни субјект да преузме концесију. Сматрамо да су овакве одредбе супротне савременим принципима на којима се заснива концесионарство у развијеним земљама и да их треба уклонити из позитивног законодавства.

Кад су у питању јавно-приватна партнерства у Републици Српској овај вид сарадње јавног и приватног сектора није заживио. Наиме, Закон о јавно-приватном партнерству нису у одговарајућој мери пратили подзаконски, проведбени акти. Он није усаглашен са Законом о концесијама и другим законима. У зависности од облика јавно-приватног партнерства, уговор о јавно приватном партнерству се сачињава у складу са законом којим регулише облигационе односе,⁶³⁸ а подзаконским актима су регулисани критеријуми за оцену и одобравање пројекта јавно-приватног партнерства, као и начин контроле реализације пројеката уговорених по овом моделу.

Законом су, такође, прописане обавезе праћења, надзора и контроле током целокупног периода трајања уговора, као и вођење јединственог регистра уговора о јавно-приватном партнерству, али није формирано посебно регулаторно тело које би се бавило праћењем ових облика делатности. Мониторинг врши надлежно министарство за сваки појединачни пројекат, а по правилима, критеријумима и маханизмима који су утврђени законом, подзаконским актима и који су прецизније дефинисани уговором.

⁶³⁷ Извештаји Комисије, доступно на: <http://koncesije-rs.org/cir/index.php?prikaz=stranica&id=15>

Надзор над поступком избора понуђача, припреме и достављања понуда, уговорања и реализације уговорених пројеката врши Министарство финансија РС, надлежни инспекцијски органи и Главна служба за ревизију јавног сектора РС.⁶³⁹

Такође уговор о јавно-приватном партнерству, мора да садржи обавезу ревизије уговора након одређеног временског периода, а сви учесници у Аранжману јавно-приватног партнерства су дужни поштовати начела прописана директивама Европске Комисије о концесијама и јавно-приватном партнерству.⁶⁴⁰

У случају када је јавни партнер јединица локалне самоуправе јавна установа коју оснива јединица локалне самоуправе, или јавно предузеће у већинском власништву јединице локалне самоуправе, сагласност на закључивање уговора дају Министарство финансија и ресорно надлежно министарство на основу анализе пројекта са становишта ефикасности и поделе ризика.

4.4.2. Уговори о концесијама и ЈПП у пракси Републике Српске

У поређењу са земљама у окружењу привредна развијеност РС је и даље на ниском нивоу. Економски развој привреде РС тече јако споро. Из тог разлога РС је опредељена за улагања у јавне инвестиције, тј. у путну инфраструктуру, енергетски сектор и пољопривреду, јер има значајне природне ресурсе за развој у овим секторима.

Искоришћавањем домаћих природних ресурса стварају се услови за повећање стопе привредног раста. У наставку рада ће бити приказани одређени пројекти јавно-приватног партнерства који су успешно реализовани или који су у току.

⁶³⁸ ЗОО, *Службени гласник РС*, бр. 17/93 и 3/96.

⁶³⁹ Члан 21. – 24. Закона о ЈПП.

⁶⁴⁰ Члан 16. Исто.

Оквир бр. 24. *Пројекат изградње “Каменграда – Андрићевог града” у општини Вишеград*

За изградњу “Каменграда - Андрићевог града” на подручју општине Вишеград, Влада Републике Српске је донела решење о додели концесије на градско грађевинско и водно земљиште које би се користило за изградњу објеката и других садржаја у оквиру пројекта. За реализацију изградње овог пројекта формирано је заједничко предузеће Владе РС, Скупштине општине Вишеград и предузећа „Лотика” Емира Кустурице, под називом “Андрићград”. Договорено је да се оснивачки капитал дели тако да „Лотика” буде 51% власник будућег предузећа, а општина Вишеград и Влада РС осталих 49%. Планирано је да у граду буду лоциране зграде: градске скупштине, позоришта, музеја, библиотеке, спомен-кућа нобеловца Иве Андрића, по коме град носи назив и други објекти. Целокупан пројекат изградње реализује се по идеји Емира Кустурице, а вредност пројекта се процењује на око 30 милиона КМ. Реализација уговора је у поодмаклој фази и уговор се у целини реализује планираном динамиком.

Наведени пројекат је пример јавно-приватног партнерства, који се због неприлагођеног правног оквира и недостатка искуства јавне управе у Републици Српској код уговарања оваквих пројеката, води као концесија на земљиште на коме је сад већ највећим делом изграђен „Андрићград“. Наиме, овде је реч о заједничком улагању приватног и јавног партнера, а вредност објеката и укупна улагања далеко превазилазе вредност земљишта за које је дата концесија. Ово је типичан пример јавно-приватног партнерства за изградњу комплекса од највећег интереса у области културе, који и поред значајних планираних улагања у износу од више десетина милиона конвертибилних марака, није адекватно правно регулисан.

Оквир бр. 25. *Пројекат изградње воденог парка „Аквиана” у Бања Луци⁶⁴¹*

Град Бања Лука је заједно са приватним партнером Atzwanger AG и ГП Крајина а.д. Бања Лука основао предузеће Аквиана у форми друштва са ограниченом одговорношћу. Циљ оснивања је изградња и експлоатација Воденог парка у Бања Луци. Анексом уговора о оснивању, Atzwanger AG, као члан друштва и партнер који има референце, техничку инфраструктуру, искуство и запослене стручњаке, био је генерални уговорач за ангажовање извођача изградње Воденог парка, уз задржавање одговорности за

⁶⁴¹ Више: В. Буковић, *Примена модела јавно-приватног партнерства у Републици Српској*, *Анали послове економије*, бр. 10, 2014. стр. 142. - 151.

реализацију, изградњу и пуштање у рад. У 2005. години, закључен је уговор са извођачем радова уз уговором утврђену предрачунску вредност, а за исти износ предузеће Адуана д.о.о. се кредитно задужило код пословне банке. Као обезбеђење кредита су узети залог на уделима оснивача и менице. Реализација пројекта је окончана и Водени парк са пратећом инфраструктуром и објектима пуштен је у употребу 2007. године, а град Бања Лука је у међувремену откупио уделе преостала два оснивача и постао једини власник предузећа.

Модел јавно-приватног партнерства између јавних/државних и приватних субјеката у здравству је релативно нов облик удруживања, те као такав, још увијек је непознат домаћој широј јавности. У свету можемо наћи много успешних примера превазилажења потешкоћа у функционисању здравства, заснованих управо на овом облику сарадње. Влада Републике Српске одлучила је да побољша квалитет постојећих здравствених услуга и пружи нови ниво услуга пацијентима, тако што ће у систем укључити и приватне здравствене установе. То се десило 1999. године када ни у Хрватској, Румунији, Бугарској ни другим земљама у окружењу није постојала таква иницијатива.⁶⁴²

Оквир бр. 26. *Изградња центра за хемодијализу у Бања Луци, Бијељини, Лакташима и И. Сарајеву*⁶⁴³

2000. године Влада Републике Српска је донела одлуку да приватне здравствене установе укључи у формирање Центра за хемодијализу у Клиничком центру Бањалука и да пацијентима пружи квалитетнију здравствену услугу. На основу расписаног тендера изабрана је компанија „Euro medic International“ која је приступила формирању новог центра за хемодијализу. Компанија „Euro medic International“ је пореклом из Холандије и једна је од највећих оператера здравствених усанава путем јавно-приватног партнерства. Компанија се определила да не пружа услуге тако што ће их пацијент директно плаћати својим новцем, него ће улагати финансијска средства, која су приватна, у медицинске капацитете који припадају јавном здравству. Тај концепт пословања су применили и у Републици Српској. Изградиле су четири модерна центра за хемодијализу у: Бања Луци, Бијељини, Лакташима и Источном Сарајеву. Прва изградња у здравству по моделу јавно-приватног партнерства била је изградња центра за хемодијализу у Бањој Луци и Бијељини.

⁶⁴² Исто.

⁶⁴³ Исто.

Захваљујући новцу приватног партнера пацијентима је обезбеђен европски стандард услуга. Не користећи средства јавног сектора, која су остала за финансирање основних потреба, захваљујући примени модела јавно-приватног партнерства, значајно се побољшао стандард здравствене заштите у Републици Српској. Према моделу јавно-приватног партнерства у Републици Српској је изграђено шест савремених центара за хемодијализу.

Други пројекат у пружању медицинских услуга пацијентима од посебног значаја за здравство у Републици Српској, је изградња центра за радиотерапију.

Оквир бр. 27. Изградња Центра за радиотерапију у Клиничком центру Бања Лука

У оквиру Клиничког центра Бања Лука изграђен је Центар за радиотерапију чиме је омогућено лечење пацијената с малигним болестима у РС. Услуге из области радиотерапије у Центру за радиотерапију су уговорене са Фондом здравственог осигурања РС. За све осигуранике трошкове терапије зрачења покрива Фонд. Изградњом овог Центра за радиотерапију, РС је добила један од најсавременијих центара за радиотерапију у региону. Након спроведеног тендера као најбољи понуђач изабрана је компанија „Euromedic International“. Центар је изграђен у оквиру Клиничког центра Вуковић, В. Бања Лука, а компанија „Euromedic International“ је инвестирала у набавку опреме и опремање простора за рад. Изградња компаније имала је финансијски значај. Према подацима из елабората о Економској оправданости, Фонд здравственог осигурања би требао да оствари уштеде на трошковима за најмање 6,5%. Приватни партнер „Euromedic International“ ће услуге наплаћивати по нижој цени од оне које наплаћују здравствене установе у Србији за 6,5% у односу на важеће цене. У односу на Хрватску, цене услуга радиотерапије биле би ниже за чак 29%. Изградњом Центра за радиотерапију, Република Српска је добила један од најсавременијих радиотерапијских центара у региону који пружа све потребне услове за лечење болесника.

Значај примене модела јавно-приватног партнерства у здравству Републике Српске, огледа се у постизању задовољства пацијената пруженим услугама, продужава се радна способност пацијената, смањује се стопа смртности и подиже се ниво квалитета здравствене заштите. Свој интерес приватни партнер не налази у високој цени пружених услуга, већ у дужини периода на који јавни партнер склапа с њим уговор о куповини услуга.⁶⁴⁴

⁶⁴⁴ Исто.

4.4.3. Правна заштита уговора јавне управе и решавање спорова

Позитивно законодавство у Босни и Херцеговини у области јавно-приватног партнерства које се у складу са законом реализује као концесија, као и других јавноправних уговора којим се конституише неки облик концесије, предвиђа могућност да учесник у поступку избора најповољнијег понуђача за провођење пројекта јавно-приватног партнерства или добијања концесије, може да поднесе приговор надлежној Комисији за концесије. Против одлуке Комисије није дозвољена жалба, али се може покренути управни спор код надлежног суда.⁶⁴⁵

На поступке које у оквиру својих надлежности проводи Комисија за концесије примењују се одредбе Закона о општем управном поступку, ако законима о јавно-приватном партнерству и концесијама није другачије прописано. За решавање спорова који настају на основу уговора о јавно-приватном партнерству и концесијама, стварно су надлежни месно надлежни судови према седишту јавног субјекта. Ове одредбе се не примењују уколико су стране уговориле арбитражно решавање спорова насталих на основу уговора о јавно-приватном партнерству и уговора о концесијама.

За решавање спорова који настану између јавног и приватног партнера, у уговорима за које су надлежни Босна и Херцеговина и Федерација БиХ примењују се прописи Босне и Херцеговине и Федерације БиХ, или меродавно право које су стране изабрале.

За решавање спорова који настану у вези са уговорима о концесији за непокретности у Републици Српској искључива је надлежност суда у Републици Српској. За решавање спорова који настану у извршавању других међусобних права и обавеза, Концедент и Концесионар могу уговорити надлежност домаће арбитраже, а

⁶⁴⁵ Члан 18. став 6. Закона о концесијама Босне и Херцеговине, одређује надлежност Суда Босне и Херцеговине за вођење управног спора против одлука Комисије за концесије Босне и Херцеговине. Члан 21. и 22. Закона о концесијама Републике Српске регулише да је решење о избору најповољнијег понуђача управни акт, док члан 39. Пословника Комисије за концесије Републике Српске предвиђа да су одлуке Комисије коначне, да против њих није дозвољена жалба, али се може покренути управни спор.

ако је Концесионар страном лице и надлежност међународне арбитраже. Уговорне стране могу уговорити, за решавање евентуалних спорова, и арбитражу Комисије. Ако се уговорне стране сагласе, Комисија за концесије може вршити посредовање у мирном решавању спорова који настану из уговора о концесији.⁶⁴⁶ Месна надлежност суда код спорова чији су предмет права на непокретностима регулисана је одредбама Закона о парничном поступку.⁶⁴⁷ Уговорне стране су обавезне изузетно прецизно дефинисати надлежност арбитраже уговором о концесији или прихватити надлежност домаћег суда у свим споровима који произилазе из уговора о концесији.⁶⁴⁸

Дакле кад је реч о одлукама које јавно тело доноси у поступку који претходи закључењу уговора о концесији и јавно-приватном партнерству, позитивно право у Босни и Херцеговини и Републици Српској одређује надлежност управе и управни поступак, како при њиховом доношењу, тако и по приговору или жалби, осим када је посебним законом то регулисано другачије. С друге стране код одлука за које закон не предвиђа могућност редовног правног лека, предвиђена је могућност покретања управног спора пред надлежним судом. Кад је реч о споровима везаним за уговоре о концесији и јавно-приватном партнерству, утврђена је надлежност редовних судова опште надлежности.

На крају, можемо навести заједничке особине уговора о концесијама и јавно-приватном партнерству, које одређују њихову правну природу. Наиме, један уговорни субјекат је увек јавноправно тело у овом случају Влада, односно јединица локалне самоуправе. Показало се да код ових уговора јавноправно тело има повлашћен положај. Ово се манифестује у одређивању услова уговора доношењем управног акта који претходи закључењу уговора, и избору садржаја јавног позива. Ванредну клаузулу представља и могућност једностране измене уговора, па чак и једностраног раскида

⁶⁴⁶ Члан 55. став 2. Закона о концесијама Републике Српске.

⁶⁴⁷ Члан 69. Пословника о раду Комисије за концесије Републике Српске.

⁶⁴⁸ Члан 70. Исто.

уговора од стране јавне управе, ако то захтева јавни интерес. Основни циљ уговора је заштита јавног интереса.

На основу наведеног, можемо закључити да уговори о концесијама и јавно-приватном партнерству, које за предмет имају вршење неке јавне службе у законодавству Босне и Херцеговине и Републике Српске, такође садрже елементе управног уговора. Међутим, стварна надлежност судова опште надлежности за решавање спорова између уговорних страна, иако присутна у упоредном законодавству, није карактеристична за класичну теорију управног уговора, која за овакву врсту спорова предвиђа надлежност специјализованих управних судова.

ГЛАВА ТРЕЋА

УПРАВНИ УГОВОРИ И УГОВОРИ ПРИВАТНОГ ПРАВА

У овом делу рада биће извршена детаљнија анализа карактеристика уговора приватног права у односу на управни уговор пре свега ради њиховог међусобног разграничења. Овај концепт, с обзиром на широко образложену и логичну правнотеоријску аргументацију која се користи, треба да да одговоре на питања основа уговорног обавезивања, односно основног елемента који ствара уговорну обавезу. У складу са овом концепцијом и методологијом излагања навешћемо најзначајније елементе сваког уговора и елементе управног уговора, њихове сличности и специфичности, што треба да допринесе њиховом међусобном бољем разумевању, међусобном разграничењу, а самим тим и прецизнијем дефинисању управног уговора.

1. Начела уговорног права

Основна начела су најопштија правна правила, врховни принципи, идеје водиле и највиши правни стандарди у одређеној правној области. Основна начела уговорног права произилазе из начела облигационог права, и представљају прихваћен метод и филозофију овог права у датој држави. Она дају како општу слику, тако и опште упутство за сналажење и тумачење неких установа и конкретних правних односа.

Уговор има непосредно дејство на облигацију у смислу њеног стварања, измене или престанка, па су правне особине облигације укључене у основне правне особине уговора.⁶⁴⁹ Ово се односи и на основна начела облигација, односно уговора. Стога ћемо у наредном делу рада анализирати основна начела како их предвиђа Закон о облигационим односима,⁶⁵⁰ као и њихову (не)применљивост на управне уговоре, при чему ћемо се углавном користити систематизацијом уговора коју је извршио *О. Антић*. Аутор наводи да су начело приватне аутономије и начело савесности и поштења два наопштија и најзначајнија елемента метода грађанског права, па су тако незаобилазни и у облигационом праву.

1.2. Основна начела грађанског права

Два основна, најопштија начела грађанског права су начело приватне аутономије (аутономије воље) и начело савесности и поштења. Основна начела, уједно откривају главне циљеве које једно друштво жели да постигне у одређеној правној области и зато су веома значајна. Она могу бити разрађена са више или мање ужих, посебних начела.

У правом систему Србије још увек није донесен јединствен грађански законик, иако се на њему већ дуго ради. Ова два најзначајнија начела грађанског права, садржана у Закону о облигационим односима представљају супституцију за општи део грађанског законика. Основна начела су у Закону о облигационим односима разрађена кроз низ посебних начела која ће бити детаљније анализирана након разматрања начела приватне аутономије и начела савесности и поштења. Уско везана за начело приватне аутономије је и слобода уговарања путем које се реализује начело приватне аутономије у уговорном праву.

⁶⁴⁹ О. Антић, стр. 36.

⁶⁵⁰ Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ* 29/78, 39/85 и 57/89, и *Службени лист СРЈ* бр. 31/93. (у даљем тексту ЗОО).

1.2.1. Начело приватне аутономије

Корени начела приватне аутономије (аутономије воље) сежу у далеку прошлост. Сматрало се да је воља изван појединаца, да је она божанског порекла, те да је треба спознати и деловати у складу са њом. Тек у античкој Грчкој се овај став постепено мења те се воља све више везује за појединца, да би Аристотел то уобличио у теоријски концепт у коме се сазнајни однос управља према људском етичком систему, а вредносни систем полази од воље појединца, слободе избора, дакле, слободне воље.⁶⁵¹

Наравно ова концепција и практични односи у систему уговарања су имали врло ограничен домет с обзиром да је реч о робовласничком и касније средњевековном феудалном систему у којима је огромна већина становништва била потпуно обесправљена. У XVII веку појавом школе природног права уместо природних божанских права, истичу се субјективна људска права као извориште саме човекове природе.⁶⁵² Даљим историјским развојем ових принципа човек као слободно мисаоно биће и његова аутономна воља постају исходиште и основ права. Како се људи, по самој природи ствари рађају слободни и једнаки, тако је основ сваког друштва и права, сагласност воља појединаца, аутономна воља. Из тога следи закључак да је и сама држава као организациони облик друштва, настала на сагласности воља појединаца, те је и сама основа државе и права уговор, друштвени уговор.⁶⁵³ Тако воља појединца постаје суштина права, а ограничавање слободе појединца путем правних обавеза могуће је само на основу његове слободне воље. Опште границе слободе појединца су слободе других појединаца. Стога је воља појединца одлучујући елемент за настанак уговора, његову форму, садржину, тумачење, измену и престанак. Међутим, као и свака

⁶⁵¹ Више: В. Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2004. стр. 9. и 10.

⁶⁵² Hugo Grotius. *De iure belli ac pacis. Hagae Comitum*, 1680, 2. Ausgabe, Leiden, 1965. Н. према О. Антић, стр. 38.

⁶⁵³ Видети: Жан Жак Русо, *Друштвени уговор*, Ф. Вишњић, Београд 1993. година, стр. 35. и 36. Кроз цело дело Русо настоји интегрисати појединце у такав друштвени систем, где појединцу неће бити жао да се одрекне дела слободе и природних права, како би уживао у грађанској слободи и правној држави (*нап. аут.*).

друга и ова теорија схваћена у апсолутном смислу, имала је низ недостатака. Уговор и његово поштивање се сматра неприкосновеним, без обзира на могућу повреду низа других правила и принципа као што су правичност, савесност и поштење, промена околности под којим је уговор закључен и друго. Аутономија воље полази од интереса појединца, индивидуалних интереса и занемарује интерес заједнице без које ни појединац не може функционисати.

Ове и друге аргументоване критике ова теорија није могла издржати. Временом се у законодавство и праксу уговорног права уводе нови институти и правила: императивне норме, јавни поредак, правила морала, добри обичаји, промењене околности као разлог измене или престанка уговора, забрана злоупотребе права и сл. Постепено њихов значај расте, а аутономија воље у свом изворном облику све више слаби, да би на крају била у потпуности напуштена. Савремена правна наука је начело аутономије воље модификовала у начело приватне аутономије. Ово начело има универзалан карактер, јер је његово постојање предуслов за постојање модерног облигационог права, савремене тржишне привреде и развијеног друштва.

Код управних уговора потпуна примена начела приватне аутономије није могућа. Наиме, уговорне стране нису потпуно самосталне и равноправне у уговорном односу. Приватноправна уговорна страна је у том односу слабији субјект, јер јавноправни субјект због јавног интереса као основног циља управног уговора одређује услове уговорног односа. Ипак, приватна аутономија као начело присутна је кроз вољу приватноправне стране да закључи уговор са јавноправним телом, без обзира што уговорне стране у овом уговорном односу нису равноправне јер приватноправна страна добровољно прихвата такав однос. Ово начело је изричито наведено у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама под његовим изворним називом „аутономија воље“. „Начело аутономије воље обухвата слободу уговорних страна да у складу са овим законом, законом којим се уређују облигациони односи и другим прописима и

добрим пословним обичајима, међусобна права и обавезе уреде по својој вољи“⁶⁵⁴. Осим тога Закон предвиђа приватноправну страну као иницијатора и предлагача за закључење јавног (управног) уговора.⁶⁵⁵ Кад иницијативу за закључење концесионог уговора подноси приватноправни субјекат, он прилаже документацију која представља основ за одређивање права и обавеза у уговору. Исто тако закључењу уговора о концесији и јавно-приватном партнерству најчеће претходе преговори и усаглашавање између концедента и концесионара. Сви наведени поступци су израз воље приватноправног субјеката за закључење, односно измену или престанак уговора. Ипак ова воља је у односу на вољу код уговора приватног права ограничена јавним интересом, те се начело приватне аутономије на управне уговоре може применити само у оквирима који не прелазе границе омеђене јавним интересом.

1.2.2. Начело савесности и поштења

Начело савесности и поштења је настало као противтежа индивидуалистичком ставу аутономије воље. Наиме, за разлику од аутономије воље која искључиво штити интересе појединца односно егоистичког принципа у праву, начело савесности и поштења полази од заштите етичког, социјалног и колективног (заједничког). Ово начело је увек било присутно, само у различитим облицима и називима. Тако је познато и као *bona fides* (добра вера), поштовање преузетих обавеза, уважавање промењених околности и др.

Ово начело је од највећег значаја у уговорном праву. Савесност и поштење су, наиме таква обавеза која претходи свим другим обавезама из облигације и везана је за њу од њеног настанка до њеног престанка. Закон о облигационим односима обавезује уговорне стране на савесност и поштење већ у фази преговора у виду тзв. предуговорне

⁶⁵⁴ Члан 6. Закона о јавноприватном партнерству и концесијама *Службени гласник РС*, број 88/11. (у даљем тексту и Закон о ЈПП и концесијама)

⁶⁵⁵ Члан 19. Закона о ЈПП и концесијама; Члан 4. Закона о концесијама Републике Српске, предвиђа да се поступак доделе концесије заснива се на начелима транспарентности, недискриминације, тржишне конкуренције, [...] аутономије воље и равноправности уговорних страна.

одговорности.⁶⁵⁶ Тако се обавезују преговарачи прије закључења уговора да уколико неко од њих води преговоре без озбиљне намере да закључи уговор, или одустане од закључења уговора у поодмаклој фази, па тиме нанесе другој страни штету, дужан је да је надокнади. Закон начело савесности и поштења штити императивном нормом. Стране су дужне да се придржавају овог начела. Антић наводи да начело савесности и поштења прожима цео Закон о облигационим односима, а у појединим његовим одредбама непосредним навођењем овог начела поводом конкретног односа, даје му уже значење.⁶⁵⁷

Одредбама Закона о облигационим односима регулисано је да ако правно лице закључи уговор изван оквира своје (специјалне) правне способности такав је уговор ништав, а друга страна може захтевати накнаду претрпљене штете, ако је била *савесна*.⁶⁵⁸ Ако је једна уговорна страна приликом закључења уговора, била у заблуди о битним својствима предмета, у погледу лица, или околности које су у конкретном случају одлучујуће, она је овлашћена да тражи поништење уговора због битне заблуде.⁶⁵⁹ У случају поништења уговора из наведених разлога, друга страна има право на накнаду претрпљене штете, али под условом да је била *савесна*. Страна која је у заблуди, не може се на њу позивати, ако је друга страна спремна да изврши уговор као да заблуде није било. Такође, Законом је регулисано да је привидан (фиктивни) уговор неважећи посао, без дејства међу учесницима, јер стране нису имале намеру да створе облигацију, већ само њен привид, лажну представу код трећих лица да је уговор настао. Међутим, ако привидан уговор прикрива неки други уговор, тај други уговор ће важити ако су испуњени услови за његову правну ваљаност.⁶⁶⁰

⁶⁵⁶ Чл. 45. ЗОО.

⁶⁵⁷ О. Антић, стр. 41.

⁶⁵⁸ Члан 54. ЗОО.

⁶⁵⁹ Члан 61. Исто.

⁶⁶⁰ Члан 66. Исто.

Одредбама Закона дефинише се да је уговор закључен под условом, када његов настанак или престанак зависи од неизвесне чињенице, али ако страна, на чији је терет услов одређен, *противно начелу савесности и поштења* спречи његово остварење, сматраће се да је услов остварен. Ако остварење услова противно начелу савесности и поштења, проузрокује страна у чију је корист он одређен, сматраће се, да услов није остварен. Закон регулише и последице ништавости у вези са савесношћу уговорних страна.⁶⁶¹ У случају ништавости странке су дужне да изврше натуралну или новчану реституцију. Међутим, ако је уговор ништав због тога што је по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, суд може одбити, у целини или делимично, захтев *несавесне* стране за враћање оног што је другој страни дала. Такође дата је могућност уговарачима да се могу својим уговором унапред одрећи позивања на одређене промењене околности, осим ако је то у супротности са начелом савесности и поштења.⁶⁶²

Одредбама Закона предвиђено је да је поверилац у облигационом односу овлашћен да од дужника захтева испуњење обавезе, а дужник је дужан испунити је *савесно* у свему како она гласи, у супротном, дужан је повериоцу да накнади штету.⁶⁶³ Закон регулише услове за проширење одговорности дужника. Тако је предвиђено да се уговором може проширити одговорност дужника и на случај за који он иначе не одговара, али само ако је то у складу с начелом савесности и поштења.⁶⁶⁴ Закон омогућава налогодавцу да не приступи преговорима за закључење уговора са лицем које је посредник нашао, као ни да закључи с њим уговор, под условима које је саопштио посреднику, али ће одговарати за штету ако је поступио *несавесно*.⁶⁶⁵

⁶⁶¹ Члан 104. Исто.

⁶⁶² Члан 136. Исто.

⁶⁶³ Члан 262. Исто.

⁶⁶⁴ Члан 264. Исто.

⁶⁶⁵ Члан 817. Исто.

Као што се види, начело заштите савесности и поштења широко је заступљено у Закону о облигационим односима и веома је важно за уговоре грађанског права. Ово начело је свакако једно од основних начела и у управним уговорима, и када као такво није изричито наведено у закону. У прилог овоме мишљењу иде **пресуда Савезног управног суда Немачке од 18. децембра 1973.** године, којом је суд утврдио „да вређа савесност и поштење када једна уговорна страна тражи повраћај своје сопствене чинидбе, а притом задржава противчинидбу“.⁶⁶⁶

1.2.3. Начело слободe уговарања

Као што је наведено приватна аутономија се у материји уговора остварује преко начела слободe уговарања. Слобода уговарања подразумева право субјеката на избор да ли ће закључити уговор или не. Ипак, и од овог основног начела постоје изузеци, а односе се на: а) обавезно закључење уговора, б) сагласност трећег и в) избор сауговорача. *С. Перовић* говори о овим изузецима и о њиховом заједничком наслову: Ограничења слободe уговарања која се односе на акт закључења уговора.⁶⁶⁷

Обавезно закључење уговора се пре свега односи на обавезно осигурање које је регулисано посебним прописима према којима постоји законска обавеза да одређена лица ступе у уговорни однос с неким осигуравајућим друштвом и да се осигурају од законом одређених ризика. Пример тих уговора су обавезно осигурање возила, јавног превоза путника и друго. Истовремено се могу обавезати на закључење уговора и правна лица која се баве пружањем јавних услуга. Тако су, нпр. електродистрибуција или водовод дужни да закључе одговарајући уговор са физичким лицем уколико су испуњени законски услови.⁶⁶⁸

Сагласност трећег може бити услов за закључење уговора. Један аспект је заштита јавног интереса, дакле јавноправни, а други је заштита приватноправних интереса. Та сагласност се мора добити од јавног органа у управном поступку. Форма

⁶⁶⁶ М. Петровић, М. Прица, стр. 250.

⁶⁶⁷ Видети: С. Перовић, стр. 173.

⁶⁶⁸ О. Антић, стр. 212.

дозволе, одобрења, односно сагласности, мора одговарати форми уговора за који се издају.

Код *избора саговорача* могу постојати разна ограничења, слободе избора друге уговорне стране. Ово се може односити на, нпр. одређене привилегије у корист колективних облика својине, или државне својине или право прече куповине.

Кад говоримо о слободи уговарања, при закључењу уговора јавне управе, укључујући и управне уговоре, неопходно је изнети ограничења којима подлежу ови уговори. Закључењу већине управних уговора претходи поступак избора најповољнијег понуђача. Ово је случај и код уговора о јавним набавкама, уговора о концесији, као и уговора о јавно-приватном партнерству. Најчешће је надлежни орган дужан да проведе поступак јавног надметања предвиђеног законом који резултује доношењем управног акта надлежног органа о избору наповољнијег понуђача. Јавноправни орган је дужан уговор закључити у складу са актом којим је одређен понуђач који је у поступку јавног оглашавања дао најповољнију понуду и не може га закључити с другим лицем.⁶⁶⁹ У упоредном праву углавном, за закључење управног уговора је неопходно да одређено, најчешће, специјализовано, јавноправно тело да сагласност на закључење уговора. Обично је то независно регулаторно тело (нпр. комисија или агенција за концесије и јавно-приватна партнерства и сл.).

1.3. Начела облигационог права према Закону о облигацијама

Начело приватне аутономије у уговорном праву се остварује преко начела слободе уговарања.⁶⁷⁰ Начело савесности и поштења као опште начело облигационог права, такође је изричито регулисано законом.⁶⁷¹ Из ових општих начела произилазе посебна (ужа) начела облигационог права: начело општости и диспозитивности; начело

⁶⁶⁹ Члан 4. тачка 14), Закона о ЈПП и Концесијама Републике Србије, дефинише Одлуку о избору најповољније понуде, као акт који доноси јавно тело, након оцене пристиглих понуда за доделу јавног уговора, а у складу са конкурсном документацијом и критеријумима за избор најповољније понуде.

⁶⁷⁰ Члан 10. ЗОО.

⁶⁷¹ Члан 12. Исто.

равноправности страна; начело забране стварања и искоришћавања монополског положаја; начело неформалности (консензуализма); начело забране злоупотребе права; начело једнаке вредности давања; начело забране проузроковања штете; начело дужности испуњавања обавеза; начело одређене пажње у извршавању обавеза и остваривању права; начело поштовања добрих пословних обичаја; начело поступања правних лица у складу са опшним актима и начело мирног решавања спорова. За потребе овог рада осврнућемо се на нека од ових начела која могу послужити за поређење уговора приватног права и управних уговора.

1.3.1. Начело опитости и диспозитивности

Одредбе Закона о облигационим односима су општа правила у односу на друге прописе, те се примењују у свим случајевима у којима посебни закони нису предвидели што друго, али стране могу у складу са својом приватном аутономијом, свој облигациони однос да уреде и другачије него што је то овим законом прописано, ако из поједине одредбе овог закона или њеног смисла не произилази што друго.⁶⁷²

Диспозитивност подразумева да странке имају право своје односе уредити и другачије него што је то предвиђено опшним нормама. Када се то примени на уговор, можемо закључити да странке својим сагласним вољама могу диспозитивне норме применити без промена или их изменити. Такође, оне диспозитивне норме могу, уколико се о томе усагласе, у потпуности искључити. Диспозитивност је дериват начела приватне аутономије и карактеристика је приватног права.

О диспозитивности код управних уговора можемо говорити само у делу који се односи на поједина питања која законом или управним актом који претходи закључењу управног уговора, нису децидно регулисана, па је уговорним странама остављена могућност да их другачије уреде, али не преко граница императивних норми.

⁶⁷² Члан 20. и 25. Исто.

1.3.2. Начело равноправности страна

Закон о облигационим односима регулише: „Стране у облигационом односу су равноправне“⁶⁷³. Равноправност уговорних страна је један од кључних услова за остварење начела приватне аутономије. Као што је раније наведено, аутономија воље је у античком и феудалном друштвено-економском систему била привилегија врло уског социјалног слоја. Након буржуаских револуција и прокламовања принципа једнакости и грађанских слобода, те афирмације приватног власништва, начело равноправности уговорних страна је постало темељни принцип приватног уговорног права. Појединачна воља постаје извор субјективних грађанских права, тако да индивидуалне воље морају бити равноправне како би могле засновати међусобна права и обавезе. Уговорне стране у току читавог поступка закључења уговора, од преговора, понуде, закључења уговора, па до његовог извршавања и престанка су равноправне.

Принцип равноправности је прокламован у већини закона који уређују уговорну материју, приватних, али и јавних уговора. Тако Закон о ЈПП и концесијама, дефинише: „Начело равноправности уговорних страна, подразумева да се узајамни односи субјеката у јавном уговору заснивају на њиховој једнакости и равноправности њихових воља.“⁶⁷⁴ Ипак, код управних уговора углавном не постоји равноправност страна. Наиме, пошто се управни уговор закључује пре свега у јавном интересу, то је и јавноправно тело као страна у том поступку у привилегованом положају. Ово се манифестује кроз низ посебних одредаба које регулишу управни уговор.

Ради илустрације навешћемо неколико примера. Код уговора о концесији јавноправна страна након проведеног поступка доноси управни акт који претходи закључењу уговора. Уговор који се након тога закључује не сме одступати од садржаја тог управног акта. Такође јавна управа као страна у управном уговору може самостално мењати услове уговора уколико то захтева јавни интерес и без сагласности приватноправне стране. При томе приватноправна страна не може у том случају

⁶⁷³ Члан 11. ЗОО.

⁶⁷⁴ Члан 6. Закона о ЈПП и концесијама.

раскинути уговор него је дужна извршавати уговорне обавезе, уз обавезу јавноправног тела да у том случају приватноправној уговорној страни надокнади штету.

Закључењу управног уговора код јавних набавки, претходи поступак јавне набавке који се покреће одлуком јавноправног органа у коме јавноправно тело, једнострано, у складу са јавним интересом, прецизно дефинише услове и елементе будућег управног уговора. Управне уговоре карактерише низ других елемената који дају већа овлашћења јавној управи у односу на другу уговорну страну. У немачком праву постоје тзв. *координациони* јавноправни уговори које закључују две јавноправне уговорне стране и које карактерише равноправност. Међутим, неки аутори равноправност уговорних страна управо сматрају доказом да се не ради о управним него о приватноправним уговорима. Тако *Б. Љубановић* за координационе уговоре истиче: „[...] Будући да код тих уговора изостаје субординација тј. јача правна воља једне уговорне стране, што је [...] карактеристика управних уговора, могу се сврстати у приватноправне уговоре“.⁶⁷⁵ Све наведено јасно потврђује да у управном уговору за разлику од грађанског уговора, уговорне стране нису равноправне, јер је управо доминантнији положај јавноправног субјекта једна од карактеристика управног уговора.⁶⁷⁶

1.3.3. Начело забране стварања и искоришћавања монополског положаја

Ово начело такође произилази из начела приватне аутономије. Наиме, монопол неког учесника на тржишту роба и услуга у директној је супротности са начелом равноправности странака и њихових воља. Члан 14. Закона о облигационим односима предвиђа да у заснивању облигационих односа стране не могу да установљавају права и обавезе којим се за било кога ствара или искоришћава монополски положај на тржишту.

⁶⁷⁵ Упоредити: М. Костић, стр. 64. и 65.

⁶⁷⁶ Повлашћен положај јавноправног тела као стране у управном уговору је узрокован потребом заштите јавног интереса, али се то не односи на финансијску равнотежу између уговорних страна која се мора поштовати од закључења до престанка управног уговора.

Ово начело се примењује и на управне уговоре. Јавна управа је приликом закључења управног уговора о обављању јавних служби дужна да води рачуна о томе да уговорна страна која обавља јавну службу не повећава цену услуга грађанима без сагласности јавне управе. Грађани се штите од монополистичког понашања даваоца услуга као субјекта управног уговора и тиме што им се омогућава заштита њихових права у управном поступку пред јавном управом уколико сматрају да је давалац услуга прекршио своје обавезе према њима. Осим тога позитивним правним прописима државе уређују начин за спречавање монополског положаја неке корпорације у одређеном сектору. Тако је нпр. у Републици Српској у Документу о политици доделе концесија⁶⁷⁷ предвиђено да Комисија за концесије доноси правила о концентрацији власништва, чији је циљ да омогући раст конкуренције у одређеном сектору и спречи успостављање монопола над јавним добрима.

Дакле, можемо закључити да, иако је честа ситуација да при закључењу управног уговора за обављање неке јавне службе којом се врше одређене јавне услуге, давалац услуга буде једини овлашћен за њихово вршење (нпр. комуналне услуге, услуге линијског превоза и др.), јавна управа је дужна да онемогући монополистичко понашање даваоца услуга тако што га уговором обавезује на одређени ниво квалитета и квантитета услуга, те обавезне сагласности јавне управе за евентуалну промену цене услуга, као и да правилима о концентрацији власништва спречи успостављање монопола.

1.3.4. Начело консензуализма (неформалности)

Начело консензуализма или неформалности је опште правило које предвиђа изузетке само ако их закон пропише. Тако је прописано да заснивање уговорних односа не подлеже никаквој форми, осим ако је законом другачије одређено.⁶⁷⁸ Чак и када закон предвиђа одређену форму, пуноважне су неформалне измене и допуне о

⁶⁷⁷ Документ о политици доделе концесија, доступно на:

http://koncesije-rs.org/dokumenti/zakoni/Politika_dodjela%20Cir.pdf (05. 05. 2015.).

⁶⁷⁸ Члан 67. ЗОО.

споредним тачкама о којима у формалном уговору није ништа речено, уколико то није противно циљу ради којег је форма прописана, а пуноважне су доцније неформалне погодбе којим се смањују или олакшавају обавезе једне или друге стране, ако је посебна форма прописана само у интересу уговорних страна. Учесници у облигационом односу у складу са начелом приватне аутономије, могу уговорити форму правног посла.⁶⁷⁹

Начело неформалности није применљиво на управни уговор. Наиме, управни уговор је формални уговор који се обавезно закључује у писменој (писаној) форми. Како се уговор о концесији, као што смо видели у упоредној правној теорији сматра или као управни уговор, или јавноправни уговор са доминантим елементима управног уговора, навешћемо став Борковића, који најбоље илуструје обавезност писмене форме за овакве уговоре. Борковић сматра да се уговор о концесији увек склапа у писменој форми, те да је та форма, уједно и битан услов пуноважности уговора о концесији, форма „*ad solomenitatem*“, тј. конститутивни састојак уговора, без испуњења којег уговор о концесији не производи правни учинак.⁶⁸⁰

1.3.5. Начело забране злоупотребе права

Правило из римског права је да титулар права који своје право врши не може поступати злонамерно нити другоме наносити штету. Међутим, развојем правног искуства појавиле су се ситуације када титулар, који одређено субјективно право несумљиво има, у конкретном случају то право врши на начин којим омета уживање, остваривање неких других права, других титулара. Апсолутна слобода једног субјекта значила би неслободу, ропство другог, што се у савременим правима, наравно још мање може толерисати него што је то био случај у старим правима. Зато је и „најсавременије од свих права“, право својине, у свим модерним правима ограничено: оно се врши у границама одређеним позитивним прописима. Ти прописи понекад обавезују на нечињење, нпр. прописи о пољопривредном земљишту. Ограничења се односе и на

⁶⁷⁹ Члан 69. Исто.

⁶⁸⁰ И. Борковић, *Концесионирана јавна служба* [...] стр. 11;

апсолутна и на релативна права, јер би се њиховом злоупотребом негирало начело савесности поштења. Законом о облигационим односима предвиђена је забрана вршења права из облигационог односа, противно циљу због кога је такво право законом установљено или признато.⁶⁸¹ Антић тако истиче: „[...] Између захтева и одговорности постоји корелација, али не и етича корелација. Злупотреба права је додирна тачка између права и етике.“⁶⁸²

Начело забране злоупотребе права примењиво је и на управни уговор. Ово је најбоље видљиво у делу о судској заштити права уговорних страна у француском праву. Тако француски закон предвиђа да се може водити поступак против јавноправног тела због злоупотребе права из управног уговора.⁶⁸³ У Хрватској је Законом о општем пореском дугу регулисано да се управни уговор не може закључити с пореским обвезником против ког се проводи поступак утврђивања злоупотребе права у пореско-дужничком односу, за порески дуг који је већ био предметом раскинутог управног уговора, за дуг за који је склопљен управни уговор, или за дуг који је обухваћен репрограмом.⁶⁸⁴

1.3.6. Начело једнаке вредности давања

Двострани уговори (с накнадом, теретни) заснивају се на идеји размене (*do ut des*): разлог, основ, кауза чинидбе једне стране је противчинидба друге. Отуда претпоставка да у заснивању двостраних уговора стране полазе од начела једнаке вредности узајамних давања (еквиваленције престација), али како је једнака вредност узајамних давања у дословном смислу, по правилу немогућа и физички недоказива, Законом се одређује у којим случајевима нарушавање тога начела повлачи правне последице.⁶⁸⁵ Двострано обавезни уговори подразумевају једнакост узајамних давања.

⁶⁸¹ Члан 13. ЗОО.

⁶⁸² Антић, н. д. Исто.

⁶⁸³ Ch. Guettier, стр. 512.

⁶⁸⁴ Члан 91.б, Општег пореског закона, *Народне новине* бр. 147/08, 18/11, 78/12, 136/12, 73/13, 26/15, 44/16

⁶⁸⁵ Члан 15. ЗОО.

Разуман субјект се, у теретним пословима, неће обавезати тако да по реализацији уговора супротна страна знатно увећа своју имовину тако да се његова знатно умањи. Отуда право предвиђа неколико конкретних инструмената заштите овог начела: а) одговорност за материјалне недостатке, б) одговорност за правне недостатке, в) прекомерно оштећење, г) зеленашки уговор и д) промењене околности.

Одговорност за материјалне недостатке. У уговорима с накнадом сваки уговарач одговара за материјалне недостатке свог испуњења, а при томе се сходно примењују правила уговора о продаји (купопродаја), односно правила о обавезама продавца.⁶⁸⁶ Материјални недостаци постоје: ако ствар није имала својства за редовну употребу или промет; ако није имала потребна својства за нарочиту употребу у погледу сврхе набавке, а која је била или је морала бити позната продавцу; ако ствар нема својства и одлике који су изричито или прећутно уговорене односно прописане; када је продавац предао ствар која не одговара узорку или моделу, осим ако узорак или модел нису показани само ради обавештавања.

Одговорност за правне недостатке. – Уколико неко лице врши фактичко узнемиравање титулара права, титулару стоји на располагању тужба због сметања поседа, државинска тужба (посесорна заштита). Међутим, правно узнемиравање је нешто сасвим друго. Продавац, наиме, одговара ако на продатој ствари постоји право трећег које искључује, умањује или ограничава купчево право, а о чијем постојању купац није обавештен, нити је пристао да узме ствар оптерећену тим правом (заштита од евикције). Уколико је у питању пренос неког другог права (нпр. ауторског права или права индустријске својине), продавац гарантује да оно постоји (веритет) и да нема правних сметњи за његово остварење.

Прекомерно оштећење. Уговарач, у двостраном уговору, који у време закључења уговора, за праву вредност обавеза није знао, нити је морао знати, па је на своју штету закључио уговор у којем постоји очигледна несразмерна чинидби, има

⁶⁸⁶ Видети: Члан 121. ст. 1. и 3. и члан 478. до 507. ЗОО.

право да у року од једне године захтева поништење таквог уговора.⁶⁸⁷ Друга страна, при том, има могућност понудити допуну до праве вредности, чиме ће уговор остати на снази.

Промењене околности. Уколико после закључења уговора наступе такве околности које отежавају испуњење обавеза једне стране, или се због тих околности не може остварити сврха уговора, а све у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивању уговорних страна и да би га по општем мишљењу било неправично одржати, страна којој је отежано испуњење, односно која не може да испуни сврху уговора, може захтевати раскид таквог уговора. Ипак, уговор се неће раскинути уколико друга страна понуди или пристане да се уговор правично измени. У случају раскида, на захтев друге стране суд ће обавезати другу страну која је раскид захтевала да другом накнади правичан износ штете коју због раскида трпи.⁶⁸⁸

Одговорност за правне недостатке, прекомерно оштећење и промењене околности, може бити присутна у свом модификованом облику и код управних уговора. Тако, нпр. јавноправно тело приликом закључења уговора о јавно-приватном партнерству у коме приватном партнеру уступа одређене некретнине или постројење, одговара за материјалне и правне недостатке у вези са тим постројењем или некретнинама (нпр. постојање одређеног заложног права, или судског спора, за које приватни партнер није могао знати у моменту закључења уговора).

Прекомерно оштећење, тешко да може бити разлог побијања управног уговора, јер и једна и друга уговорна страна у поступку који претходи закључењу, као и при закључењу и реализацији уговора, имају на располагању све информације које су неопходне за одлуку о закључењу уговора.

Промењене околности, пак не могу бити разлог за једностран раскид уговора од стране приватног партнера, ако јавни интерес то не дозвољава. Као што је наведено у француском праву заштита права сауговорача јавне управе, остварује се између осталог

⁶⁸⁷ Видети: Члан 139. ЗОО.

⁶⁸⁸ Видети: Члан 133. Исто.

у складу са доктрином *imprévision*. У складу са доктрином *imprévision*, странка нема право инсистирати на једностраном раскиду уговора, већ, ако тело јавне власти сматра да је то у јавном интересу, мора наставити извршавати своје уговорне обавезе, а ако друга уговорна страна практично престане извршавати уговорне обавезе, тело јавне управе може ту јавну услугу наставити пружати у властитој режији. При томе је потребно разграничити доктрину *imprévision* и случај више силе (франц. *force majeure*). У доктрини *imprévision* нема немогућности извршавања уговорне обавезе због чињеничног или правног основа, већ друга уговорна страна, доказује нарушавање „финансијске равнотеже уговора“ како би остварила право на накнаду непредвиђених трошкова.⁶⁸⁹

1.3.7. Начело дужности испуњавања обавеза

Стране у облигационом односу су дужне да изврше своју обавезу и одговорне су за њено испуњење, а обавеза се може угасити само сагласношћу воља страна у облигационом односу или на основу закона.⁶⁹⁰

Кад је управни уговор у питању, уколико управа као уговорна страна не поштује своје обавезе, сауговорач нема могућност искористити право да одступи и сам од обављања својих уговорних обавеза. Уговорна обавеза приватне уговорне стране и даље остаје на снази, при чему се тражи од надлежног суда надокнада штете. На тај начин, принцип *pacta sunt servanda* употребљава се у заштити јавног интереса, а која ипак води ка фактичкој неједнакости уговорних страна.⁶⁹¹

1.3.8. Начело одређене пажње у извршавању обавеза и остваривању права

Страна у облигационом односу дужна је да у извршавању своје обавезе поступа са пажњом која се у правном промету захтева у одговарајућој врсти облигационих односа (пажња доброг привредника, односно пажња доброг домаћина). Кад је у питању

⁶⁸⁹ Д. Авиани, Д. Ђерђа, стр. 483. - 484.

⁶⁹⁰ Видети члан 17. ЗОО.

⁶⁹¹ Б. Давитковски, н. д. стр. 6.

страна у облигационом (уговорном) односу која извршава обавезе из своје професионалне делатности, она је дужна да поступа са повећаном пажњом према правилима струке и обичајима (с пажњом доброг стручњака).⁶⁹²

Као пример примене овог начела у управним уговорима, можемо навести обавезе код уговора о концесији којим јавна управа даје део јавних ресурса на управљање концесионару. Уговори о концесијама редовно садрже одредбе којима се концесионар обавезује да се према јавној имовини која је предмет концесије поступа са пажњом доброг привредника. Такође се концесионар обавезује да по истеку концесионог периода, концесионар врати концеденту концесионо добро у исправном стању.⁶⁹³

1.3.9. Начело мирног решавања спорова

Стране у облигационом односу настојаће да спорове решавају усаглашавањем, посредовањем или на други миран начин.⁶⁹⁴ У облигационом праву, домаћем и упоредном, углавном је прихваћено опште правило да орган пред којим се води спор између две уговорне стране, увек настоји прво да се стране у спору споразумеју, односно мирно реше настали спор, а и саме уговорне стране могу уговорити, или накнадно предложити неко арбитражно тело које би решавало настали спор.

⁶⁹² Члан 18. ЗОО.

⁶⁹³ Уговори о концесији у Републици Српској, морају бити у складу са Документом о политици доделе концесија којим се одређује да „по истицању рока предвиђеног Уговором о концесији и по повраћају инвестиције, врши се трансфер свих постројења у оквиру БОТ пројекта према Републици Српској, с тим да та постројења треба да буду у добром стању и неоптерећена.“ Документ о политици доделе концесија, *Службени гласник Републике Српске* бр. 31/06. Доступно на:

http://koncesije-rs.org/dokumenti/zakoni/Politika_dodjela%20Cir.pdf (4. април 2015.).

⁶⁹⁴ Видети члан 19. ЗОО.

Француско право у вези са споровима из управних уговора предвиђа неколико модалитета њиховог решавања мирним путем.⁶⁹⁵ Тако се за мирно решавање спорова насталих у поступцима јавне набавке предвиђају разна *ad hoc* тела, „саветодавни комитети за мирно решавање несагласности или спорова у вези са јавним набавкама“ и сл. У српском праву за спорове у вези са уговорима јавне управе, (укључујући и латентне облике управног уговора), уговорне стране могу уговорити њихово арбитражно решавање пред домаћом или страном арбитражом.⁶⁹⁶ Према Закону о концесијама Републике Српске за решавање спорова проистеклих из уговора о концесији уговорне стране могу уговорити и арбитражу.⁶⁹⁷ Ако се уговорне стране сагласе, Комисија за концесије може вршити посредовање у мирном решавању спорова који настану из уговора о концесији.⁶⁹⁸

2. Општи појам уговора и управни уговор

Правни теоретичари приликом дефинисања основних разлика између управног права и грађанског права, пре свега виде у „предмету изучавања“ (када је реч о научној дисциплини), тако и у методу регулације (када је реч о позитивноправним прописима). Реч је о двама сасвим различитим правним гранама. Па ипак одређена веза се може успоставити међу њима.“⁶⁹⁹ Тако се наводи да се одређени својински односи грађана

⁶⁹⁵ Разлози за мирно решавање спорова из управних уговора су вишеструки. Прво, ако се жели да се реши спор брзо, саговорачи нису заинтересовани да чекају завршетак судског поступка који знају трајати годинама. Разлог за избегавање судског решавања насталог спора може бити и жеља уговорних страна да се у зависности од околности, спору не придаје превелики публицитет, или да се избегне судски спор јер уговорни партер јавне управе не жели да се у јавности ствара негативна слика о њему. Видети: Ch. Guettier, стр. 449.

⁶⁹⁶ Члан 20. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, Републике Србије.

⁶⁹⁷ Члан 63. Закона о концесијама РС.

⁶⁹⁸ Члан 55. став 2. исто.

⁶⁹⁹ Б. Давитковски, Е. Давитковска, Д. Гоцевски, *Однос између управног (јавног) права и грађанског (приватног) права вс. кодификације грађанског права*, Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“, 2013. стр. 194.

заснивају на аутономији воље, а ипак, део њих је регулисан одредбама управног права (нпр. експропријација, држављанство). Истиче се да основни предмет регулисања грађанског права, представљају својински односи, док управно право, у извесним ситуацијама, регулише и својинске односе који нису његов главни предмет уређења.

„Па чак и тада, када се предмет регулисања поклопи код ових двеју правних дисциплина, метод регулације се у потпуности разликује. У највећем броју случајева, својински односи су регулисани грађанскоправним нормама и заснивају се на принципу аутономије воље странака, за разлику од својинских односа обухваћених управним правом, у којима се једна страна увек (држава односно јавна управа) налази у надређеном положају [...]. Ипак, ове разлике између грађанског и управног права не представљају „непремостиво разилажење и дијаметралну супротстављеност, већ се у одређеној мери те две гране чак и допуњавају.“⁷⁰⁰

Додирне тачке јавноправног и приватноправног односа највидљивије су у њиховим уговорним формама. Заједничка карактеристика свих уговора (споразума) је сагласност воља два или више субјеката о битним елементима, а ради постизања дозвољених правних последица. У правним системима који теже реформисаној и ефикаснијој јавној управи, проширење обима уговорних форми које се заснивају на принципима сагласности и слободе воље је најважнији задатак. Демократизација друштвених односа, подразумева пре свега стварање услова за достојанствен живот и слободан развој грађана и њихово активно учешће у друштвеним и економским процесима. Неизбежни елемент овог процеса је обогаћивање функционалне улоге државе и оштра редукација примене класичних метода управљања. Уговорне форме у односу између јавне управе и грађана представљају нови начин функционисања управе и пут ка њеној либерализацији, а против њене класичне ауторитативне улоге. Квалитетна јавна управа подразумева прецизно одређење неопходног минимума њеног једностраног деловања и решавање свих значајних питања споразумом.

⁷⁰⁰ Исто.

Да би се правилно разумео институт управног уговора неопходно је пре свега разјаснити појам уговора. Уговор је један од основних појмова како у грађанском, односно приватном праву, тако и у јавном праву. Поред приватноправних уговора постоје и јавноправни уговори, користе се појмови као што су: уговори у радном праву, уговори у управном праву, управни уговори и сл. Отуда се јавља потреба за широм дефиницијом уговора, дефиницијом која би обухватила материју приватног и јавног права. Доследно томе, у правној науци се у том, најширем смислу, уговор дефинише као „сагласност воље два или више лица којом се постиже неко правно дејство“.⁷⁰¹

Поједини аутори сматрају да није могућа нека уопштена дефиниција уговора јер тај појам обухвата три различита значења: уговор као правни акт, уговор као правни однос и уговор као правни документ, исправа. Уговор као правни акт је размена сагласних изјава воље између два или више лица, којом се заснива, мења или укида одређени правни однос.⁷⁰² Уговор је увек двострани правни посао јер је за његову пуноважност за разлику од једностраних правних послова, гдје само изјава једне воље има правно дејство, неопходно присуство најмање две воље.⁷⁰³ Уговор се дефинише и као облигационоправни однос који представља сагласну изјаву воља две стране за настанак, измену или престанак облигационих односа.⁷⁰⁴

3. Правна природа уговора

Теоријска анализа правне природе уговорних обавеза је сложено питање које је представљало предмет истраживања низа теорија. У одређивању правне природе уговора, неопходно је утврдити основ уговорног обавезивања, односно, основни елемент који ствара уговорну обавезу. Низ теорија су покушале објаснити правну природу уговора као што су: етичке теорије, теорије воље и теорије обећања, теорије поверења и теорије ослањања, те теорије преноса. *Антић* све ове теоријске приступе

⁷⁰¹ Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1986. стр. 151.

⁷⁰² Јаков Радишић, *Облигационо право, (Општи део)*, Београд 2004. стр. 71. - 72.

⁷⁰³ Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2008. стр. 196.

⁷⁰⁴ Б. Морант, *Облигационо право, књига прва*, Бања Лука, 1997. стр. 153.

групише у три основна: а) *теорије обећања*, (воље), б) *теорије ослањања* (реалних очекивања) и в) *теорије преноса*, (транслативне теорије).⁷⁰⁵ Све ове теорије по њему имају одређене недостатке који су такви да не могу самостално да објасне разлог обавезивања уговорних страна. Обећавајуће теорије се заснивају на класичним основама вољних теорија, владајућих у време доношења првих грађанских законика, да су облигације створене уговором креације воље уговарача (самонаметнуте облигације), у складу са начелом аутономије воље странака.

Најважнији приговори овим теоријама односе се на неуклапање њихових ставова са битним одликама уговорног права. Слобода уговарања је ограничена случајевима обавезног закључења уговора, сагласности треће стране и избора сауговарача. Диспозиција субјеката није компатибилна са становишта принудних прописа, јавног поретка, добрих обичаја, законом одређене садржине уговора и формуларних уговора.

Поред ових и сличних приговора наводи се и питање легитимости државне санкције у случајевима када постоји само обећање неке допуштене чинидбе, а не повреде права или претње повредом. Аутор наводи да се слични приговори могу дати и осталим наведеним теоријама. Он заступа тзв. теорију „каузалног обећања“ којом објашњава ово питање. По њему „присуство каузалног обећања повезује два одвојена обећања у једно и та фузија чини основ обавезаности, јер су стране тада, на основу слободе уговарања, створиле такву правну ситуацију да ниједна од њих више не може својевољно и самовољно да раскине тако фузионисано узајамно обећање (самоограничење у сопственом интересу).“⁷⁰⁶

Кад је реч о раскиду наводи се да је он могућ, „али само на исти начин, уз присуство обе воље које су начиниле спајање, али сада у обрнутом поступку фисије, које не значи ништа друго до обећање да се више неће захтевати првобитно обећање“.⁷⁰⁷ Каузално обећање је суштински разлог настанка уговора, а тиме и његове

⁷⁰⁵ Више: Оливер Антић, стр. 198. - 235.

⁷⁰⁶ Исто, стр. 234. и 235.

⁷⁰⁷ Исто, стр. 235.

узајамне обавезности. Да би се једно каузално обећање претворило у уговор, потребно је да се испуне одређени битни услови који могу бити општи, нужни за сваки уговор, или посебни, битни само за неке уговоре. Општи битни услови су: 1) *способност уговарања*, 2) *кауза*, (*основ*), 3) *предмет*, 4) *сагласност воља*. Посебни услови могу бити законски или вољни. Законски се односи на форму, а вољни битан услов је неки услов који се иначе не сматра битним условом, који странке определе као битан у складу са својом приватном аутономијом, односно да ће бити услов за настанак пуноважног уговора.⁷⁰⁸ Способност уговарања, кауза и предмет чине саму суштину намере уговарања и зато морају бити присутни у фази пре постизања сагласности воља. То је лако уочљиво преко тзв. предуговорне одговорности (*culpa in contrahendo*) као и преко понуде, као каузалног обећања које такође мора садржати ова три битна услова.⁷⁰⁹ Сви општи битни услови за постојање уговора уопште, су неопходни и за управни уговор. Способност уговарања, кауза, предмет и сагласност воља су поред других, специфичних за управни уговор, битни услови и у упоредном праву.

4. Релативно дејство уговора

Изјаве воље које стварају обећања морају бити упућене на одређено лице, јер у облигацији морају постојати две одређене стране: поверилац и дужник.⁷¹⁰ Зато је и уговор, као извор облигација, однос *inter partes*. Обећање је упућено одређеном, односно одредивом лицу, те облигација увек обухвата два одређена лица, због чега се остала лица сматрају трећим лицима за која уговорно обећање представља *res inter alios*

⁷⁰⁸ Више о томе: Исто.

⁷⁰⁹ Исто.

⁷¹⁰ Овде се као једна од битних особина облигације истиче њен лични карактер. То значи да су стране у облигационом односу увек одређена лица која се могу наћи у два положаја, поверилачком и дужничком, а све без обзира на то колико има конкретних субјеката на једној, или другој страни, као и без обзира на то да ли се у истој облигацији субјекти могу наћи само на једној, односно другој страни, или се пак могу наћи у узајамном односу тако да је поверилац А једне престације истовремено и дужник друге, а дужник Б истовремено је и поверилац одређене престације према А. Управо је ова друга ситуација правило када је уговор извор облигације. Н. према: О. Антић, стр. 222.

acta, а то за последицу има да за трећа лица облигација не може донети ни корист ни штету.⁷¹¹

Управни уговор, иако закључен између два субјекта од којих је један обавезно јавноправни, ипак одступа у овом погледу од класичног уговора. Наиме, управни уговори се закључују превасходно у јавном интересу и не односе се само на уговорне стране, као код приватноправних уговора, него и на интересе шире друштвене заједнице, нарочито код управних уговора о вршењу јавне службе које су од посебног значаја за друштво и грађане и чији би застој у примени изазвао значајан поремећај у остваривању њихових потреба. Управни уговор има низ специфичних правила којима се морају повиновати воље уговорних страна, управо ради заштите ширег, јавног интереса.

5. Правни основ (кауза) уговора

Сваки уговор је један смислени, циљани акт воље обеју страна. Свака страна, наравно, води рачуна о свом интересу и жели да постигне одређени циљ, због чега и чини једно циљно, каузално обећање. То значи да је уговор каузом повезано обећање, у ствари, два обећана понашања спојена у једну целину и зато се такво обећање, дакле, уговор, увек мора сагледати *hinc atque hinc*, са обе стране. Доследно томе је основно правило тумачења, а то је испитивање намере обеју страна, испитивање њиховог заједничког циља, *ergo* утврђивање каузе. Све то упућује на закључак да је уговор целина два каузална обећања, односно да уговор мора имати своју каузу.⁷¹²

Кауза (лат. *causa*) је појам који, нарочито у праву, има више значења. Нека од тих значења су: узрок; разлог, повод, побуда; правна ствар; правно питање, спорно питање, парница (*causa civilis*), у спорној ствари (*in causa*); основ, непосредни правни циљ обвезивања страна у уговору.⁷¹³ У правној теорији постоји више дефиниција за каузу. Антић тако каузу дефинише као правно подобан основ, узрок промене у *status*

⁷¹¹ (С. Ј. 7,56,2) Јустинијанов кодекс, лат., *illis neque nocere neque prodesse potest*, Н. према: Исто.

⁷¹² О. Антић, исто.

⁷¹³ М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1980. стр. 412. Н. према: О. Антић, стр. 244.

quo-у субјективних грађанских права. Она према аутору објашњава *in-put* и *out-put* који се одиграва у имовини, односно имовинама правних субјеката. Ако у конкретном случају постоји ваљана кауза, постоји и правно основано обogaћење. Отуда и у оним правима у којима се изричито не предвиђа она у ствари, постоји. То је, како наводи, разлог због којег у правима у којима није подигнут на ранг законске установе, постоји раширен систем примене неоснованог обogaћења, који посредно говори о одсуству, односно о недопуштености каузе, као што је то нпр. случај у немачком праву.⁷¹⁴

Допуштена кауза значи допуштену промену, недопуштена кауза, односно њено одсуство отвара питање посебног извора облигација, питање накнаде штете. У вануговорним облигацијама кауза се, у ствари, састоји из ланца узрочности који је у основи исти као у природним наукама. Са становишта уговора, кауза је разлог преузимања уговорне обавезе, односно каузално обећање је узрок правне обавезности уговора. Каузална обећања су управљена на стварање, промену и престанак облигације. Кауза је *ratio contracti*.⁷¹⁵

Кауза је у крајњој инстанци везана за начело, односно принцип каузалитета, што значи да свака промена мора имати одређени узрок.⁷¹⁶ Способност уговарања, сагласност воља и предмет су неопходни елементи за настанак пуноважног уговора у свим правима, то су дакле универзалне правне установе. Када је реч о каузи, с друге стране, наука није сагласна. Сматра се, наиме, да како у историји, тако и у савременом упоредном праву кауза није универзална установа, што у крајњој линији значи да она није неопходна за настанак и дејство једног уговора, јер њену функцију у неким правима може преузети неки други битан елемент, нарочито предмет уговора. Ту се уједно поставља једно од основних теоријских питања: да ли је кауза уопште нужан

⁷¹⁴ У систему *common law* улогу каузе игра установа *consideration*, али занимљиво је да одавно и у енглеском праву дошло до званичног признања неоснованог обogaћења, као посебног правног извора, што је још један доказ приближавања ова велика два правна система. В. Smith, S. *Contract Theory*, Oxford University Press 2004. стр. 96. Н. према исто, стр. 223.

⁷¹⁵ О. Антић, исто.

⁷¹⁶ Исто, стр. 245.

елемент за настанак и дејство уговора, односно да ли је то универзална установа уговорног права или је везана само за неке правне изворе, односно само неке правне системе?⁷¹⁷

На ово и друга питања у вези каузе одговор даје теорија каузе. Постоји низ правних теорија каузе која свака на свој начин покушава објаснити каузу и њено место у уговорном праву. Најзначајније правне теорије које се баве питањем каузе су *класична теорија*, према којој је кауза у смислу противчинидбе, сама суштина облигације,⁷¹⁸ *теорија порицања каузе* која негира каузу,⁷¹⁹ те савремене теорије: *субјективна теорија* која каузу одређују као унутрашњи психолошки елемент – мотив закључења уговора,⁷²⁰ *објективна теорија*, која каузом сматра економски циљ или ефекат који се уговором жели постићи,⁷²¹ те *мешовита теорија*, као комбинација субјективних и објективних елемената, мотива и економског ефекта закључења уговора.⁷²²

Антић детаљно анализира наведене теорије, као и праксу у примени каузе у упоредном праву. Тако, између осталог, наводи да кауза деривира из једног од два основна начела грађанског права, начела савесности и поштења. С друге стране, како се основна правила уговорног права базирају на начелима грађанског права, кауза мора постојати како у уговору приватног, тако и у уговору јавног права.⁷²³

Он наглашава значај каузе на следећи начин: „Одузмемо ли праву каузу, одузећемо схатање рационалног разлога преноса права, односно рационалног разлога

⁷¹⁷ Исто, стр. 246.

⁷¹⁸ Више: Исто, стр. 251. – 257.

⁷¹⁹ Исто, стр. 257. – 259. Аутор примећује да су ставови заступника ове теорије, познатих и под називом „антикаузалисти“, имали утицаја и на редакторе Немачког грађанског законика (*BGB*), који су потпуно изоставили појам каузе, сматрајући да је предмет уговора довољан да покрије и поље које каузалисти резервишу за каузу.

⁷²⁰ Исто, стр. 259.

⁷²¹ Исто, стр. 260. – 265.

⁷²² Исто, стр. 265. – 267.

⁷²³ Исто, стр. 282.

обвезивања. У том случају би и цео правни промет морао да се „врати“ у сферу ирационалног, у старо, већ заборављено време свечаних речи и гестова којима се, у ствари, вршио верски обред обвезивања према божанствима. У том случају морале би да нестану многе савремене правне установе, нпр. промењене околности прекомерно оштећење, раскид уговора због неиспуњења, зеленашки уговор итд. Порицање каузе уједно је и порицање научне заснованости права, порицање правне науке.“⁷²⁴ Правни посао је у извесном смислу правна норма *in concreto* која има диспозицију и санкцију. Кауза је диспозиција нормe, без ње нема ни санкције, она је обавезујући разлог, чињенична подлога примене принудног дела „нормe“ она конкретна равнотежа праведности. Кауза је обавезујући разлог понашања друге стране, јер ако тога нема нема ни каузе, а када нема каузе правни посао једноставно не постоји (непостојећи правни послови, као део апсолутне ништавости). Закључује се да кауза спада у основне установе уговорног и облигационог права.⁷²⁵

„Познато је да се уговори јављају и у материји јавог права [...] и да за њих, у начелу важе правила која важе и за уговоре у приватном, грађанском праву, те се у том случају поставља и проблем каузе у тој правној материји [...].“⁷²⁶ Сматрамо да антикаузализам не може одбранити негирање каузе јер су аргументи против тог става логични, теоријски и практично засновани, те потврђени у дужем временском периоду. О томе се може нашироко износити аргументација, али то би превазилазило циљ и обим овог рада. Наиме, уговорне стране у управном уговору као двострано обавезном уговору, приликом закључења уговора прије свега имају своје циљеве због којих уговор закључују. Тако се приватна страна руководи пре свега интересом да склапањем оваквог уговора са јавним партнером обезбеди да извршењем својих уговорних обавеза оствари сврху уговора и да као крајњи резултат обезбеди профит. С друге стране, јавноправни субјект управни уговор превасходо закључује у јавном интересу и ради остварења тог јавног интереса. По нашем мишљењу кауза у оваквим уговорима је

⁷²⁴ Исто, стр. 283.

⁷²⁵ Исто, стр. 283. - 285.

⁷²⁶ Исто, стр. 246.

неспорна, с тим што је у уговорима између приватних субјеката она за обе уговорне стране углавном остварење добити, профита, док је код управних уговора, разлог, основ обвезивања, циљ, јавноправне стране, остварење јавног интереса.

Као што је наведено, недостатак каузе у приватним уговорима је разлог његове апсолутне ништавости. Уговор који нема каузу сматра се непостојећим. Код управних уговора је јавни интерес као најважнији разлог (кауза) његовог настанка, неопходан услов (*sine qua non*) његовог постојања. Стога, уколико не постоји јавни интерес за закључење управног уговора он не може ни настати, а ако је у току важења уговора, изменио или престао јавни интерес за његово даље извршење, у упоредном праву је правило да јавноправни субјект може једнострано изменити, па чак и раскинути уговор, уз обавезу обештећења друге уговорне стране. На основу наведеног, приклањајући се теорији о неопходности каузе у уговорном праву, закључујемо да исто као што је кауза неопходна за постојање уговора приватног права, несумњиво да је исти случај и са управним уговорима.

6. Предмет уговора

Предмет уговора је све оно што може бити предмет облигације, а то је нека људска пристрација, чињење (*facere*), укључујући давање, и нечињење, уздржавање, трпљење (*non facere*). Закон о облигационим односима Србије посебно дефинише предмет уговора.⁷²⁷ Закон користи израз „предмет“ и „уговорна обавеза“ као синонине. Предмет уговора мора да представља неку корист „која се заснива на легитимном имовинском интересу неког лица“.⁷²⁸ Овај став треба схватити у најширем смислу. Наиме, уговорна обавеза мора бити подобна да макар и неадекватно, буде изражена у новцу.⁷²⁹

⁷²⁷ Члан 46. ЗОО.

⁷²⁸ С. Перовић, стр. 312.

⁷²⁹ Нпр. накнада штете се у одређеним случајевима одређује према субјективним критеријумима, као што је накнада нематеријалне штете.

Закон о облигационим односима предвиђа да предмет мора бити могућ, допуштен и одређен или одредив.⁷³⁰ Уколико није испуњен неки од наведених услова уговор је ништав. Редовно је предмет уговора тачно *одређен*. То се посебно односи на уговоре које прати свечана па и писана (писмена) форма уопште, нпр. тачно одређене непокретности поводом којих се закључује уговор. Тачно одређење предмета није услов пуноважности уговора, јер је довољно да је предмет одредив.⁷³¹

Сматрамо да је и код управних уговора неопходно да је предмет уговора тачно одређен, или одредив.⁷³² Овај услов је тим битнији јер се код управних уговора често, нарочито код уговора о концесији и јавно-приватном партнерству, ради о већим улагањима који се закључују, превасходно, у јавном интересу.

Предмет уговора мора бити могућ. Могућност, односно немогућност испуњења предмета према критеријуму природне или друштвене немогућности, може бити *материјална*, односно *фактичка* с једне, и *правна*, с друге стране. Материјална немогућност не може бити субјективна него искључиво објективна. Ради се о

⁷³⁰ Члан 46. став 2. ЗОО.

⁷³¹ Ово је случај са нпр. продајом стана у фази када је изградња зграде тек започета. У уговору се наводе елементи који су довољни да се тачно одреди који стан је у питању. Тако се одређује у којој ламели ће бити стан, спрат, површина стана и други подаци на основу којих се може индивидуализовати, дакле одредити управо тај стан, а не неки други (*напом. аут.*).

⁷³² Тако се нпр. код уговора о концесији за прикупљање смећа у једном граду, концесионар обавезује да ће закључити појединачне уговоре са грађанима, корисницима услуга, извршити изградњу објекта за прикупљање и прераду смећа и обезбедити потребан број специјализованих возила за прикупљање смећа, као и потребан број контејнера у складу са потребама тог града. У тренутку закључења уговора не зна се тачан број корисника тих услуга, као ни потребан број контејнера, номинални износ концесионе накнаде и др. Међутим, потребан број возила и контејнера је одредив у складу са подацима о попису домаћинстава, и просеком количине смећа по једном домаћинству. Осим тога подаци се могу утврдити и према књиговодственој евиденцији концесионара која је проверљива у сваком тренутку и извештајима о годишњој евиденцији и пословању на основу које се обрачунава висина концесионе накнаде која је одређена у процентуалном износу од укупног прихода (*напом. аут.*).

немогућности која се односи на престације које су везане за предају ствари које се (не) налазе у људском домену.⁷³³

Фактичка немогућност подразумева обавезу која се не може извршити због објективних околности као што је обвезивање на радње које су природно немогуће.⁷³⁴

Правна немогућност се односи на допуштеност односно недопуштеност, односно на све оне случајеве када предмет уговора јесте, или није противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.⁷³⁵ Правна немогућност је много чешћа од других облика немогућности предмета уговора. Недопуштеност предмета односи се пре свега на јавна добра. Ствари ван промета су велике водене површине и комуникације у вези с њима: море, језера и реке, њихове обале, мостови и сл. Ван промета су и ствари од посебног значаја за државу и њене грађане као што су културна и историјска добра.

Ова немогућност је посебно важна и са аспекта управних уговора јер је могуће да јавна управа закључи уговор за неке услуге које се врше на неким стварима ван промета, те је разграничење уговорних права и обавеза с те стране битно за пуноважност уговора. Тако је допуштено да се додели концесија на коришћење морске обале за пружање туристичких услуга, али није допуштено да се продаје обала непосредно уз море или морски залив.⁷³⁶ Опште је правило да уговор мора бити одређен, односно одредив, могућ и допуштен, јер ће у супротном уговор бити погођен санкцијом ништавости. Закон о облигационим односима Србије такође прихвата ово

⁷³³ Нпр. обвезивање на извршење престације коју човек уопште не може извршити, као што је предаја у посед неке непокретности на другој планети, или фактичка немогућност због тренутног степена техничког развоја човечанства, као што је некада сматран прелазак са европског континента на амерички без бродског превоза док није откривен авион.

⁷³⁴ Фактичка немогућност постоји када би се нпр. концесионар обавезао да у једном дану изврши експлоатацију комплетних резерви у великом руднику угља.

⁷³⁵ Члан 49. и члан 10. ЗОО.

⁷³⁶ Исти случај имамо и када се нпр. концесионару да могућност да користи шљунак и песак са речне обале, али не и да гради трајне објекте на обали или да врши експлоатацију на начин који би довео до промена у речном току.

правило и регулише ништавост уговора због предмета уговора.⁷³⁷ Неиспуњење услова у предмету уговора увек представља апсолутну ништавост, на коју суд пази по службеној дужности, тужба у погледу ове надлежности не застарева, није могућа конвалидација, није могуће уговарење измена наведеног правног режима, а судска одлука има декларативни карактер, што значи да делује ретроактивно (*ex tunc*).⁷³⁸

За разлику од Закона, наука прави дихотомију и то унутар апсолутне ништавости. Реч је о подели на непостојеће и апсолутно ништаве уговоре у ужем смислу. Значај поделе, огледа се у (не)могућности испуњености услова за конверзију. Наиме, када један ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, међу уговарачима важиће тај други, уколико би то било у сагласности са циљем који су уговарачи имали на уму када су уговор закључивали и ако се може закључити да би они закључили тај уговор, да су знали за ништавост свог уговора.⁷³⁹

Кад је у питању управни уговор он дели основне елементе неопходне за пуноважност уговора приватног права. Међутим, по нашем мишљењу апсолутно ништав управни уговор не може конвалидирати. Наиме, закључењу управног уговора у упоредном праву, нарочито у класичном француском моделу и земљама које су преузеле овај концепт управног уговора, те према директивама Европске уније које регулишу поједине врсте јавноправних уговора у које спадају и управни уговори, (као што су уговори о концесијама, јавно-приватном партнерству и јавним набавкама), претходи поступак утврђивања постојања јавног интереса, те јавног оглашавања и тржишног надметања. Уговор се закључује са понуђачем који је испунио услове конкурса и дао најбољу понуду. На овај начин се обезбеђује да се уговор закључује на основу пажљивог и стручног испитивања постојања јавног интереса, да се заинтересовани потенцијални понуђачи до у детаље упознају са предметом уговора, те

⁷³⁷ Члан 47. и члан 49. у вези са чланом 10. ЗОО.

⁷³⁸ О. Антић, стр. 294. и 295.

⁷³⁹ Члан 106. ЗОО.

да се поштују основна начела Европске уније као што су начело транспарентности, тржишне утакмице, једнакости, сразмерности.

Имајући ово у виду, може се закључити да је тешко замислити да поред свега тога уговорне стране закључе управни уговор, који не би садржавао најбитније елементе укључујући и ваљан предмет уговора. Ипак под претпоставком да се то ипак деси, потпуно је неприхватљиво да такав уговор конвалидира у неки други. Конвалидација ништавог управног уговора, довела би до грубог кршења основних принципа на којима се заснива уговорна делатност јавне управе. Наиме, у упоредном праву и правној тековини Европске уније прихваћено је правило да се јавном уговору анексом не смеју мењати његове битне одредбе, јер би то обесмислило циљ поступка конкурса и одабира најповољнијег понуђача. Сауговарач јавне управе би био у повлашћеном положају у односу на остале понуђаче који су учествовали у поступку конкуренције, или који би тек учествовали да је расписан нови конкурс, јер се ради о потпуно новом уговору. Стога је за разлику од уговора приватног права који под одређеним условима омогућава конвалидацију ништавог уговора, управни уговор који је апсолутно ништав, ни у ком случају не може конвалидирати и неопходно је расписивање новог конкурса уколико јавна управа жели да ипак закључи управни уговор.

7. Сагласност воља

По дефиницији уговор је сагласност воља два или више лица којом се постиже неко облигационоправно дејство, у смислу, настанка, промене или престанка, облигације. Комплементарност изјава воља која као последицу има настанак уговора, подразумева и низ питања у вези са тако израженом вољом странака: њену садржину настанак и њене, евентуалне, недостатке.⁷⁴⁰ Кауза и предмет уговора чине садржину сагласности, дакле садржину уговора и, тиме садржину уговорне облигације. Способност уговарања се захтева управо зато да уговарачи буду у могућности да схвате, да разумеју смисао, домаћај и каузалног обећања садржаног у понуди и њеном

⁷⁴⁰ С. Перовић, стр. 252. н. према: О. Антић, стр. 296.

прихвату. Уговарачи, дакле морају бити свесни правног и фактичког значаја који доносе последице, у смислу права и обавеза, које настају рађањем уговорне облигације. Предмет уговора је свима видљив преко објекта уговора, али који уговор је у питању то зависи од садржине сагласности воља. Воља правног субјекта која треба да доведе до пуноважног уговора мора садржати одређене особине и квалитетете, другим речима, одређене атрибуте. Атрибути воље се могу поделити у две групе. Једна се односи на намеру, као усмерење воље ради постизања одређеног циља, а друга на квалитете воље, у смислу одсуства недопуштених утицаја на њу, тј. слободе воље (у правом смислу те речи).⁷⁴¹

Намера уговарања битан је елемент за настанак пуноважног уговора.⁷⁴² Она је непосредно повазана са каузом. То је усмерење воље на постизање одређеног циља уговарања и зато подразумева да таква воља мора бити озбиљна и стварна. Да би дошло до сагласности воља и закључења уговора често је потребно проћи, прво преговоре, затим, увек понуду и прихват понуде. Преговори почињу позивом за преговоре. Понекад припреме за преговоре, нарочито у привредном праву, трају месецима и изискују велика улагања. Пошто нису у питању каузална обећања, преговори који претходе закључењу уговора не обавезују, немају моћ стварања облигације. Отуда их свака страна може прекинути по свом нахођењу.⁷⁴³

Међутим, једна страна може да позове другу страну на преговоре за закључење уговора чији објекат је нпр. већа грађевинска инвестиција, па друга страна у циљу припреме за ове преговоре ангажује финансијска средства за припрему предлога пројекта као и ангажовање стручњака различитих струка. Ипак, у пракси се дешава да страна која је иницирала преговоре одустане од преговора јер није имала ни минимум финансијских средстава за реализацију инвестиције, односно ни минималне услове за закључење уговора. У том случају друга уговорна страна ће претрпити штету. Забрана проузроковања штете присутна је у свим правима. У Србији је она регулисана

⁷⁴¹ О. Антић, стр. 296. и 297.

⁷⁴² Члан 28. ЗОО.

⁷⁴³ Члан 30. став. 1. исто.

одредбама Закона о облигационим односима.⁷⁴⁴ Осим тога, дошло је и до повреде начела савесности и поштења јер штетник није ни имао намеру да закључи уговор, не марећи што ће својим поступањем проузроковати штету оштећеном.⁷⁴⁵

Коначно преговори нису нужна фаза у процесу формирања уговорне облигације, али ипак имају вишеструк значај. Они се пре свега, јављају у уговорима велике вредности. Отуда иако нису чести, преговори имају велики значај већ при томе што припремају настанак врло значајних уговора (уговори везани за тзв. капиталне инвестиције, уговори у којима учествују међународне корпорације или мултинационалне компаније и сл.). То значи да су спорови у вези с преговорима ређи пред домаћим редовним судовима, а чешћи пред међународним арбитражама. Управо због енормних вредности, а тиме и могућности огромних штета, треба бити веома обазрив када се приступа уговорима са елементом иностраности (нпр. са иностраним корпорацијама), као и при уговарању арбитража.

Понуда је предлог (понудиоца) за закључење уговора упућен одређеном лицу (понућеном), који садржи све битне састојке уговора. Предлог се може сматрати понудом ако би његово безусловно прихватање довело до закључења уговора.⁷⁴⁶ Понућени мора бити одређено физичко или правно лице. Међутим понуда може бити упућена и неодређеном броју лица. Тада је реч о једној подврсти понуде – општој понуди. Дакле општа понуда је предлог за закључење уговора чијем је закључењу намењен, уколико из околности случаја или обичаја не произилази нешто друго. Ако је за закључење неког уговора закон прописао посебну форму, она ће бити нужна како за понуду тако и за њен прихват.

Прихватање понуде је узвратна позитивна изјава воље понућеног који, имајући у на уму каузално обећање садржано у понуди и пре истека рока њеног важења, даје своје каузално обећање да прихвата садржину заједнички креиране облигације. Прихват је

⁷⁴⁴ Члан 16. ЗОО.

⁷⁴⁵ Члан 30. став 2. ЗОО регулише да страна која је водила преговоре без намере закључења уговора, одговара за штету која је настала у процесу преговарања.

⁷⁴⁶ Члан 32. став 1. Исто..

пристанак на учињени предлог и уједно факт настанка уговорне облигације. У Закону о облигационим односима уговор је закључен када су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора.⁷⁴⁷ Идентитет понуде и прихвата мора постојати у погледу битних елемената уговора (*essentialia negotii*). Слободна воља у правном смислу значи да (*in concreto*) одсуствују мане воље као што су: заблуда, претња и превара. Постојање неке од мане воље разлог је релативне ништавости, док принуда доводи до потпуног одсуства правно релевантне воље, што значи да је у питању апсолутна ништавост тако закљученог уговора.⁷⁴⁸

Управни уговор, у већини правних система који познају овај институт, настаје тек након доношења управног акта јавне управе, и то по правилу наконведеног поступка јавне набавке или другог посебног поступка конкуренције предвиђеног прописима о уговорима о концесији или јавно-приватном партнерству. Како се ради о уговору који за своју ваљаност, захтева посебну писмену форму, чијем закључењу, као што је наведено претходи сложен и ригорозан поступак провере воља уговорних страна и њихових стварних намера, теоријски је могућа, али у пракси тешко остварљива могућност постојања спора у вези прихвата понуде, или питања мана воље као што су заблуда, претња и превара, а посебно принуда, као што је случај са уговорима приватног права. Сматрамо да је у случају постојања спора у вези са сагласношћу уговорних страна, могућа супсидијарна примена правила облигационог права у делу који није уређен посебним прописима.

8. Закључење уговора

Питање тренутка настанка уговорне обавезе је од великог правног значаја јер од тог момента се правни положај понуђача и понуђеног знатно мења, они постају стране уговорнице, везане међусобним одговарајућим правима и обавезама. Другим речима, треба одговорити и на питање који је то тренутак када је понуда прихваћена?

⁷⁴⁷ Члан 26. ЗОО.

⁷⁴⁸ О. Антић, стр. 325.

Понуда је прихваћена у тренутку када понудилац прими изјаву понуђеног да понуду прихвата.⁷⁴⁹ Уговор је закључен оног часа кад понудилац прими изјаву понуђеног да прихвата понуду.⁷⁵⁰ Тренутак прихвата понуде, а то је тренутак пријема изјаве понуђеног од стране понудиоца, јесте дакле, и тренутак закључења уговора, односно настанка уговорне облигације.

Утврђивање тачног тренутка настанка уговора има низ практичних последица: облигација везује повериоца и дужника управо од тог тренутка; способност уговарања се мери према том тренутку; рокови за застарелост тужби и други рокови отпочињу свој ток управо тим тренутком; ризик за случајну пропаст ствари понекад прелази на другог уговарача самим закључењем уговора; у случају временске колизије закона; релевантан је тренутак закључења уговора (за тај уговор важи пропис који је важио у време његовог закључења), осим у случају ретроактивности закона и др.⁷⁵¹

Како постоји могућност да понудилац и понуђени нису у истоветној просторно-временској повезаности, као што је нпр. ситуација када су они на различитим континентима на великој просторној удаљености и са различитим временским зонама, поставља се питање извесности тренутка настанка уговора. Тако ако је понуда за закључење везана роком, понудилац се налази у средњој Европи, а понуђач у Њујорку, ако је понуда учињена последњег дана рока по средњоевропском времену електронским путем послата пред крај радног времена у Америци, она стиже у Европу око поноћи, тако да се поставља питање ваљаности понуде у погледу рока и самог настанка уговора. Отуда је потребно наћи оптималан теоријски модел који, водећи рачуна о интересу обеју страна, али и правној сигурности, односно заштити трећих савесних лица, отклања неизвесност тренутка настанка уговора у свим случајевима када је непосредност искључена. У покушају да дају одговор на ово питање издвојиле су се три теорије: теорија емисије, теорија информације и теорија намере странака.⁷⁵²

⁷⁴⁹ Члан 39. став 1. ЗОО.

⁷⁵⁰ Члан 31. став 1. Исто.

⁷⁵¹ С. Перовић, стр. 280. - 281. Н. према: О. Антић, стр. 320.

⁷⁵² О. Антић стр. 321.

Теорија емисије базира се на аргументацији на основним одређењима теорије аутономије. Дакле, према овој теорији сагласност воља односно настанак уговора веже се за моменат прихватања понуде, при чему је ирелевантно када је понудилац сазнао за прихват понуде. Ова теорија пада на испиту практичне примене, јер би њено прихватање проузроковало велику правну несигурност, пошто је све у рукама понуђеног који увек може да постави онај датум, као наводни тренутак прихвата понуде који њему одговара, јер не постоји ниједно средство ефикасне контроле.⁷⁵³

Теорија експедиције заснива се на томе да је уговор закључен у тренутку када понуђени преда свој прихват на експедицију (предаја писма или телеграма пошти и сл.). Другим речима, уговор је настао када је изјава о прихвату изашла из „власти“ понуђеног, односно када он више није у могућности да манипулише временом прихватања понуде. Наука је овој теорији замерила да нема теоријски основ, јер ако уговор настаје у тренутку отпослања, искључена је свака могућност да се једностраном изјавом утиче на његов опстанак. А управо овде то није случај јер понуђени који је прихватио понуду и послао свој позитиван одговор, може бржим средством комуникације да обавести понудиоца да не прихвата понуду и тиме отклони дејство прихвата. То су били разлози што је наука потражила друге путеве разрешења проблема тренутка настанка уговора између одсутних лица.⁷⁵⁴

Теорија информације, односно сазнања полази од онога што је поткопало темеље теорије емисије, па и експедиције. Према овом схватању, релевантан тренутак за настанак уговора је сазнање понудиоца о садржини позитивног одговора понуђеног, тј. да је понуда прихваћена. Ова теорија, иако на први поглед прихватљива и теоријски засована, јер постоји обострано сазнање о поклапању воље што је основ за стварну сагласност уговорних страна, ипак има и један важан и крупан недостатак. Наиме, сада је све у рукама понудица јер он може да манипулише тренутком сазнања пошто је

⁷⁵³ Исто.

⁷⁵⁴ Исто, стр. 321. и 322.

сознање субјективна категорија. На тај начин је могућност манипулације само прешла са понуђеног на понудиоца.⁷⁵⁵

Теорија пријема је покушај објективизације знања, који је учињен преко тренутка пријема. Тренутак настанка уговора према теорији пријема, поклапа се с тренутком када понудилац прими прихват понуде од понуђеног. На тај начин се избегавају многе могућности злоупотреба, али и правне неизвесности. Наравно, није немогуће поставити апстрактан проблем: како смо уопште сигурни да је понудилац иако је примио позитиван одговор понуђеног, сазнао за прихват (затурио је писмо, случајно уништио, није прочитао). Но, без обзира на ове приговоре, односно „несавршенство“ овог схватања, теоријски и практични разлози, посебно разлози правне сигурности, говоре у прилог теорији пријема, макар „савршенијој“ од других.⁷⁵⁶

Теорија намере странака види одлучан тренутак настанка уговора у оној креационој сили која ствара и сам уговор, дакле, у намери странака. Настанак уговора је везан за тумачење намере странака. Истраживање воље странака и околности случаја довешће и до њихове намере у погледу настанка уговора. Ако је то немогуће утврдити, релевантни су обичаји или начело правичности.

Из теоријске аргументације, али и практичних потреба, посебно имајући на уму правну сигурност, чини се да нека врста комбинације теорије намере странака и теорије пријема одговара највећем броју захтева који се постављају у вези са тренутком закључења уговора између одсутних страна. Наиме, намера странака у оквирима приватне аутономије мора бити поштована. Ако из намере странака произилази да ће се уговор сматрати закљученим у тренутку прихватања понуде од стране понуђеног и да ће он тај тренутак видљиво означити у свом прихвату, таква воља странака мора се поштовати. Али у сви осталим случајевима, управо због правне сигурности, ваља прихватити теорију пријема, коју прихвата и наше позитивно право.⁷⁵⁷

⁷⁵⁵ Исто, стр. 322.

⁷⁵⁶ О. Антић, стр. 322.

⁷⁵⁷ Члан 39. став. 1. ЗОО регулише; „Понуда је прихваћена када понудилац прими изјаву понуђеног да прихвата његову понуду“ Н. према: исто, стр. 323.

Сматрамо да исти аргументи изнесени у вези евентуалног постојања различитих ставова уговорних страна о сагласности њихове воље, могу да се примене и у погледу одређивања момента закључења управног уговора, и да је у случају спора, прихватљива супсидијарна примена правила облигационог права, ако ово питање није уређено посебним прописима.

9. Форма уговора

Услови за настанак уговора у савременом праву се могу поделити на оне који су увек неопходни, а то су: способност уговарања, сагласност воља, предмет и кауза, и оне који су неопходни по изузетку, само када је то законом посебно прописано, односно вољом странака утврђено, а то је форма уговора.

Кад је у питању форма, потребно је направити разлику између форме уговора и форме изјаве воље за закључење уговора, односно облика, начина на који се испољава *animus contrahendi*. Наиме, форме изјаве воље, тј. начини изјаве воље за закључење уговора, могу бити тројаке: речима (усмено или у писаном облику) уобичајеним знацима, (потврдно климање главом, руковање и сл.); понашање из ког се са сигурношћу може закључити⁷⁵⁸ њено постојање (улазак у возило јавног превоза, седање за сто у ресторану и сл.). У савременом праву по правилу, ћутање нема значење јер неизјашњавање не може значити прихватање, али ни одбијање.⁷⁵⁹

Форма облигационих уговора је изражавање њихове садржине путем унапред предвиђених спољних облика. Али форма у савременом правним системима није правило, као што је то био случај са античким и средњовековним правима. Данас влада правило консенсуализма, као једна од манифестација приватне аутономије, односно аутономије воље. Према Закону облигационим односима Србије то правило је формулисано на следећи начин: „Закључење уговора не подлеже никаквој форми, осим

⁷⁵⁸ Лат. *Concludere* – закључити (отуда конклюдентне радње).

⁷⁵⁹ Исто је и према ЗОО члан 42. став 1. уз изузетке као што је случај када се странке налазе у сталној пословној вези у погледу одређене робе, уколико понуђени не одбије понудиоца одмах или у остављеном року, сматраће се да је његово ћутање прихват понуде, видети: члан 42. став 3.

ако је законом другачије одређено.⁷⁶⁰ Разуме се, смисао ове одредбе упућује не само на посебне одредбе Закона о облигационим односима, већ и на друге законе.⁷⁶¹

На настанак уговора или на његово доказивање утичу и неке параформалне чињенице, које имају мању или већу сличност са формом уговора, па је потребно начинити одговарајућу разлику између: форме и одобрења; форме и формалности публициитета, форме и фискалних формалности; и форме и доказа о постојању уговора.⁷⁶²

Одобрење је посебна правна чињеница која треба да се придружи општим чињеницама, које су потребне за настанак уговора да би тај уговор и опстао. Ту је дакле, поред сагласности воља уговарача (и наравно других потребних елемената), потребна и воља трећег, физичког или правног лица. По правилу, реч је о акту државног органа у виду дозволе или одобрења. Дозвола је претходна сагласност,⁷⁶³ која мора претходити уговору. Одобрење је накнадна сагласност када је уговор већ закључен, али да би остао на снази, потребно је и решење органа којим се тај уговор одобрава. Одобрење се може односити како на формалне тако и на консенсуалне уговоре, па је самим тим јасно да се оно не може изједначити са формом. Некада ову разлику није лако уочити. Разлика се може уочити, нпр. тако уколико дође до спора, настанак таквог уговора, тренутак настанка уговора везаће се за тренутак постизања сагласности воља уговарача, а не за тренутак када су уговарачи сачинили писмено о тој сагласности ради достављања надлежном органу (између та два тренутка може бити вишедневна па и вишемесечна разлика). Одобрења без обзира на врсту се не

⁷⁶⁰ Члан 67. став. 1. ЗОО.

⁷⁶¹ Тако Закон о промету непокретности предвиђа да се уговор о промету непокретности закључује у писменој форми, а потписе уговарача оверава надлежни суд, односно јавни бележник, чл. 93. Закона о јанвом бележиштву, *Сл. гласник РС* бр. (31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др, закон, 93/2014 – др, закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015).

⁷⁶² О. Антић, стр. 342. и 343.

⁷⁶³ Члан 29. ЗОО дефинише разлику између дозволе и одобрења.

предпостављају, напротив њихово постојање условљава пуноважност уговора. Може се рећи да је одобрење правна чињеница са особинама одложеног услова.⁷⁶⁴

Формалности публицитета не представљају никакав захтев форме уговора. То су захтеви који имају за циљ оставаривање правне сигурности преко заштите трећих савесних лица, у вези са стицањем одређених права. У француском праву сам облигациони уговор, преноси својину, али то важи само *inter partes*, а ако се изврши транскрипција која представља испуњење формалности публицитета, таква купопродаја имаће дејство *erga omnes*.⁷⁶⁵ Према праву Србије, купопродаја непокретности је пуноважна са становишта облигационог права, уколико испуњава све захтеве за такву врсту уговора, и да је уговор у писаном облику оверен од суда, односно јавног бележника⁷⁶⁶. Међутим да би такав уговор довео до циља његовог закључења, а то је пренос својине са преносиоца на прибавиоца (претварање облигационог у стварно право) потребан је упис у земљишне књиге. У овом примеру уговор је пуноважан основ стицања, док се формалност публицитета остварује кроз начин стицања, односно кроз *modus acquirendi*. Тек кроз формалност публицитета свима се обзнањује да постоји пуноважан облигациони уговор чији је крајњи циљ пренос својине с дотадашњег на новог власника.⁷⁶⁷

Фискалне формалности имају за циљ обезбеђење државних интереса на плану прикупљања пореза. То су разне врсте овера, уписа у регистре, жигосање и сл. Тако се у праву Србије не може извршити формалност публицитета (упис у земљишне књиге) без фискалне формалности, тј. уколико се на самом уговору не стави печат којим се потврђује наплата пореза на промет. Тако је за дефинитивно стицање својине на

⁷⁶⁴ О. Антић, стр. 343. и 344.

⁷⁶⁵ С. Перовић, стр. 341.

⁷⁶⁶ Законом о јавном бележништву *Службени гласник РС*, број 31/11, 85/12, 19/13, 55/14, 93/14, 121/14, 6/15 и 106/15), је део надлежности суда у вези ових уговора прешао на јавне бележнике.

⁷⁶⁷ Исто, 344. и 345.

непокретности, поред одговарајуће форме, потребно остварити и двоструку формалност: публицитет и фискалитет.⁷⁶⁸

Ради заштите сопствених интереса у смислу сигурнијег доказа, односно извесности закљученог уговора, странке се могу споразумети да консенсуални уговор закључе у писменом облику, па чак и да га овере. Уколико је намера уговарача била управљена само на то да преко дате форме, остваре лакше доказивање, такав уговор није постао формалан. Уколико је пак њихова намера да ради заштите својих интереса (нпр. да не донесу пренагљену одлуку, да минуциозно не уреде своја права и обавезе као плод дуготрајних преговора и сл.) уговоре одређену форму, такав уговор постаће формалан иако то по самом закону није био. Отуда и разликовање формалности уговора која почива на закону (законска форма) или на вољи странака (уговорена форма).⁷⁶⁹

Форме се могу поделити према: начину испољавања, правном дејству, начину настанка. Према начину испољавања постоје три облика форме: писмена (писана), форма јавне исправе (свечана форма) и реална форма.

Писмена (писана) форма. Уколико се уговор мора закључити тако што ће бити написан одговарајући словним знацима, руком или неким механичким средством (писаћа машина, телепринтер, компјутер, и сл.) и на крају потписан од обе стране, дакле где се траже писани текст изјаве воље и потписи, реч је о писаној форми уговора. То је најчешћа законом прописана форма у којој се мора изразити воља уговарача.

У извесним случајевима није довољно да уговор буде сачињен у писаном облику, већ је потребно учешће и одређеног државног органа, тада говоримо о форми јавне исправе. Реални уговори су посебна врста формалних уговора, јер за њихов настанак није довољна проста сагласност њихових воља, већ предаја ствари.

Према свом дејству форма може бити двојака: *битна* форма (*forma ad solemnitatem*) и *доказна* форма (*forma ad probationem*). *Битна форма* је облик без кога

⁷⁶⁸ Исто, стр. 345.

⁷⁶⁹ Исто.

уговор не може настати. Форма је конститутивни елемент настанка уговора. Та форма може бити законом прописана (законска форма) и вољом странака предвиђена (уговорена форма). Недостатак форме спречава настанак уговора, отуда је последица иста као и када недостаје сагласност воља, предмет или кауза. Међутим, уколико је уговор пуноважно настао, али је нпр. писани документ, као доказ те форме случајно уништен, онда се у случају спора могу користити и друга доказна средства, рецимо, сведоци. *Доказна форма* се јавља када је одређена форма постављена као једино доказно средство којим се може доказати постојање једног уговора. Одсуство доказне форме има са практичног становишта, односно са становишта странака, исто дејство као да је уговор ништав, јер се његово постојање једноставно не може доказати. Ова форма је остатак древног система формалних доказа који је био владајући у античка времена, па и у средњем веку.⁷⁷⁰

Према начину настанка форма може бити *законска* и *уговорена*. Ако је нека форма предвиђена законом, реч је о законској форми, а то пак могу бити све врсте форми, осим уговорене: писана, свечана, реална, битна и доказна. Последица закључења уговора мимо законске форме је ништавост уговора. У облигационом праву Србије постоји изузетак од овог правила. Тако се предвиђа да уколико уговор није закључен у прописаној форми, он нема правно дејство под условом да из циља прописа којим је форма одређена не произилази шта друго.

Уговорена форма постоји уколико се странке сагласе да њихов уговор мора бити заоденут у одређену форму.⁷⁷¹ Као што је већ наведено, управне (јавне) уговоре у Србији карактерише писана форма. Остали услови у погледу форме уговора углавном нису предвиђени у упоредном праву.

10. Дејство уговора

Пуноважан уговор је створио облигацију и питање дејства уговора је, у ствари, питање права и обавеза које производи једна таква уговорна облигација. Из саме

⁷⁷⁰ О. Антић, стр. 352. и 353.

⁷⁷¹ Исто, стр. 354.

дефиниције облигације видели смо да она делује између одређених лица и да производи одређена права и обавезе, што значи да се дејства уговорне облигације свODE на два основна питања: која лица су (у)везана уговорном облигацијом и које обавезе намеће једна таква правна веза?

Древно је правило да уговор делује између два лица (прецизније између две стране, поверилачке и дужничке), дакле *inter partes*, што значи да се сви остали сматрају трећим лицима. Трећа лица су *aliis*, а према њима уговорна облигација „нити може да шкоди нити да користи“.⁷⁷² Ово правило прихвата и право Србије, а самим тим одређене су и основне границе уговорне облигације: пошто не обухвата трећа лица, таква облигација није подобна за деловање на пољу апсолутних права, што значи да уговор, тј. облигација њиме створена нема стварноправно дејство. За стицање својине, поред облигационог уговора, односно правног основа (*iustus titulus*) потребан је и начин стицања (*modus acquirendi*).⁷⁷³ Уговарачима се сматрају и универзални сукцесори самих уговарача, јер то произилази из саме суштине и функције универзалне сукцесије у свим савременим правима.⁷⁷⁴

⁷⁷² Члан 1025. Црногорског Општег имовинског законика, н. према. О. Антић, стр. 361.

⁷⁷³ Тако је и по аустријском праву и правним системима који се ослањају на аустријско право, укључујући и Србију и државе настале на простору экс Југославије. Другачије је у Француском праву и земљама француске правне традиције, где уговор поред облигационог има и стварноправно (тзв. транслативно) дејство, јер кад је у питању индивидуално одређена ствар својина се са преносиоца на прибавиоца преноси самим закључењем пуноважног уговора. У немачком праву и земљама са немачком правном традицијом, уговор има, као и у нашем праву, релативно дејство. Међутим, за пренос апсолутних односно стварних права, потребан је поред првог облигационог (каузалног) уговора, још један уговор. Тај други уговор је апстрактан јер се односи на пренос својине и из његове се садржине не може закључити због чега се то чини. Дакле овај други уговор не обухвата каузу јер је она обухваћена оним првим уговором. У ствари разлика је у схватању *modusa*, јер је предаја у нашем праву фактичка радња, а у немачком праву то је апстрактан правни посао. Н. према: О. Антић, стр. 361.

⁷⁷⁴ Универзална сукцесија се односи како на физичка лица тако и на правна лица (нпр. спајање предузећа или установа), те је доследно томе сукцесија могућа и код правних лица. Н. према: Исто, стр. 362.

Већ је наведено да управни уговори имају одређену специфичну улогу. Наиме, њима се уређују права и обавезе који су најдиректније везани за интерес друштва и грађана, посебно код уговора којим се приватноправном партнеру поверава вршење јавне службе. Управо ради заштите јавног интереса, управни уговори своје дејство посредно проширују и на трећа лица, у овом случају грађане кориснике одређених јавних услуга, (грејање, комуналне делатности, и др.)

У погледу дејства уговорне и законске облигације нема разлике; уговорна облигација делује према странкама као да је за тај њихов случај донет посебан закон – *pacta sunt servanda*. Ово је доследна примена аутономије воље. Међутим, већ римско право, посебно преторско, односно *ius honorarium*, познаје одређене изузетке, а савремена права су те изузетке проширила и увела нове (прекомерно оштећење, промењене околности, одговорности за правне и материјалне недостатке, зеленашки уговори, раскид уговора због неизвршења и др.⁷⁷⁵

Управни уговори су пример потврде, али и у одређеним случајевима и изузетка од ових древних правила приватног права. Наиме, приватноправни субјект у управном уговору, не може једнострано раскинути уговор уколико јавноправни субјект не извршава неку своју обавезу и уколико би раскид уговора могао довести до прекида обављања јавне службе или неке друге делатности од јавног интереса. Приватноправни уговорач је дужан извршити уговор, дакле за њега важи правило *pacta sunt servanda*. Међутим, јавноправни партнер, с друге стране, може једнострано променити одредбе уговора, па у неким случајевима и раскинути уговор и без кривице друге уговорне стране, ако то захтева јавни интерес. Овде као што видимо јавноправни субјект није везан правилом да се уговор мора извршити. Треба напоменути да је у оба случаја јавноправни субјект дужан надокнадити штету приватноправном субјекту уговора.

Каузалност обећања је у теретним уговорима посебно истакнута. Ту је древно правило *do ut des*, односно узајамност обећања (чињења или нечињења) мерљива како квалитативно, тако и квантитативно. Теретни уговори се, другим речима заснивају на

⁷⁷⁵ О. Антић, стр. 363.

поштовању начела еквивалентности престација, а то начело се штити посебним правним инструментима. Тих инструмената има неколико. Прва група има заједнички назив: одговорност за недостатке, односно обавеза заштите, јер штити узајамност давања у самом квалитету. Та обавеза заштите се манифестује у двострукој одговорности за: 1) правне и 2) фактичке (физичке) недостатке. Другу групу инструмената обједињава еквивалентност престација у погледу квантитета узајамних давања, а ту спадају: 1. прекомерно оштећење; 2. промењене околности и 3. зеленашки уговори.⁷⁷⁶

Одговорност за правне недостатке подразумева одговорност преносиоца стицаоцу одређених права као и за обећање фактичког преноса државине објекта уговорне облигације. Другим речима преносилац треба да одржи двоструко обећање: пренос одређеног права и мирну и корисну државину датог објекта облигације. Преносилац својим каузалним обећањем гарантује да је садржина предметне облигације управо онаква како је то одређено при закључењу датог уговора.⁷⁷⁷

Евикција је правно узнемиравање прибавиоца којом неко лице истиче своје право на ствари које је постојало пре прибавиоцевог стицања, а за које право, при закључењу уговора с накнадом, прибавилац није знао, односно није дао свој пристанак на такво ограничење. Преносилац, дакле, одговара за правне недостатке испуњења, што значи да је дужан да штити прибавиоца од права и захтева трећих лица којима би његово право било искључено или сужено.⁷⁷⁸ У случају фактичког узнемиравања не може бити речи о евикцији, јер у таквим случајевима постоје посебне врсте заштите (државинска, односно посесорна и сл.)

Преносилац у теретном уговору одговара за материјалне недостатке ствари које је она имала у часу преласка ризика на стицаоца без обзира да ли је био савестан, односно да ли му је чињеница постојања недостатка била позната, а одговара и за оне материјалне недостатке који се појаве после преласка ризика на стицаоца, уколико су

⁷⁷⁶ Исто, стр. 376.

⁷⁷⁷ Исто, стр. 377.

⁷⁷⁸ Члан 121. став. 2. ЗОО.

последица узрока који је постојао пре тога.⁷⁷⁹ Каузално обећање стицаоца је било мотивисано употребном вредношћу ствари. Ако та ствар нема употребну вредност која је била уговорена, постоји одговорност за физичке недостатке, те можемо такође говорити о повреди начела еквиваленције као и код одговорности за евикцију, јер се ради о само другом виду заштите истих начела. Правила о материјалним недостацима налазе се у грађанскоправним прописима (законцима или посебним законима) у оквиру регулисања уговора о купопродаји, као најкарактеристичнијем теретном уговору, али се *mutatis mutandis* примењују и на друге онерозне уговоре.

Прибавилац ће одговарати стицаоцу (прибавиоцу) за материјалне (физичке) недостатке ствари под одређеним условима а) постојање недостатка (мане); б) скривеност; в) постојање мане у тренутку преноса права; г) благовремено обавештавање. Одговорност преносиоца подразумева кумулативност наведених услова.⁷⁸⁰ Према Закону о облигационим односима, купац који је благовремено и уредно обавестио продавца о материјалном недостатку има следећа права: на испуњење, снижење цене, раскид уговора и накнаду штете.⁷⁸¹

Код снижења цене уговор опстаје, али долази до измене његовог битног елемента, а то је цена. Цена се умањује јер ствар нема ону вредност коју је прибавилац имао у виду приликом закључења уговора. Снижење цене је довођење у склад вредности међусобних престација, односно задовољавање каузалности обавеза. До раскида уговора због материјалног недостатка ствари долази када прибавилац изјави да раскида уговор. Ово његово право може бити искључено уговором, али прибавилац који се одрекао права на раскид уговора због физичких недостатака задржава остала права.⁷⁸² И овде се управни уговор разликује од приватног уговора, а односи се на немогућност једностраног раскида уговора када би могао да се угрози јавни интерес, могућност јавноправног тела да једнострано измени уговор и др. Јавноправно лице као

⁷⁷⁹ Члан 478. став 1. и 2. Исто.

⁷⁸⁰ О. Антић, стр. 388.

⁷⁸¹ Члан 488. – 500. ЗОО.

⁷⁸² Члан 486. став. 3. Исто.

субјекат управног уговора одговара за штету коју друга уговорна страна трпи, ако је објекат уговора, (нпр. опрема или постројење, земљиште и др.) имало скривене мане. Приватноправно лице, с друге стране, одговара за штету, ако на пример, опрему и непокретности које су биле предмет концесије, након истека концесионог периода не врати концеденту у исправном стању, како у погледу квалитета тако и квантитета, у складу са одредба уговора.

11. Престанак уговора

Уговор је настао да би извршењем (испуњењем) престао. Извршење је престанак уговорне облигације путем уредног испуњења (извршења) дуговане чинидбе (престације). Међутим уговор, као један од извора облигација, може престати не само испуњењем, као неком врстом „природног разрешења“ већ и на друге начине. Тако уговор може престати као што је и настао, тј. новом сагласношћу воља уговарача, на основу њихове приватне аутономије, којом има исти, али негативан садржај у односу на претходно изјављену сагласност воља, што значи да су се странке споразумеле да одустану од уговора, односно да раскину уговор и изврше реституцију у предуговорно стање. Понекад је могуће да уговор престане као резултат реализације приватне аутономије само једне уговорне стране (једностранни раскид уговора). Могуће је, с друге стране, да споразум уговарача није прерастао у уговор, јер је противправан у мери да право не може толерисати ниједан тренутак његовог постојања, у ком случају је реч о апсолутној ништавости, или је пак настао, али је касније поништен из неког разлога који право резервише за поље релативне ништавости. Један, не тако велики, број случајева престанка уговора везан је за престанак субјекта, односно смрт уговорене престације. Пошто у наведеним случајевима није дошло до „природног разрешења“, поставља се и питање правних последица раскида, односно поништења уговора.

Раскид уговора представља престанак уговора на основу аутономије воље обе или, изузетно, само једне уговорне стране.⁷⁸³ Овде ћемо навести две врсте одустанка од

⁷⁸³ Неки од начина престанка облигације на основу реализације приватне аутономије су још и новација, компензација, опроштај дуга (*прим. аут.*).

уговора, односно раскида уговора - споразумни и једнострани.⁷⁸⁴ Сагласност воља која је створила уговорно „везивање“, уговорну облигацију може на исти начин, наравно у супротном смеру, да оствари уговорно „одвезивање“, уговорну солуцију. Споразумним раскидом странке, дакле, одустају од свог раније пуноважно закљученог уговора.⁷⁸⁵

Једнострани раскид уговора није правило, што значи да мора бити или уговорен, или законом посебно предвиђен. Неке разлоге законског једностраног раскида уговора већ смо расправили: то су случајеви промењених околности и физичких мана ствари. Отуда ћемо на овом месту изложити правила раскида уговора због неиспуњења.

У античким правима уговор није могао да престане услед неизвршења. Поверилац и дужник су били повезани свечаним изјавама које су биле упућене божанству, дакле, формом која је давала саму суштину уговору (*forma dat esse rei*).

Доследно томе уговор није било могуће раскинути ни због неиспуњења (датог обећања). Напротив, уговор се могао принудно испунити, и то тако што ће се дужник натерати да своју обавезу испуни, а пошто је није испунио на уговорени начин, дужник ће, уз то, бити принуђен и на накнаду штете повериоцу. Савремена права, пак, садрже опште правило да када у двостраном уговору једна страна не испуни своје каузално обећање, друга може, у складу са законом, да раскине уговор једностраном изјавом воље. Овај велики изузетак од правила *pacta sunt servanda* управо указује на саму суштину облигације. Каузално обећање у таквим уговорима повезано је двоструком везом и ако једна отпадне, друга губи свој смисао. Раскидање уговора због неиспуњења је законска установа и у праву Србије.⁷⁸⁶

⁷⁸⁴ Одустанак од уговора и раскид уговора су синонимима, с тим да се први израз користи у германским, а други у романским правима. ЗОО односима прихвата израз раскид уговора (*прим. аут.*).

⁷⁸⁵ С. Перовић, стр. 486.

⁷⁸⁶ ЗОО предвиђа да када једна страна, у двостраном уговору, не испуни своју обавезу, друга страна може, ако није одређено што друго, захтевати испуњење обавеза, или под законским условима, раскинути уговор простом изјавом, ако раскид уговора не ступа по самом закону, а у сваком случају, има право на накнаду штете, члан 124. ЗОО (*напом. аут.*)

У науци постоји несагласност о критеријумима поделе услова за раскид уговора због неизвршења. Према првом критеријуму услови су: 1) да је уговор теретан, 2) да уговор није извршен; 3) да је дужник крив за неизвршење уговора и 4) да поверилац обавести дужника о својој намери да раскине уговор.

Према другом критеријуму подела услова је прецизнија јер предвиђа основну поделу услова који се морају испунити да би дошло до раскида уговора због неиспуњења: 1) на оне који се односе на неиспуњење обавезе и 2) оне који се односе на реализацију раскида уговора. Престанак уговора због немогућности испуњења у уговорним облигацијама односи се на немогућности која је наступила после пуноважно закљученог уговора, дакле, о накнадној (супсеквентној) немогућности.⁷⁸⁷

Престанак уговора услед смрти уговорника није општи начин престанка уговора, напротив.⁷⁸⁸ Када се констатује да уговор делује *inter partes* то, у ствари, подразумева уговараче, али и њихове универзалне сукцесоре у складу с наследивошћу облигационих односа. Правило је, дакле, да су облигациони односи засновани уговором подобни за наслеђивање, и то како права (поверилац), тако и обавезе (дужник).⁷⁸⁹ То правило важи и за посебне облигације, нпр. настале уговором о лиценци,⁷⁹⁰ или кад су у питању ауторска права.⁷⁹¹ Ипак постоје и одређена ограничења, као и изузеци од наведеног правила. Када се ради о правним поседицама за уговор, ликвидација правног лица, се изједначава са смрћу физичког лица.

О правилу о обавезности извршења уговора и његовој прилогодљивости управном уговору већ је било речи у претходном делу. Престанак приватноправног лица као уговорне стране у управним уговорима, пак, представља разлог за престанак

⁷⁸⁷ У обрнутом случају уговор није могао пуноважно ни да настане јер није могла да настане ни облигација због немогуће обавезе (*напом. аут.*).

⁷⁸⁸ Љ. Милошевић, стр. 124. Н. према: О. Антић, стр. 437.

⁷⁸⁹ Члан 148. став 2. ЗОО.

⁷⁹⁰ Члан 711. Исто.

⁷⁹¹ Члан 53. Закона о ауторским и сродним правима, *Службени лист Републике Србије*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УС .

уговора, ако је тај уговор закључен због посебних особина одређеног уговарача због чега је уговор са њим и закључен. И јавни уговори се закључују након јавног оглашавања и одабира квалификованих понуђача, дакле понуђача који имају одређене особине које одговарају условима конкурса. Престанком приватноправног уговарача престају и разлози због којих је то лице ангажовано. Ипак, у одређеним ситуацијама, нпр. код уговора о концесији, под одређеним условима, уговор о концесији се може се уступити трећем лицу или путем финансијске организације са којом је концесионар закључио уговор о финансирању у вези са концесијом, ако концесионар не може из неких законом предвиђених разлога да извршава своје уговорне обавезе.⁷⁹²

12. Врсте уговора

Уговори у облигационом праву се могу разврстати према већем броју различитих критеријума. Тако имамо следеће врсте уговора:

Једнострано и двострано обавезни уговори. Подела је извршена у зависности од тога да ли једна страна има право, а друга обавезу (уговор о поклону) или су права и обавезе узајамни (уговор о купопродаји). Практични значај ове поделе огледа се нпр. у узајамности обавеза (једна страна испуњење своје обавезе може условити испуњењем обавезе друге стране), приговору о раскидању зеленашког уговора и уступању уговора која могу настати само код двострано обавезних уговора.

⁷⁹² Члан 40. Закона о Концесијама Републике Српске. Уз разумевање потребе да се настави делатност предвиђена уговором о концесији, оправдано се поставља питање да ли су оваквим преносом концесионих права и обавеза на друго лице без новог поступка доделе концесије, нарушени основни принципи на којима се заснива ова врста уговора. Сматрамо да овај члан озбиљно угрожава нека правна начела Европске уније која се односе на ову област, нарочито начело једнакости, транспарентности, конкуренције. Оваквим преносом концесионих права и обавеза на друго лице без спровођења новог поступка, отварају се нове могућности за изигравање сврхе и циља поступка јавне конкуретности, односно, поставља се питање: Да ли се оваквим законским решењем на мала врата уводи могућност латентне „продаје“ оног што не може бити предмет промета, као што је уговор о концесији? Сличне последице има и члан 41. Закона, којим се омогућава под одређеним условима промена власништва у концесионом друштву у проценту већем од 51%.

Теретни и добротини уговори се одређују у зависности од тога да ли странка која добија неку вредност за то даје одговарајућу накнаду као противвредност или не. Теретни уговор постоји гдје једна страна даје одређену накнаду за протучинидбу коју добија од друге уговорне стране. Подела на теретне и добротине и једнострано и двострано обавезне уговоре није идентична. Наиме, сви теретни уговори су и двострано обавезни, али сваки двострано обавезни уговор није и теретни. Ова подела је значајна код одговорности за физичке и правне недостатке ствари, те код раскидања уговора јер се код добротиних уговора као битна заблуда узима и заблуда о побуди.

Каузални и апстрактни уговори. Код каузалних уговора кауза (основ обавезивања) мора бити јасно истакнута као битан елемент уговора, што не значи да код апстрактних уговора нема каузе. Кауза је присутна код свих уговора само она није јасно истакнута. Апстрактним уговорима се убрзава промет роба и услуга.

Консензуални и реални уговори: за консензуалне уговоре довољно је да стране постигну сагласност о битним елементима, без неке одређене форме или предаје ствари другој страни; док реални уговори настају када стране постигну сагласност о битним елементима уговора и кад једна од страна преда другој уговорној страни ствар која је објекат уговора. Код нас је углавном усвојен консензуални уговор.

Еквивалентни и алеаторни: Код првих се унапред зна шта су давања странака, док код других то зависи од неке будуће неизвесне околности. Еквиваленти уговори својим странама пружају од закључења увид у сва њихова права и обавезе. Алеаторни уговори најчешће зависе од неизвесног будућег догађаја (о опклади, игри, и сл.), те се не могу побијати због прекомерног оштећења.

Именовани и неименовани уговори. Именовани постоје дуго и имају утврђен назив (купопродаја, поклон) док су неименовани они који имају специфичну садржину и то се утврђује у конкретној ситуацији.

Главни и споредни уговори: главни уговор се потпуно самостално заснива и регулише облигациони однос између страна, и којем се додају и деле његову судбину споредни уговори.

Трајни и тренутни уговори: подела значајна код раскида и измене уговора.

Лични и нелични уговори. Лични уговори се закључују са одређеним лицем, због његових личних особина (*intuitu personae*), због којих се уговор управо и закључује

(нпр. уговор о изради уметничке слике), за разлику од уговора који нису лични код којих уговорна страна није битно обележје уговора.

Генерални и посебни уговори: код генералних уговора одређени су само општи елементи уговора и услови извршења, те њихово дуже трајање. Посебни уговори се односе на појединачни правни посао који је прецизно одређен како по свом предмету тако и времену трајања.

Адхезиони уговор или уговор по приступу је такав уговор код кога понуђач веже склапање уговора за прихватање свих услова садржаних у типском формулару уговора који предлаже и не пристаје ни на какву измену. Понуђени може да те услове прихвати или одбије у целости. Понуђени не сарађује у креирању уговора, не постоје елементи преговарања, па се аутономија страна своди на прихватање или одбијање понуде у целости.⁷⁹³ Велики број уговора који се данас закључују спадају у групу адхезионих уговора. Они су најчешћи у оним делатностима, код којих се уговори закључују свакодневно и у великом броју.

Ова врста уговора се врло често користи код уговарања пружања јавноправних услуга грађанима као корисницима тих услуга. Наиме, јавна предузећа или друга лица која имају јавноправна овлашћења за пружање услуга грађанима, најчешће грађанима нуде припремљене типске обрасце уговора у којима су утврђени сви елементи као што су врста услуге, цена, рокови и друго, а на које корисник не може утицати. Он је у могућности да прихвати услове предлагача или да одбије наведену услугу. Како се обично ради о једном вршиоцу услуга који има монопол на пружање ових услуга, корисник је принуђен да прихвати те услове. У том случају интересе корисника јавне услуге треба да штити јавна управа која је задужена да брине о томе да услови под којима се пружају услуге буду што прихватљивији за кориснике. Ово они чине, тако што приликом закључења управног уговора са вршиоцима услуга, остављају за себе овлашћење за давање сагласности приликом одређивања цена услуга.

⁷⁹³ G. Halbach et al., *Labor law in Germany – an overview*, Bonn, 1994. стр. 26. Н. према: Јелена Јанковић, *Гласник права*, Крагујевац, 2012. Доступно на: <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/912.htm>

Уговори у корист трећег лица. Једно лице се обавезе другом да ће извршити уговорну обавезу трећем лицу (куповина ствари са обавезом да се ствар преда трећем лицу, а не остаје купцу).⁷⁹⁴ О особинама управног уговора у вези са наведеним критеријумима поделе уговора, биће више речи у делу у којом се обрађује појам, обележја и врсте управног уговора.

ГЛАВА ЧЕТВРТА

УПРАВНИ УГОВОРИ И УПРАВНИ АКТИ

1. Значај разграничења управног уговора и управног акта

Савремени модели јавне управе у развијеним земљама засновани су на демократским принципима у којима је управа у функцији грађана, а њена делатност се базира на принципима ефикасности и економичности, што подразумева и пружање јавних услуга на принципима конкурентности и тржишног надметања. Репформа јавне управе поред наведених принципа афирмише веће учешће и равноправнији положај приватних правних и физичких лица у делатностима од општег интереса друштва.

Неизбежно је да на садашњем степену развоја државе и друштва, као и још дуго у будућности, да управа вршећи неке од својих класичних делатности, решава о правима и обавезама грађана и правних лица доносећи управне акте. Међутим, не сме се занемарити потреба друштва и грађана да највећи део својих потреба остварује кроз сарадњу са јавном управом. Уговорне форме деловања управе треба да заузму значајно учешће у јавним делатностима. Стога се управни уговори намећу као неизбежан облик сарадње државе и грађана заснован на тржишним принципима. Неопходно је да јавна управа поред доношења управних аката закључује и уговоре са приватноправним лицима увек када је то целисходније и економичније. Управни уговор је исто као и управни акт, облик управноправног регулисања конкретне правне ситуације, којим се производе извесни управноправни ефекти.

⁷⁹⁴ Марија Костић: *Појам облигација, основни уговори облигационог права*, доступно на: <file:///C:/Users/Win8/Downloads/%C4%8CAS%20XPoјam%20i%20ugovori%20OBLIGACIONOG%20PRAVA.pdf>

У германском праву се административни уговор дуго сматрао немогућим из чега је произишло да „управни уговор није уговор него је управни акт нарочите врсте – управни акт који изискује сарадњу адресата. Међутим позитивно немачко право дефинише да управни акти и управни уговори егзистирају у границама јавног права изазивајући спољне управноправне последице на појединачне животне догађаје и са њима повезане, шире појаве, те да се и управним уговором као и управним актом окончава управни поступак.⁷⁹⁵ Такође је предвиђено да јавноправни уговор може бити замењен доношењем управног акта, за шта није неопходно посебно законско овлашћење, све док је уговор састављен у дозвољеној форми.

Међутим, одређене специфичности управног акта и управног уговора представљају основу по којој се они међусобно разликују. Тако се управни акт доноси на основу једностране воље јавне власти, док је за настанак управног уговора неопходна сагласност јавне власти и грађана. Једностраност управног акта се може видети и у његовом дефинисању као појединачном ауторитативном правном акту управе, којом овлашћени орган непосредном применом прописа, уз могућност принудног извршења, решава о одређеном праву или обавези физичког или правног лица, односно друге странке у управној ствари.⁷⁹⁶

„Иако могу имати дејства на исти предмет, сматра се да је разлика између управног акта и управног уговора последица како различитости правних режима којима су регулисани, тако и различитих правних ефеката које производе.“⁷⁹⁷ Управни акт је у основи једностранни акт, док уговори као грађанскоправни акти могу бити како једностранни, тако и двострани. Држава се при закључивању уговора јавља у улози приватноправне личности са истим правним статусом као и појединац, док се пак, при доношењу управних аката она јавља у својству јавноправног субјекта са јачом вољом.⁷⁹⁸

⁷⁹⁵ Више: З. Томић, *Правна природа управних уговора*, 1993.

⁷⁹⁶ С. Лилић, *Управно право*, 1997. стр. 263.

⁷⁹⁷ С. Лилић, *Административни уговори и јавне службе*, стр. 2145.

⁷⁹⁸ Исто.

Ипак, за разлику од управног акта код управног уговора су увек присутне две воље, од којих је једна јавноправна, а друга приватноправна и којима се регулишу њихови међусобни односи. То значи да без њиховог међусобног прожимања нема ни управног уговора.

Нови концепт јавне управе, као што је већ наведено у значајној мери заснива се на „приватизацији јавног сектора“, односно на приватизацији послова производње и јавних услуга као вршења јавних служби. Овде се подразумева афирмација сарадње јавног и приватног сектора, кад год је то могуће, пре свега кроз модел јавно-приватног партнерства, новог јавног менаџмента и сл. Управни уговори треба да постоје паралелно са другим облицима делатности управе и егзистирањем управних аката у мери у којој је то неопходно.

Значај разликовања управних аката и управних уговора огледа се пре свега у одређивању правне заштите при вршењу управних делатности. Ово се односи на одређивање надлежност за равноправну заштиту како јавног интереса тако и права и интереса грађана у поступцима пред органима управе. Ово се остварује кроз правна средства предвиђена у управном поступку, као и судској заштити. „Међу уговорима, управни уговор је међу својима. Као посебна врста уговора, али уговора, он је доиста *sui generis*, као што је приватноправни уговор своје врсте или пак међународноправни. Укратко, управни уговор није као правни феномен *sui generis*, у свету правних појава он је уговор, али је као уговор *sui generis*“.⁷⁹⁹

2. Појам управног акта

Управни акт (управноправни акт) је засебан, државној управи својствен облик правног деловања. Његово теоријско, судско и законско конструисање ишло је у корак са оформљавањем буржоаске правне државе. По узору на судски акт, као правни израз судске функције, управни акт се издвојио разрадом и обогаћивањем оних концепција

⁷⁹⁹ Владимир Водинелић, *Управни уговори између* [...] стр. 2118.

које су у управи и судству виделе видове извршне власти.⁸⁰⁰ Томић наводи, да, како су се управа и судство временом обликовале као две сасвим одвојене државноправне функције, то је и категорија управних аката стекла самосталност - у правној доктрини, у законским текстовима, као и у судској пракси. Он у вези с тим цитира Павла Димитријевића: „У новим условима управа не примењује више закон вршењем непосредних материјалних операција, већ издавањем правних аката у одређеној форми, под одређеним условима и по одређеном поступку. Управни акт постаје средство којим управа унапред објављује у ком ће смислу бити примењен закон у конкретном случају, односно у ком ће правцу и на који начин бити искоришћена њена дискрециона моћ у датим условима.“⁸⁰¹ Томић наводи и да су се настанак и брушење појма управног акта одвијали током прве половине XIX века, најпре у Француској одакле се та идеја пренела на правну теорију већине европско-континенталних држава (посебно на немачку правну науку) и на њихова законодавства. Кроз историју се изразу „управни акт“ дају углавном два основна значења: 1) шире – као правни акт органа управе, обухватајући како опште, тако и појединичне правне акте органа управе, не само једнострано-ауторитативне, него и двостране – управне уговоре: 2) уже – искључиво у значењу правног појединачног ауторитативног акта екстерног карактера којим се врши државна власт у погледу конкретне ситуације и тачно одређених лица.⁸⁰²

У овом делу рада ћемо се углавном користити систематизацијом ставова управноправне теорије о управном акту коју је дао П. Димитријевић.⁸⁰³ У обимној управноправној теорији о појму управног акта искристалисала су се: *формално* и *материјално* гледиште као и *мешовито* које их спаја. *Формалне теорије* о управном акту одређују појам управног акта према органу који је донео овај акт, процедури у којој је акт донет, форми, тј. непосредном изгледу управног акта, или неком другом

⁸⁰⁰ З. Томић, *Управно право*, [...] стр. 268.

⁸⁰¹ Павле Димитријевић, *Правоснажност управних аката*, Београд, 1963. стр. 21. – 22. Н. према З. Томић, исто, стр. 268.

⁸⁰² З. Томић, исто, стр. 269.

⁸⁰³ Предраг Димитријевић, *Управно право општи део*, СВЕН, Ниш, 2013. стр. 211. - 240.

обележју формалне природе. Ове теорије дају појам управног акта у формалном смислу (тзв. „формални појам“) јер узимају у обзир искључиво формална обележја управног акта. Тако је према овом формалном становишту управни акт „онај правни акт који је донет у посебном (управном) поступку од стране државних органа или других, са њима изједначених, јавно-правних субјеката који су позитивним прописима (уставом и законом) одређени као органи управе“. Један од најпознатијих представника овог теоријског концепта је француски правни теоретичар *Carre de Malberg*, који заступа став да је управни акт сваки онај акт које је донет од стране управне власти у управној форми, независно од његове садржине. Став аутора је да у анализи правних аката морамо поћи од позитивног права, при чему он не уважава унутрашњу природу норми садржаних у овим актима, нити материју коју регулишу него уважава искључиво формалне критеријуме. Административни акти су искључиво резултат активности административних органа у извршењу закона, издати у посебној административно-правној форми.⁸⁰⁴ У немачкој правној теорији *Ernst Forsthoff* управни акт дефинише као једностранни акт донет у вршењу јавне власти од неког управног тела са непосредним и конкретним правним дејством, изузимајући нормативне и судске акте.⁸⁰⁵

Ханс Келзен је сматрао да не може постојати квалитетна (садржинска) разлика између законодавства, управе и судства, тј. њихових правних аката, јер вршење ове три државне власти значи само на различитим степенима стварање и истовремено примену права. *Келзен* наводи да се једино наредбе и дозволе, као типични управни акти, по свом доносиоцу могу разликовати од других правних аката. Тако су према његовом мишљењу административна одлука и судска пресуда правни акти исте природе јер се њима извршавају опште правне норме у различитим конкретним ситуацијама, а поступци њиховог издавања су често веома слични. И једним и другим се конкретизују

⁸⁰⁴ *Carre de Malberg, Theorie geneale de l'Etat, Paris, 1920. стр. 470. - 482. Н. према: П. Димитријевић, Управно право [...] 2013. стр. 212.*

⁸⁰⁵ *Ernst Forsthoff, Traite de droit administratif allemand, Bruxelles, 1960. стр. 311. Н. према: Исто.*

законске опште норме и тако остварује извршна власт. Аутор указује да је административну одлуку од судске пресуде могуће делимично разликовати једино по правном статусу њихових адресата. Значајна разлика коју аутор уочава између ових аката је стварна садржина судског акта као акта којим се констатује деликт и одређује санкција, што није случај са управним актом.⁸⁰⁶

Материјалне теорије о појму управног акта су настале на основу другачијег приступа у изучавању појма управе, тј. на основу материјалног појма управе у функционалном смислу, који указује на унутрашње карактеристике управне функције.

Леон Диги у складу са његовом теоријом јавних служби, кроз објашњење преображаја садржине државних (управних) делатности, указује да управни акт није више индивидуално дело службеника извршне власти – акт јавне власти већ индивидуални акт учињен у погледу једне јавне службе. Он одбацује до тада важеће учење о држави као о организацији за вршење власти и карактер управног акта заснива на циљу јавне службе, који, поред „предмета“ истиче као други битни елемент сваког правног акта. Диги закључује да је управна функција законито управљање јавним службама, а управни акт је нормативна форма такве управне делатности. Управни акт је сваки акт, без обзира на свог доносиоца, чији је основни мотив или циљ вршење једне јавне службе. Наводи се, да се као и код судског акта, и унутрашња структура административног акта, састоји из два елемента: “констатације“ и с њом логички повезане „одлуке“- консеквенце, с том разликом што констатација, тј. решење правног питања, код управног акта представља средство, а не циљ као код судског акта.⁸⁰⁷

У домаћој правној теорији *Слободан Јовановић* полази од материјалног разграничења државних функција прихватајући учење *П. Лубанда* о психолошкој

⁸⁰⁶ Ханс Келзен: *Опита теорија права и државе*, Београд, 1951. стр. 136, 265. Н. према: исто, стр. 212. и 213.

⁸⁰⁷ Леон Диги, *Преображаји јавног права*, [...] 148. Н. према: исто, стр. 214.

природи државних функција као материјалном критеријуму за њихово разграничење.⁸⁰⁸ Законодавство и судство се састоји у „резоновању“, а управа у деловању, при чему С. Јовановић сматра да се законодавство и управа не разликују као „издавање заповести и њихово извршавање“ већ као „овлашћење за издавање заповести и њихово издавање“, с обзиром да закон ставља у надлежност управним властима издавање заповести, а не издаје их непосредно.⁸⁰⁹ Аутор напомиње да заповести управе, међутим, извршавају (остварују) лица на која се оне односе (сами грађани или управни органи) па зато управна функција у материјалном смислу није извршна функција. Управни акт је, по аутору, појединачни правни акт којим се ствара субјективна правна ситуација. Управни акт аутор дефинише као изјаву воље „којом се у садашњости ствара један правни однос било између управних органа и појединаца – однос из кога проистичу права односно дужности било за управне органе било за појединце.“⁸¹⁰ Уговорима као двостраним управним актима управна власт прибегава када своју функцију не може остварити путем других аката (наредбама, уредбама).

Борђе Тасић такође полази од могућности материјалног разграничења државних функција. Међутим, он за разлику од Дигија, одбацује циљ (културни или социјални) као правни критеријум по коме се може вршити класификација државних (правних) аката, односно државних (правних) функција. По Тасићевом мишљењу правни акти „служе социјалним и културним циљевима само као једна целина у којој се један акт не

⁸⁰⁸ Упоредити: Будимир Кошуткић, *Судска пресуда као извор права*, Београд, 1973. стр. 90. Н. према: Исто.

⁸⁰⁹ Слободан Јовановић, *Држава I*, Београд, 1936, стр. 418. Н. према: Исто.

⁸¹⁰ Аутор све управне акте дели на наредбе и уговоре. Наредба као једностранни акт представља типични управни акт који по својој садржини може представљати заповест или забрану, али и допуштење и овлашћење. С обзиром на однос према закону наредбе могу бити „обичне“, које управа издаје поданицима и којима може наређивати само оно што је закон прописао и „службене“, које управа издаје својим чиновницима, а којима се може наређивати све што закон не забрањује. То значи да се под управним актима подразумевају и интерни акти управе („службене наредбе“). Н. према: Исто. стр. 214. и 215.

може одвојити од другог. Циљ према томе, спада у једну другу област изучавања, наиме социолошку⁸¹¹.

Радомир Лукић, заступа став да се сваки правни акт може одредити сходно својој форми и материји, па тако разликује управни акт у формалном и у материјалном смислу. За управни акт у *материјалном* смислу наводи да је то акт који има специфичну садржину по којој се разликује од других правних аката. Он садржи једну специфичну врсту појединачних норми, различитих од норми које садрже други појединачни правни акти. Аутор сматра да је за одређивање материјалног појма управног акта с правног гледишта једино меродавна норма коју овај акт садржи. „Управни акт садржи такве појединачне норме које представљају неопходан саставни део у процесу остваривања општих норми, које разрађују и конкретизују диспозиције садржане у општој норми, диспозиције које су саме по себи недовољно конкретне и одређене да би се субјекти могли понашати по њима без ове појединачне норме. Ово важи утолико пре за такве опште норме које дају управном органу дискрециона овлашћења [...]“. Лукић исто тако сматра да је циљ појединачне управне норме, да омогући правним субјектима којима је диспозиција опште норме упућена, да се по тој диспозицији могу конкретно и понашати. На крају аутор закључује да је према томе „управни акт у материјалном смислу онај појединачни акт који одређује диспозицију, и то на једностран и ауторитативан начин“⁸¹².

Павле Димитријевић испитује нормативну садржину управног акта и даје једну материјалну и позитивну дефиницију управног акта. Управни акт је „конкретан акт којим овлашћени јавни орган у вршењу управне делатности (тј. у управним стварима и у вршењу послова јавне службе) примењујући правне прописе ауторитативно утиче на

⁸¹¹ Ђорђе Тасић, *Један покушај поделе државних функција у формалном и материјалном смислу*, Београд, 1984. стр. 27. Н. према исто. стр. 215.

⁸¹² Радомир Лукић, *Општи акти управе*, Београд, 1963. стр. 306. *Теорија државе и права II* Београд, 1954. стр. 125. - 127. Н. према: Исто, стр. 216.

правне ситуације грађана“.⁸¹³ Аутор утврђује битна обележја управног акта која чине конститутивне елементе за његову дефиницију, а то су: а) заснованост на закону, б) конкретност, ц) ауторитативност и извршност, д) правно дејство и е) посебан карактер правила понашања која садржи. На основу тога управни акт је онај „акт којим се на основу закона решава о правима, обавезама и правним интересима одређеног лица у конкретној ситуацији која има карактер „управне ствари“.⁸¹⁴

Томић истиче да би управноправни (управни) акти требало да буде дефинисан са садржинске, а не са формално-органске стране. Стога, сваки правни акт издат од органа државне, односно јавне управе – не мора да буде и управни акт у материјалном смислу.

Управни, односно управноправни акт је законски заснован и непосредно извршив правни појединачан ауторитативан акт донет у управној ствари – независно од природе надлежног издаваоца у датом случају. То је ауторитативан правни акт којим се на чињенично стање утврђено у прописано поступку оперативно или/и корективно примењује општенормативно правило у појединачној ванспорној ситуацији. Управноправним актом се одлучује, са позиције државне власти, на основу прописа, и у њиховом извршењу, а по предвиђеној процедури – о правима, обавезама и правним интересима одређеног појединца или организације, у конкретном ванспорном правном предмету.⁸¹⁵

Мешовите теорије о управном акту узимају у обзир и формалне и материјалне елементе, па управни акт постоји тек пошто су сви ови услови, иначе различите природе и карактера, испуњени. Дакле, управни акт се може посматрати искључиво са формалне стране што подразумева анализа порекла одлуке, односно аутора; особине издаваоца и процедуре; садржине операција, или, пак, искључиво са материјалне стране структурална и садржинска анализа акта и анализа дејства, ефеката акта. Међутим, у

⁸¹³ Павле Димитријевић, *Правоснажност управних аката*, Београд, 1963. стр. 23. Н. према: Исто, стр. 216.

⁸¹⁴ Павле Димитријевић, *Елементи управног права*, Београд, 1980. стр. 93. Н. према: Исто.

⁸¹⁵ Зоран Томић, *Управно право* [...] 1998. стр. 279.

теорији се у дефинисању појма управног акта комбинују и интегришу и формална и материјална обележја. Тако француски теоретичар *Michel Virally* комбинује формалне и материјалне елементе, па управни акт дефинише као „једностран правни акт донет од стране француског управног органа у вршењу управне власти којим се стварају права и обавезе за појединца.“ Овако одређен појам управног акта је нешто ужи јер он не обухвата интерне акте управе, као ни двостране управне акте као што су управни уговори. Доносилац управног акта по аутору припада француској управи и акт је донет у вршењу управне, а не неке друге власти. Од осталих обележја ова дефиниција садржи једностраност која искључује сагласност воља као начин настанка управног акта, и правно дејство.⁸¹⁶

Hans Wolff управни акт генерално одређује као правни акт органа управе којег одликује екстерност и конкретност. Под управним актом он подразумева сваку меру субјектата јавне управне власти предузету на подручју управног права којом се регулише појединачни случај који се односи непосредно на једно или више лица, или којом се одређује правни статус ствари. На основу дефиниције појма управног акта, аутор издваја његова обележја и посебно их образлаже. За управноправну теорију, посебно је вредно прецизно дефинисање *доносиоца* управног акта, коју аутор врши, како би „избегао честу непрецизност углавном теоријских формалних, али и легалних дефиниција управног акта“. Тако аутор доносиоце управног акта дефинише као „субјекте јавне управе“ које енумеративном методом прецизира као: надлештва; субјекте који врше управне послове, а немају статус надлештва; верске заједнице; председнике парламентарних домова када врше управне функције, и др. У теорији је присутан став да је овакав начин одређивања доносиоца, „последича организационе хетерогености носилаца ауторитативних функција и сматра се корисним и практично употребљивим по квалификацији одређеног акта као управног акта“. Поред доносиоца, као следеће обележје управног акта, наводи се мера („наредба“) која је *једностран*,

⁸¹⁶ М. Virally, *Acte administratif, Repertoire de droit public et administratif I*, Paris, 1958. стр. 7. Н. према: П. Димитријевић, стр. 217. и 218.

потенцијално обавезна и спољна. Она је резултат подвођења конкретног чињеничног стања под важеће објективно право. Њом се регулише један појединачан случај на конститутиван начин (заповест, забрана или дозвола одређеног понашања) или, пак, утврђивање правног односа, или статуса неке ствари или њеног дела. Последње обележје управног акта је, да је реч о мери донетој из *подручја управног права*, односно о мери којом се спроводе управноправни прописи. Ово обележје носи у себи материјални критеријум, мада аутор не даје јасан одговор на то шта се подразумева под управно правним подручјем. За разлику од француске правне теорије у немачкој науци управног права често се у дефиницијама управног акта могу срести изрази као: „домен“ или „подручје“ управе, „подручје управног права“ и слично, којима се назначава предмет (објект) управног акта.⁸¹⁷

Иво Крбек као један од истакнутијих теоретичара југословенске управноправне науке, критикује материјалне теорије управног акта јер су веома бројне и међусобно различите. По његовом мишљењу оне управо због своје бројности и различитости прво проширују, па затим сужавају обим управног акта, доводећи у питање вредност ове изузетно важне правне институције. Такође, по њему материјалне теорије не успевају да открију основ и посебност правног режима управног акта. Крбек, сматра да је управо ова неодређеност појма управног акта разлог зашто се законодавство и пракса прилично уздржавају од употребе термина управни акт. Под утицајем немачке и аустријске теорије, он износи једну формално-материјалну дефиницију управног акта у правно-техничком смислу, коју по њему, треба да карактеришу три основна елемента: *конкретност, ауторитативност и правно деловање или ефекат*.⁸¹⁸ Тако он управни акт дефинише као „ауторитативно одлучивање да би се произвео непосредан правни ефекат у правима и дужностима физичких и колективних лица у конкретном случају на подручју управне делатности“.⁸¹⁹

⁸¹⁷ Н. Ј. Wolff *Verwaltungsrecht I*, Berlin, 1965. стр. 261. – 268. Н. према: исто. стр. 218.

⁸¹⁸ Иво Крбек, *Управни акт*, Загреб, 1957. стр. 7. Н. према: Исто, стр. 219.

⁸¹⁹ Иво Крбек, *Основи управног права ФНРЈ*, Загреб, 1950. стр. 378. Н. према: Исто.

Славољуб Поповић такође даје мешовиту (материјално – формалну) дефиницију управног акта. „Управни акт је изјава воље државног органа или организације удруженог рада и друге организације која врши јавна овлашћења у законом предвиђеним случајевима којим се на једностран начин примењује у конкретном случају управни пропис, а у циљу изазивања непосредног правног дејства у правима и обавезама појединаца или правних лица.“ Из ове дефиниције управног акта аутор изводи следеће елементе: а) једностран изјава воље од стране државног органа или организације која врши јавна овлашћења (доносилац – органски критеријум), б) ауторитативно одлучивање у појединачним управним стварима, ц) конкретност, д) правно дејство и е) индивидуалност. Аутор у елементе управног акта убраја и појам управне ствари, иако он није садржан у дефиницији овог израза.⁸²⁰

Позитивно правни појам управног акта (појам и обележја). Циљна усмереност управног акта, као правног акта орјентисана на пружање одговарајуће правне заштите његовим адресатима, наметнула је потребу да и законодавци прихате термин „управни акт“ и покушају да га појмовно одреде на нормативан начин. Тако се уз теоријску јавља и законска (легална) дефиниција управног акта. Дефинисањем управног акта „законодавац упућује правну праксу на елементе које једно ауторитативно одлучивање у управној делатности мора садржати да би имало квалитет управног акта – како га признаје правна норма“.⁸²¹

Појам управног акта се не може правилно разумети, ако се не дефинише појам управног акта у позитивном праву. Управни акт је основна врста појединачног правила понашања које важи у конкретном случају, којим се утврђују појединачна права и обавезе. Овај појам се веома ретко помиње у упоредном законодавству. Ово је случај и са француским правом, које не познаје кодификовани управни поступак, па ни било какву законску дефиницију управног акта. У доктрини изразом *actes de l'administration* означава се група аката управе: оште правне акте уређујуће-изведбеног карактера и

⁸²⁰ Славољуб Поповић, *Управно право општи део*, Београд, 1989. стр. 408, 491. Н. према: Исто.

⁸²¹ Иво Борковић, *Управно право*, Загреб, 1997. стр. 294. Н. према: Исто, стр. 220.

појединачне правне акте. Термину *acte administratif* француска правна доктрина, ослањајући се на управносудску праксу, углавном придаје два значења. Прво значење је једностраног управног акта и управног уговора. Друго значење *acte administratif* које данас преовладава у француској правној науци, је правни, појединачни једнострано-ауторитативан акт, издат од стране управне власти, који има својство извршиве одлуке.⁸²²

Савремено немачко позитивно право дефинишући управни акт (*Verwaltungsakt*) регулише да је то: „свака наредба, решење или друга ауторитативна мера, предузета од неког органа власти у циљу регулисања једног појединачног случаја, на подручју јавног права, а која има непосредно спољашње правно дејство“.⁸²³ У већини упоредних управнопроцесних закона се не користи назив управни акт, већ најчешће термини који у домаћем праву означавају конкретан управни акт као што су „решење“, „одлука“, и сл.⁸²⁴

Појам управног акта у праву Србије, је непосредно одредио Закон о управним споровима, који га дефинише као појединачни правни акт којим надлежни орган, непосредном применом прописа, решава о одређеном праву или обавези физичког или правног лица, односно друге странке у управној ствари.⁸²⁵ У Републици Српској је слично. Управни акт дефинисан је Законом о управним споровима, и то као акт којим државни орган или организација која располаже са јавним овлашћењима решава о неком праву, обавези или правном интересу појединца или правног лица у некој управној ствари.⁸²⁶

⁸²² Више: З. Томић, исто.

⁸²³ Више: Д. Милков, *Појам управног акта*, стр. 42. – 52. Н. према: исто.

⁸²⁴ З. Томић, стр. 270.

⁸²⁵ Члан 4. Закона о управним споровима (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 111/2009.)

⁸²⁶ Члан 7. Закона о управним споровима (*Службени гласник Републике Српске* бр. 109/05).

3. Обележја управног акта

Из наведених дефиниција могу се извући основна обележја управног акта. Један акт може имати својство управног акта само ако кумулативно испуњава следеће услове, (карактеристике)⁸²⁷: 1) да је издат од стране надлежног *доносиоца*; 2) *ауторитативност*; 3) *једностраност*; 4) *решавајуће* правно дејство; 5) *конкретан* (појединачан) акт; 6) донет у *управној ствари*.

Димитријевић, наводи да само истовремена и једнака присутност свих горе побројаних елемената у једном акту чини овај акт управним актом. А *contrario*, недостатак било којег од ових елемената у том акту одузима квалитет управног и може га квалификовати неким другим актом, који може бити сличан, али и потпуно супротан од управног акта, зависно од значаја недостајућег елемента у конкретном акту.⁸²⁸

3.1. Доносилац управног акта

Доносилац управног акта као обележје управног акта произилази из околности да управни акт може донети само овлашћени доносилац. Доносилац се сматра битним обележјем управног акта код већине правних писаца и националних законодавстава. Међутим, не постоје јединствена правна решења субјеката који се могу јавити као доносиоци управних аката. Поставља се питање да ли су то само органи државне управе и органи недржавне управе, или и други државни органи, па и недржавни субјекти односно бројни јавноправни колективитети чији је обим различит од једног до другог националног законодавства? На основу позитивних законских одредаба није тешко идентификовати организациони комплекс државних органа као примарних доносилаца управних аката. Насупрот томе, организациона структура недржавних доносилаца је флексибилна због непрецизних и непотпуних одредаба закона и одлука

⁸²⁷ Вера Бачић, Зоран Томић, *Коментар Закона о управним споровима*, Београд, 1989. стр. 77. Н. према: Исто, стр. 221.

⁸²⁸ П. Димитријевић, стр. 221.

општинских скупштина о поверавању јавних овлашћења.⁸²⁹ Због широке концепције доносилаца управних аката, која је прихваћена у нашем позитивном праву, и релативно широког круга државних органа и „еластичног“ система недржавних организација умањена је ранија практична вредност доносиоца као формалног критеријума за одређивање управног акта. Зато правници практичари тврде да не треба гледати на доносиоца акта, већ на његову садржину.⁸³⁰

Предраг Димитријевић, мислимо с правом истиче, да иако су приговори да се доносилац управног акта већ одавно престао искључиво везивати за управу (широки концепт доносилаца), основани, не можемо овај формално органски критеријум игнорисати аргументацијом како он „није увек нужен за одређивање управног акта“. Пре свега доносилац управног акта је по нашем позитивном праву битно обележје управног акта, а с друге стране анализа судске праксе ипак указује на практични значај овог обележја као елиминаторног обележја којим се одређеној категорији аката одриче својство управног акта. Према томе доносилац управног акта, иако дифузан и хетероген, представља један од битних елемената управног акта.⁸³¹

3.2. Ауторитативност (*authoritty, autorite*)

Традиционално у теорији управног права појмови „власт“ и „ауторитет“ се употребљавају готово као синоними иако ти појмови имају различита значења. Власт означава могућност спровођења своје воље и против отпора других, а ауторитет указује на такав однос међу људима у коме долази до изражаја психолошко деловање власти и утицај угледа, стручности, сврхе, стварног ефекта и других „непринудних“ вредности које резултују добровољним прихватањем одлуке.⁸³² Ако се пође од традиционалног

⁸²⁹ Иван Матовић, *Да ли је ауторитативност нужно својство ствари о којој се решава у управном поступку*, Загреб, 1971. стр. 126. - 134. Н. према: П. Димитријевић, стр. 221.

⁸³⁰ Љубомир Јефтић, *Судска контрола законитости управних аката*, Београд, 1960. стр. 66. Н. према: Исто, стр. 224.

⁸³¹ П. Димитријевић, стр. 225.

⁸³² Еуген Пусић, *Наука о управи*, Загреб, 1975. стр. 71. - 73. Н. према: исто, стр. 225.

схватања ауторитативности као вршења власти управни акти се јављају као „акти власти“, „акти заповедања власти“ при чијем доношењу органи управе иступају као вршиоци власти (јавних овлашћења). Ауторитативно иступање значи да се доносиоци управних аката појављују према другим субјектима при решавању о њиховим правима и обавезама у односу са јачом вољом, при чему је та јача воља доносиоца акта санкционисана употребом принуде у случају недобровољног извршења акта од стране његовог адресата. Према томе, ауторитативно поступање изражава однос субординације субјеката, а ауторитативност конкретних управних одлука тј. аката којима се решавају конкретне управне ствари. Из односа „неравноправности“ доносиоца и адресата разултују одговарајуће правне последице које у крајњој линији значе могућност управе да присили адресата (странку) на извршење њене обавезе. С друге стране, ауторитативност схваћена као вршење власти није само спецификум управног акта, већ представља опште обележје управне функције, али и шире, свеукупне државне активности, што на тој основи не постоје разлике између управног, судског или општег (нормативног) правног акта државне власти. У том смислу ауторитативност означава општу потчињеност државној (јавној) власти. У оквиру саме управне функције доношење управних аката представља најкарактеристичнију групу послова „ауторитативног“ карактера, а управни акт као правни израз ауторитативне делатности управе *in concreto*, носи у себи све атрибуте такве управне власти. Тако, ауторитативност представља битно и по многим, „прво“ обележје управног акта. Оно произилази из чињенице што управни акт доноси огран овлашћен да одлучује (решава) о нечијем праву или обавези, и што тим одлучивањем орган изражава своју надмоћну, доминантну позицију, „јачу вољу“, односно што „намеће“ одређене обавезе или установљава, мења или укида права појединцима или правним лицима.⁸³³

Као што је наведено ауторитативно иступање значи да је јача воља доносиоца акта у односу на оне на које се акт односи, санкционисана употребом принуде у случају недобровољног извршења акта од стране његовог адресата, дакле доносилац има

⁸³³ П. Димитријевић, стр. 226. - 227.

могућност да наметне извршење акта. У теорији се наводи и да је извршивост управног акта највећим делом последица његове ауторитативности. Правило норме коју садржи, ако је у питању одређена обавеза, може се остварити против воље онога на кога се односи, путем одговарајућих принудних средстава, у складу са законом.⁸³⁴

3.3. Једностраност управног акта

Управни акт као ауторитативна конкретна правна одлука управне власти је нужно једностран акт („метода доминације“). Међутим, једностраност управног акта није синоним за ауторитативност акта већ постоје разлике између ова два појма. Једностраност етимолошки указује на број страна субјеката у односу, тј. на квантитативну формалну страну ствари. Једностраност се сматра „формалним“ квалитетом акта, а ауторитативност његовим садржинским обележјем. Зато је исправније говорити „о ауторитативности чија је формална манифестација једностраност“.⁸³⁵

С друге стране, једностраност се може посматрати и у материјалном смислу односно тако да је „садржај самог акта ствар искључиво његова доносиоца“.⁸³⁶ Наиме, постоји мишљење да је класични став да се једностраност акта одређује на основу броја учесника у његовом доношењу, да је ово само формални и небитан моменат. Битно је да је дошло до стварања норме активношћу више лица, или не. Једностраност постоји када једна страна у управноправном односу одређује права и обавезе друге стране.

3.4. Правно дејство управног акта

Управни акт представља један од најчешћих правних облика (инструмената) управне делатности. Управни акти се логички нужно умећу између апстрактних прописа и материјалних операција извршења као неопходан степен у процесу функционисања (реализације) права. Апстрактним прописима се регулишу питања и

⁸³⁴ З. Томић, стр. 278.

⁸³⁵ Драган Милков, *Појам управног акта*, Нови Сад, 1983.

⁸³⁶ Иво Борковић, *Управно право*, Загреб, 1987. стр. 292. Н. према: исто, стр. 228.

утврђују односи у управним материјама тако што се прописују права и обавезе које у овим материјама могу имати појединци и правна лица, као и услови под којима се права и обавезе могу признавати, тј. одређивати. Међутим, управним актима се на основу и у границама апстрактних прописа: закона и подзаконских аката (материјалноправних и процесноправних), непосредно утиче на стварање, мењање, престанак и утврђивање управноправних односа, а тиме и конкретних субјективних права и обавеза. На тај начин законитост управног акта представља његову правну претпоставку и може се сматрати посебним обележјем управног акта.⁸³⁷ Ради практичнијег и целисходнијег приступа законитост је у наредном делу разматрана у оквиру правног дејства као обележја управног акта.

Заснованост на закону, односно другом правном пропису (нпр. уредби) као обележје управног акта произилази из околности да је доношење управног акта, могуће само ако постоји законски основ за то. Заснованост на закону значи примену начела законитости у доношењу управних аката.⁸³⁸

Заснованост на закону подразумева да је управни акт законски одређен, и у процесном (формалном) и у садржинском (материјалном) погледу. У процесном смислу, издаје га овлашћени орган, према правилима одговарајућег законског поступка, у прописаној форми. У садржинском (материјалном) погледу управни акт је увек заснован на меродавном пропису чије норме примењује у датом случају. Материјално законско одређење акта може да буде потпуно, што је у законодавствима чешћа појава. У овом случају ради се о потпуној правној везаности доносиоца акта, како у формалнопроцесном тако и у материјалном смислу, на подлози утврђеног чињеничног стања. Насупрот овоме, код делимичне законске везаности, доносилац акта има у погледу садржине акта, дискрециона овлашћења. „На располагању му је (прописима пружена) „слободна оцена“. Он наиме, бира – по законском овлашћењу и у законским

⁸³⁷ П. Димитријевић, стр. 230.

⁸³⁸ Исто.

оквирима – оптималну правну солуцију у погледу примене материјалног прописа у појединачној ситуацији.⁸³⁹

Општа је претпоставка да су сви управни акти у тренутку доношења законити што значи да се незаконитост или нпр. нецелисходност управног акта мора посебно и утврдити. Правно дејство управног акта у праву Србије је одређено тако што се управним актом „решава о извесном праву и обавези“ чиме се правно одлучује о правима обавезама или о правним интересима.⁸⁴⁰

Томић тако истиче: „Управни акт је правни акт, што значи да је посреди изјава воље са респектабилним правним дејством (у смислу стварања, мењања, укидања, односно гашења, или бар утврђивања одређених друштвених односа). При томе, он има непосредно решавајући карактер, производећи директне правне последице на ситуацију лица о којима је реч.“ Даље аутор наводи да је решавање, одлучивање о нечијем праву, обавези или правном интересу. „Адресат нормe не стиче одређено право, нити преузима обавезу (исто важи и за умањење права) самим материјалним прописом који је то право, односно обавезу установио – већ редовно тек управним актом који му је непосредно признаје или утврђује.“⁸⁴¹

Управни акт има, дакле, непосредан и решавајући карактер. Његово правно дејство се састоји у томе што се управним актом уређују, стварају (дедељују односно намећу), укидају или модификују (смањују или повећавају) права, обавезе или правни интереси појединаца или правних лица и тиме правно регулише конкретна правна ситуација. Ово се односи и на негативне (одбијајуће) управне акте, јер је садржина и њиховог правног дејства непосредног и решавајућег карактера, само што се о правима и обавезама овде решава на негативан начин, тј. отклањањем неизвесности и утврђивањем да неко лице нема неко право. Управни акти су по свом правном дејству

⁸³⁹ З. Томић, стр. 277.

⁸⁴⁰ П. Димитријевић, стр. 230. - 231.

⁸⁴¹ З. Томић, стр. 276.

екстерни акти јер производе спољни ефекат, тј. односе се на лица ван оквира саме управе – поједница или организације. Зато интерни акти управе нису управни акти.

На основу наведених карактеристика управног акта можемо закључити да, дејство, (ефекат) управног акта мора бити правно решавајуће и спољашње. Поред тога дејство управног акта је и непосредно (*inter partes*). Управни акт производи правне последице непосредно решавајућег карактера према одређеним адресатима – појединцима или правним лицима. Садржина управног акта је пре свега непосредно усмерена према странкама, али и према свом доносиоцу кога управни акт (у складу са начелом законитости) правно обавезује као његово властито дело. У оба ова случаја персоналног важења управног акта ради се о непосредном правном дејству управног акта.⁸⁴²

3.5. Конкретност управног акта

Конкретност управног акта је његово битно обележје на коме је утемељена и читава материјална теорија управног акта. Појмовно одређивање конкретности налазимо у позитивноправној дефиницији управног акта и оно се надовезује на правно дејство. Управни акт је акт којим се „решава о извесном праву или обавези одређеног појединца или организације.“ Правно дејство управног акта је усмерено на одређени конкретни случај (акт се издаје поводом једног животног догађаја), као и на конкретно одређене субјекте, било да су они означени индивидуално или генерално. Управни акт се односи на конкретну правну ситуацију. Постоје извесни писци који управни акт одређују као индивидуални правни акт, сматрајући да је индивидуалност адресата битна за појмовно одређење управног акта. Међутим, у управноправној теорији преовладава став да је за одређење управног акта довољно да је он конкретан, подразумевајући притом конкретност односно „појединачност ситуације“ која је регулисана појединачном правном нормом коју садржи управни акт.⁸⁴³ „Управни акт је

⁸⁴² П. Димитријевић, *Управно право* [...] 2013. стр. 231. - 232.

⁸⁴³ Д. Милков указује на појмовну и терминолошку неуједначеност израза. Наиме, конкретност се разликује од појединачности, а она се узима као синоним за индивидуалност, или се, обратно,

појединачан чин – конкретан и обично индивидуалан, а не општи, безличан (апстрактан). У питању је главна разделница управног акта од законског и подзаконског општенормативног акта (прописа и др.). Она повлачи и остале (изведене) разлике у правним режимима тих аката (поступку доношења, форми аката, облицима контроле њихове исправности, итд.).⁸⁴⁴ Аутор истиче ноторну разлику између управног акта и управног прописа. Управни пропис је акт управне власти, општеприхваћеног карактера, а подзаконског ранга. Управни пропис садржи апстрактно правно правило, те има регулативно-изведени (из закона) смисао.⁸⁴⁵

Правни теретичари везују конкретност управног акта за појединачни случај један животни догађај, регулисан појединачном нормом, непосредно уређујући права и обавезе једног или више одређеног (или пак одредивог лица). *Димитријевић* наводи да управни акт као конкретан акт може бити индивидуални или генерални. Према томе индивидуалност адресата обично се не сматра битним за управни акт, с обзиром да „акт мора бити конкретан, а не и индивидуалан“, у чему и јесте разлика између индивидуалности и конкретности. Управни акти се могу односити не само на тачно одређена лица, већ и на лица која нису тачно одређена, али су „одредива“. Тада се акт тиче једног релативно ширег круга особа који није одређен, али је одредив, с обзиром да се ова лица могу „индивидуализовати“ на основу елемената у самом управном акту.

3. *Томић* слично дефинише *индивидуалност* управног акта, и то као „правну акцију према потпуно поименце прецизираном субјекту, једном или више њих,“ истичући да има и управних аката који регулишу конкретне ситуације везане за више лица која нису до краја одређена (али нису ни неодређена!). Ипак ти адресати се могу

индивидуалност изједначава са конкретношћу, или се конкретност и појединачност акта узимају као синоними. Д. Милков, *Појам управног акта*, Нови Сад, 1983. стр. 15. Н. према: П. Димитријевић, стр. 274. и 275.

⁸⁴⁴ З. Томић, стр. 276.

⁸⁴⁵ Иво Крбек, *Судска контрола наредбе*, Загреб, 1939. стр. 11. – 12. Н. према: З. Томић, стр. 277.

накнадно тачно препознати, полазећи од (у самом акту) постављеног мерила. Тада је управн акт генералан.

Н. Стјепановић закључује да конкретност управног акта значи „да се управни акт односи на одређено лице или ствар, или на одређен број лица или ствари“, али није довољно да се акт односи само на одеђену радњу.⁸⁴⁶

3.6. Управна ствар

Позитивно правна дефиниција управног акта изричито садржи као свој битан „конститутивни елемент“ израз „управна ствар“. За разлику од других обележја управног акта, која су присутна у упоредном праву, „управна ствар“ постоји у Аустралији и Мађарској. Одређивање појма управне ствари представља „кључни проблем“, чија је функција да омогући одређивање управног акта у материјалном смислу. Међутим, не постоји јединствено схватање ни теорије ни судске праксе о појму управне ствари, тако да појам управне ствари улази у ред најспорнијих питања управноправне теорије. Томе је допринело и неодређивање појма управне ствари од самог законодавца у дужем периоду, чиме су отворена врата неуједначеној, колебљивој и несигурној судској пракси.⁸⁴⁷

У правној теорији, схватања о појму управне ствари као посебне правне ствари, можемо сврстати у неколико група. По једном схватању „управна делатност служи за објашњење управне ствари, или се сама управна ствар изједначава са том делатношћу. Управна ствар је „активност“ одређених органа (државних, али и других колективитета ван државне структуре који су носиоци јавних овлашћења) којима се у погледу одређеног правног субјекта ствара, мења, укида или само утврђује управноправни однос.⁸⁴⁸ Тако испада да се објект управноправне активности (управна ствар као

⁸⁴⁶ Упоредити: П. Димитријевић, стр. 232. и 233; З. Томић, стр 277; Никола Стјепановић, *Управно право у СФРЈ општи део*, Београд, (1973), 1978. стр. 519. Н. према: исто.

⁸⁴⁷ П. Димитријевић, стр. 233.

⁸⁴⁸ Н. Стјепановић, Исто, стр. 791. Н. према: П. Димитријевић, стр. 236.

статички појам) изједначава са самом том активношћу (утврђивање, стварање, мењање или укидање управноправних односа), који представља динамичан појам. Такође, управна ствар није акт, као што није ни активност управе, већ представља одређену врсту, тип ситуације за коју се везује одговарајућа активност, и која се правно уређује управним актом.⁸⁴⁹

По другом схватању, управна ствар се одређује помоћу појма управе или путем неодређених категорија „управна материја“, „област“, „грана“ или „подручје – домен управе“, као ствар која спада у ову материју. Међутим, не постоји нека материја која би била искључиво резервисана као управна, јер једна иста материја може бити управна, судска или законодавна (ствар), тј. може да буде предмет регулисања путем управног, судског или нормативног акта (утврђивањем конкретне примарне диспозиције или санкције или потписивањем апстрактних норми). У ширем смислу управна ствар се односи на свако управно одлучивање; не само у појединачном случају када се одлучује о правима, обавезама и правним интересима, већ и у оним ситуацијама које су везане за тзв. лична стања грађана (нпр. вођење службених и др. евиденција, издавање уверења, сертификата, потврда и сл.) или када управа доноси своје прописе (нпр. правилнике).⁸⁵⁰

По трећем схватању, управна ствар није изричито законски дефинисана, али се на основу уставних и законских текстова (Закона о уопштем управном поступку и Закона о управним споровима) на посредан начин може одредити као “[...] „ствар“ тј. *правна ситуација, у којој се решава о правима, обавезама или правним интересима појединаца или правних лица у појединачном случају*“.⁸⁵¹ У позитивном праву Србије, управна ствар се одређује као *појединачна, неспорна правна ситуација од јавног интереса, у којој се ауторитативно, правно одређује понашање и то по правилу*

⁸⁴⁹ Д. Милков, *Управна ствар*, стр. 154. Н. према: Исто.

⁸⁵⁰ П. Димитријевић, стр. 236. и 237.

⁸⁵¹ Упоредити: Зоран Јелић, *У трагању за идентитетом управне ствари*, Правни живот, 9. 1996. Н. према: С. Лилић, П. Кунић, П. Димитријевић, М. Марковић, стр. 125.

решавањем, о правима обавезама и правним интересима странке.⁸⁵² То је схватање управне ствари у *ужем смислу*. Међутим, у ширем смислу, управна ствар се односи на свако одлучивање у појединачном случају, као што су ситуације везане за тзв. лична стања грађана (нпр. вођење службених и других евиденција, издавање уверења, сертификата, потврда и сл.)⁸⁵³

За управну ствар је битно да је реч о одлучивању у појединачном случају.⁸⁵⁴ То одлучивање може имати два различита модалитета: *одлучивање о признавању права* (на основу поднетог захтева странке) или *одлучивање о утврђивању обавезе неке странке* (по службеној дужности органа). Управна ствар је поједини случај из ма које од управних материја у коме се по захтеву странке или по службеној дужности поставља питање неког права, обавезе или правног интереса одређеног појединца или организације, а о којем се решава непосредно применом односног материјалног закона, за који су надлежни управни органи и други државни органи, сем судских, као и организације које су носиоци јавних овлашћења.⁸⁵⁵ Затим, управна ствар се схвата као свака ствар која је регулисана управноправним прописима којим се апстрактно регулишу садржински сродне државне делатности. По овом схватању, управне ствари су предмет управних прописа који укупно чине „објективно управно право“⁸⁵⁶. Има покушаја да се комбинацијом свих ових елемената одреди појам управне ствари,⁸⁵⁷ или,

⁸⁵² Члан 5. Закона о управним споровима Србије. Овакво законско одређење појма правне ствари иако недовољно и теоријски незаокружено, ипак даје простора за његову позитивноправну и упоредноправну анализу (*прим. аут.*)

⁸⁵³ С. Лилић, и др, стр. 125.

⁸⁵⁴ Драган Милков, *Управна ствар* [...] 1986.

⁸⁵⁵ Богдан Мајсторовић, *Коментар Закона о управним споровима*, стр. 14. и 53. Н. према: П. Димитријевић, исто, стр. 237.

⁸⁵⁶ Павле Димитријевић, *Правоснажност* [...] стр. 491.

⁸⁵⁶ Предраг Димитријевић, стр. 238. Слично схватање имају и: И. Крбек, В. Иванчевић, И. Борковић. Н. према: исто.

⁸⁵⁶ Зоран Томић, стр. 272.

⁸⁵⁷ С. Поповић, *Управно право, општи део* [...] стр. 491.

да се управна ствар сматра нечим што је исто што и управни акт јер има све карактеристике које има и управни акт. Зато је према Павлу Димитријевићу непотребно управну ствар изучавати као самостално питање јер је она обухваћена осталим обележјима управног акта.⁸⁵⁸

3. Томић дефинишући управну ствар такође наводи да се ради о појединачној животној ситуацији, али истиче јавни интерес као један од њених доминантних елемената: „Управна ствар је појединачна животна ситуација ванспорног карактера, са непосредно ангажованим јавним интересом, коју је на основу закона неопходно ауторитативно и конкретно уредити, односно корективно усмерити њено правно уређивање (по службеној дужности или поводом захтева странке).“⁸⁵⁹ При томе аутор дефинише „јавни интерес“ као „такву друштвену вредност коју држава сматра посебно важном, па настоји да је на сваки начин (укључујући и правно нормирану претњу силом, а и саму принуду) постигне и заштити“. Јавни интерес је, начелно, суштинска потреба једне целине, својом важношћу надређена појединачним интересима грађана и њихових колективитета. Јавни интерес је и друго име за незаобилазну предпоставку редовног одвијања друштвеног живота на одређеној територији, или/и има ниво битног услова несметаног рада државних органа и органа децентрализованих територијалних заједница. Отуда, остваривање појединачних (и групних) интереса са гледишта јавног интереса, који, истовремено, усмерава и ограничава њихово задовољење.

Правни режим којем су подвргнуте управне ствари – почев од одређивања надлежности за решавање у управном поступку и започињања тога поступка, преко управне контроле и извршења, укључујући, на крају, и одговарајућу судску заштиту – подешен је да испуни, у првом реду, ту сврху. Разуме се, јавни интерес добија свој објективизирани, законски израз.⁸⁶⁰

⁸⁵⁸ П. Димитријевић, стр. 238. Упоредити: И. Крбек, В. Иванчевић, И. Борковић. Н према: исто.

⁸⁵⁹ Зоран Томић, стр. 272.

⁸⁶⁰ Исто.

На крају овог приказа основних обележја управног акта, упркос сложености овог појма и различитим схватањима његове правне природе, (како Томић примећује: „свесни релативности [...] универзалне дефиниције управног акта“), резимираћемо теоријска настојања да се управни акт дефинише и уобличи као целовити институт управног права, и са две, по нашем мишљењу довољно теоријски аргументоване дефиниције, које квантитативно и квалитативно одговарају потребама овог рада. Прва, укратко, али језгровито обухвата најважније елементе управног акта. „Управни акт је најчешће појединачна правна, ауторитативна одлука, издата од стране органа државне управе, из оквира његове надлежности.“⁸⁶¹ Ипак, друга дефиниција по нашем мишљењу целовито обухвата и материјалне и формалне карактеристике управног акта, одређујући га као: конкретан „правни акт којим се по правилу, прецизирањем примарне диспозиције „ауторитативно“ одлучује о правима, обавезама и правним интересима одређених (или одредивих) физичких или правних лица у принципијелно неспорним правним ситуацијама – управним стварима од стране органа државне управе и других овлашћених државних органа и тела или недржавних колективитета којим су поверена јавна (управна) овлашћења.“⁸⁶²

4. Управни уговор - двострани однос између уговорних субјеката

Како је већ истакнуто у уводном делу рада у другој половини XIX и почетком XX века дошло је до проширивања улоге државе у друштву и повећања њених активности. Јавили су се нови облици активности државе који нису имали ауторитативни карактер и путем којих није остваривана функција вршења власти. Сходно промењеној улози државе и њених органа управе долази до потискивања термина управна функција термином управна делатност. Савремено схватање управне делатности подразумева „свеукупно мноштво разноврсних послова и задатака“ које на основу закона и других правних прописа обавља јавна управа.

⁸⁶¹ Исто, стр. 270; Упоредити: А. Grisel: *Droit administratif suisse*, Paris-Neuchâte, 1970. стр. 91.

⁸⁶² Предраг Димитријевић, стр. 284.

Ипак управа је до данас задржала неке своје класичне функције. То се преваходно односи на функцију доношења управних аката који представља најкарактеристичнију групу послова „ауторитативног“ карактера. На тој основи тј. с обзиром на начин регулисања једног односа, управни акти се разликују од других правних аката који настају сагласношћу воља (методом координације) субјеката правног односа од којих је најзначајнији уговор, без обзира што се међу њима може наћи и сам орган управе. Не могу се сматрати управним актима они акти управе који се доносе на основу једнаке воље, или бар сагласне воље, тј. при чијем доношењу заинтересовани субјекти стоје у равноправној позицији регулишући своје односе тзв. „аутономном“ вољом као партнери у уговорним односима. У овим случајевима не постоји ауторитативно иступање и „заповедање“, већ међусобно споразумевање и координација воља. Акти донети у таквим случајевима не сматрају се управним актима, већ, или обичним правним пословима и то двостраним и вишестраним правним пословима у којима могу учествовати и органи управе или пак актима чији се правни режим разликује од обичних правних послова, тзв. „акти пословања“, управни уговори (француски концепт), односно „двострани управни акти“ (немачки концепт).⁸⁶³

С друге стране управни уговор у свом класичном значењу представља правни акт – средство за обезбеђивање јавних служби, карактеристично за постојање тржишних услова у друштву. Реч је о јавноправним, односно управним уговорима које управа закључује са другим субјектима ради функционисања јавне службе при чему ужива формално привилеговани статус. Реч је о „интерференцији“ ауторитативних и неауторитативних аката у сложеним друштвеним односима, односно у ситуацији када управни акт и уговор делују на исти предмет и тако утичу један на други. Комбинација методе доминације (ауторитативности) и методе координације (неауторитативности), постоји на посебан начин и код закључка о обустављању поступка услед закљученог поравнања.⁸⁶⁴

⁸⁶³ Више: Исто, стр. 279.

⁸⁶⁴ Исто, стр. 290.

Савремена јавна управа поред тога што доноси основне облике појединачних правних акта управе тј. управне акте као акте власти, своју делатност остварује и преко уговора као акта рада органа, али и преко посебних правних аката који се називају управни уговори. Ако се упореде управни акт, уговор и управни уговор, могу да се констатују следеће одређене сличности, али и разлике. Сличности управног акта и управног уговора се огледају у томе што су и један и други у сфери јавног права; учесници управноправног односа у оба случаја су у неједнаком положају јер је јавноправни орган у том односу у надређеном положају. Ипак, за разлику од управног акта код управног уговора су увек присутне две воље, од којих је једна јавноправна, а друга приватноправна и којима се регулишу њихови међусобни односи. То значи да без њиховог међусобног прожимања нема ни управног уговора. Дакле можемо закључити да су две основне карактеристике управног акта које су неспојиве са појмом управног уговора - једностраност и ауторитативност. Једностраност управног акта није квантитативне природе, него садржинске. Управни акт је наметнут од стране његовог доносиоца, а у његовом доношењу не учествује лице на које се тај акт односи. За разлику од управног акта, управни уговор управа не може сама да донесе. Све ово указује да се и поред одређених сличности ради о два различита правна института.⁸⁶⁵

Међутим, у правној теорији присутан је став да управни уговори не постоје као самосталан правни институт и да су они само посебан вид управног акта за које је потребна сарадња адресата. Заступници ове теорије схваћајући управни акт у најширем смислу речи негирају управни уговор као непотребан те уводе у правну теорију тзв. „управне акте са сагласности“, „са сарадњом“, односно „кооперативне управне акте“.⁸⁶⁶ Ови ставови заснивају се на класичном моделу управе као апарата државне власти, који је потпуно надређен грађанима који су поданици државе.⁸⁶⁷

⁸⁶⁵ Више: Ана Павловски-Данева, *Управни договори*, докторска дисертација, Скопје, 2003. год. стр. 37. - 38.

⁸⁶⁶ Исто, стр. 39.

⁸⁶⁷ Традиционални модел државне власти засноване на принуди (сили) настао је у Немачкој крајем XVIII и почетком XIX века, а идејно га је уобличио и применио на управу Георг Јелинек (Georg Jellinek).

Заступници ове теорије занемарују суштинску разлику између иницијативе или сагласности странке за доношење акта, која се среће код управних аката и двострано одређивање садржине акта што је карактеристика управних уговора. Сагласност воља никако није у истој равни са вољом доносиоца акта.⁸⁶⁸ Очигледно је да заступници концепта негирања управних уговора упадају у замку нелогичности и контрадикторности сопствених премиса. Наиме, штитећи „светост“ управног акта увођењем у теорију управног права појма „двостраних управних аката“⁸⁶⁹ они посредно негирају „ауторитативност“ и „једностраност“ као основна обележја управног акта.

ГЛАВА ПЕТА

ПОЈАМ, ОБЕЛЕЖЈА И ВРСТЕ УПРАВНИХ УГОВОРА

1. Проблем теоријске генерализације појмова управног уговора

У управној теорији не постоји опште прихваћена дефиниција управног уговора. Да би се пронашли заједнички елементи у обележјима управних уговора који би могли послужити за идентификовање ове врсте јавноправних института, без обзира на све специфичности које карактеришу поједине од њих, неопходно је извршити генерализацију свих оних обележја која су мање-више заједничка за већину правних система у којима се они јављају. Ипак, иако је ово била тежња великог броја теоретичара управног права, који су улагали значајан труд да остваре овај циљ, постигнути резултати нису пратили ова настојања. Намеће се оправдано питање зашто је то тако? Наиме, ради се о комплексном институту који има специфичне карактеристике, другачије од уобичајених особина сличних института како јавног тако

Овај модел је нарочито до изражаја дошао у Совјетском Савезу тридесетих и четрдесетих година XX века, да би га касније прихватиле готово све социјалистичке земље, а данас је у свом изворном значењу углавном напуштен.

⁸⁶⁸ А. П. Данева, исто.

⁸⁶⁹ Е. С. S. Wade, А. W. Bradley, *Constitutional and administrative law*, 10. изд. London - New York, 1985. стр. 687. Н. према П. Димитријевић. стр. 315.

и приватног права. Задатак је тим тежи, што постоје значајне разлике у француском и немачком праву, као најважнијим правним системима од којих је управни уговор преузет у правне системе многих земаља. Те разлике и специфичности у неким сегментима овог института представљају и потпуно супротна решења, тако да је врло тешко одедити опште принципе и обележја који су опште прихватљиви.

Постојали су и даље су наравно, присутна настојања да се изврши генерализација појмова управног уговора у циљу изградње теорије управног уговора. У томе се највише одмакло у француском праву, међутим франуски модел као најзначајнији узор за већину правних система је, као што је наведено различит од немачког система гдје овај облик јавноправног института има потпуно другу форму, а делом и суштину. У покушају да на основу анализе која се односи на место и улогу управних уговора у упоредном праву, различите моделе у појединим правним системима и других сазнања до којих смо дошли и које смо изложили у претходним поглављима, у овом поглављу, ћемо настојати заокружити најважније општеприхваћене ставове правне теорије у погледу дефиниција, карактеристика и врста управних уговора, уз неопходно уважавање разлика и специфичности појединих модела овог института.

2. Појам управног уговора

Данас је институт управног уговора познат у већем броју развијених, пре свега европских континенталних земаља. У правној теорији постоји апсолутна сагласност кад је у питању огроман значај француског управног система, правне теорије и праксе као родоначелника овог института. При анализирању управног уговора у Француској, истакнуто је да је овај институт настао, развијао се и достигао своју пуну афирмацију пре свега захваљујући дугогодишњој пракси Државног савета (*Conseil d'Etat*) који је успио да својим одлукама да немерљив допринос развоју управног уговора као инструмента специфичне управне делатности која се не заснива на функцији управе као носиоца власти, него на споразумном односу јавне управе и привредних субјеката.

Ипак, у правној теорији постоје супростављени ставови о правној природи управних уговора, његовим особинама и садржају, што значајно отежава његово дефинисање. Осим тога, нарочито у раном периоду настанка и развоја управног уговора

у француској, многи теоретичари су оспоравали и само његово постојање. Међутим, као што је наведено, овај уговор је у међувремену достигао своју пуну афирмацију и општеприхваћен је у француској правној теорији, пракси и законодавству. Поред француског модела управног уговора, као првог и најзаступљенијег у већини земаља које га познају, своје место у правној теорији и пракси, после дугог временског периода неприхватања и оспоравања, заузео је и немачки управни уговор.

Како су пак, француски и немачки модел управног уговора, као доминантни у данашњем праву, послужили као узор за његово увођење у друге правне системе, упоређујући њихове основне елементе као и теоријске ставове и практичну примену, можемо доћи до прецизнијег дефинисања управног уговора, који би довољно генерализовао основне појмове о управном уговору не угрожавајући специфичности изворних модела. Пре тога, биће укратко наведени неки од ставова истакнутијих домаћих и страних теоретичара о појму управног уговора ради илустрације сложености дефинисања општег појма управног уговора. У поглављу о управним уговорима у француском и немачком праву, детаљно су анализирани теоријски ставови и примери из праксе, па ће у овом делу бити наведене и најважније карактеристике оба теоријска концепта ради њиховог међусобног поређења.

Једна од дефиниција управног уговора овај институт одређује као правни посао који држава или друго јавноправно тело закључује с трећим лицима, физичким или правним, који је усмерен на постизање одређеног циља за који постоји шири друштвени интерес и то под условима који су предвиђени посебним правилима.⁸⁷⁰ Ради се о специфичном акту којим се обезбеђује функционисање јавних служби, карактеристично за постојање тржишних услова у друштву.

Управни уговор се дефинише и као појединачан конститутивни правни акт који закључује орган управе и странка у остварењу јавног интереса. При том се он разликује од управног акта, али и облигационог уговора, иако често има форму типских уговора. Управни уговор по својим унутрашњим структуралним елементима има

⁸⁷⁰ Б. Љубановић, *Управни уговори* [...] стр. 38.

одређене особине приватноправних уговора, али је он уговор посебног типа - јавноправни уговор, а по својој функционалној страни је конститутивни појединачни правни акт којим се поступа у управним стварима.⁸⁷¹

Постоји и становиште да су управни уговори двострани правни акти које закључује држава, односно друго јавноправно тело, са појединцем или правним лицем, а у циљу обезбеђивања функционисања јавне службе или вршења снабдевања органа односно организације потребним предметима.⁸⁷²

Гастон Жез, нарочито развија тезу о постојању разлике између управних и грађанских уговора, наглашавајући да дејства управних уговора нису иста као и дејства грађанских уговора. Јавне потребе су оне „потребе општег интереса“ које су управљачи у датом времену одлучили да задовоље у посебој форми, форми јавне службе.

Француски теоретичар *Андре Лобадер* најпре констатује да појам уговора представља јединствени појам, па према томе уговор у управном праву и грађанском праву представља сагласност воља које стварају субјективне правне ситуације, али ипак истиче да је правни режим управних уговора у основи аутономан.⁸⁷³ Он дакле сматра да је за одређивање појма јавне службе пресудан општи интерес, али при том истиче и да није јавна служба свака делатност коју врши управа.⁸⁷⁴

⁸⁷¹ П. Димитријевић, стр. 277. и 283.

⁸⁷² Више: Драгољуб Кавран, *Управни уговори, обележја, врсте и развој*, Правни живот, бр. 11. - 12. 1993. стр. 2015; Иво Крбек, *Основи управног права* ФНРЈ, Загреб, 1957. стр. 382; Овде је приметно да се у првом случају говори о уговору који се закључују ради вршења јавне службе, што уз постојање других неопходних елемената представља услов за настанак управног уговора, док се у другом случају ради о уговору о набавци одређених средстава за рад јавноправног органа, што упућује на уговор између јавног и приватног субјекта као добављача, који нема карактер управног уговора, него приватноправног уговора.

⁸⁷³ С. Поповић. стр. 2165. – 2166.

⁸⁷⁴ Више: Д. Миленковић: *Управни уговори* [...] 2014. стр. 20. и 21.

Ауби дефинише управни уговор као уговор склопљен у име једног или више јавних субјеката, а према режиму јавног права.⁸⁷⁵

Неки аутори сматрају да су према француској теорији управног права, управни уговори мешовити правни акти (једностранни и двостранни), јер садрже и уговорене одредбе, али и одредбе које представљају израз воље јавне власти, која их може и након склапања уговора мењати, чиме задржава надзор над обављањем јавне службе или извођењем јавних радова. Наглашавају се значајна права јавноправних тела код управних уговора, као што су право усмеравања и надзора, право изрицања санкције, право једностранне промене одредби из уговора (ограничено право) и право једностраног раскида уговора.⁸⁷⁶

Међутим, и у француској правној теорији се разликују ставови у вези самог постојања управног уговора.⁸⁷⁷ Ипак, преовлађује мишљење да, изузев Дигија, највећи број аутора у Француској стоји на становишту да несумњиво постоји институт управног уговора.

Дакле, приликом анализе теорије и праксе француског модела управног уговора узимајући у обзир најбитније особине управног уговора, дефинисани су критеријуми француске управносудске праксе за његово одређење:

- Критеријум странака (*les parties au contract*), према ком једна од странака у управном уговору мора бити правно лице јавног права;⁸⁷⁸

⁸⁷⁵ J. M. Auby, *Droit administratif special*, [...] 1966. стр. 28.

⁸⁷⁶ Р. Пирнат, *Управни уговор* [...] стр. 113. и 114. Н. према: М. Шикић и др. стр. 426.

⁸⁷⁷ Наиме, занимљиво је да је оснивач теорије јавних служби, које су окосница појма управног уговора у француском праву Леон Диги (*León Deguit*), био противник постојања и теорије о постојању управног уговора. Он је сматрао да постоје уговори које закључује држава и акти које доноси држава, и да уговоре које закључује држава не треба разликовати од уговора које закључују приватни субјекти у праву. Ово мишљење се заснива на схватању уговора као правне категорије, те ставу да, ако постоје елементи уговора који га чине онда постоји и уговор независно од субјеката између којих се закључује.

⁸⁷⁸ N. Brown, J. S. Bell, *French Administrative Law* [...] стр. 206. Н. према Б. Љубановић, стр. 43. - 44.

- Критеријум циља (*l'objet même du contract*), по коме је управни уговор онај чији је објект везан уз обављање јавне службе, односно онај којим појединац добија право и дужност непосредног обављања јавне службе;⁸⁷⁹
- Критеријум посебних овлашћења (*les clauses exorbitantes du droit commun*) или тзв. дерогативна клаузула (*clauses dérogatoires*). По овом критерију (клаузули) странке прихватају уговором предвиђена одступања од општег права. Јавноправном телу дају се посебна, већа овлашћења (нпр. да једнострано мења одредбе уговора), јер то више погодује остварењу ширег друштвеног интереса.

У немачком праву, нарочито под утицајем учења оснивача немачке управне теорије *Ото Мајера*, управни уговор дуго година није био прихваћен као правни институт. Мајер је као противник управних уговора заступао критички став према овом институту сматрајући га неприхватљивим за немачко право. Ипак, у делу правне теорије постоји мишљење да он не одбацује управни уговор у потпуности већ сматра да се управни уговори могу закључити само између два јавноправна лица, и то ако нису у односу субординације једно према другом.⁸⁸⁰

И други немачки теоретичари, су имали резерве према овом институту. Ове резерве се односе на: правну природу управног уговора (при чему се сматра да се ради о категорији приватног права); прихватање става да држава са својим грађаним „не пактира“; непостојање слободе уговарања; став да би његовим прихватањем долазило до преклапања правних инструмената јер његову функцију већ уређује управни акт и друго. Тако је *Ернст Форстхоф* критиковао увођење управних уговора у позитивно немачко право, наводећи да између осталог тај уговор вређа начело једнакости и меша јавно и приватно право.⁸⁸¹

Ипак, временом, трансформацијом управе и „социјализацијом“ делатности јавне управе, управни уговор се све више афирмисао као неизбежни инструмент јавног права,

⁸⁷⁹ Исто, стр. 44.

⁸⁸⁰ С. Поповић, *Управно право – Студије и чланци*, стр. 148.

⁸⁸¹ М. Петровић, М. Прица, 2014. стр. 233.

нарочито у савременим условима, када деловање јавне управе поприма потпуно другачији облик, те уместо функције вршења власти преовладавају уговорни облици сарадње јавне управе са грађанима, односно приватним субјектима. Тако да и поред дугог опирања немачке правне теорије и праксе, прихватање нових теоријских концепција и модела јавне управе, довело је до увођења овог института и у немачко позитивно право. Дакле, специфична природа овог уговора примарно је одређена самом специфичношћу његовог предмета, који се фактички одређује на основу садржине самог уговора. Овај уговор постоји уколико се конкретним уговором заснивају и преузимају права и обавезе јавноправног карактера.⁸⁸²

Јелинек прихвата управни уговор, али га сматра двостраним управним актом који може да производи дејство само ако постоји потпуна сагласност између уговорних страна, при чему је прихватање уговора од стране супротног саговорача неопходан услов за важење и законитост уговора. Ипак, други немачки аутори говоре о управним уговорима као актима који омогућавају јавноправним телима ступање у правне односе и на други начин, а не само путем управног акта. Наглашавају јавноправни карактер управних уговора и јурисдикцију управних судова у случајевима спорова из тих уговора. Овим се указује на важну разлику између приватноправних уговора и јавноправних (управних) уговора.⁸⁸³ Према немачкој правној теорији, управни уговор увек ствара, мења или укида правни однос „у подручју јавног права“, док други уговори имају једнаке учинке, али у сфери приватног права. Према томе, ако се правни однос који уговор ствара, мења или укида налази у подручју јавног права, уговор ће према правној природи бити управни уговор.⁸⁸⁴

⁸⁸² § 54. *VwVfG*, је дефинисан позитивно-правни појам јавноправног уговора у немачком праву, као посебна врста уговора, којим се стварају, мењају или укидају јавноправни односи.

⁸⁸³ Б. Љубановић, стр. 45.

⁸⁸⁴ Klaus Lange, *Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1983. стр. 313. и 322. те Singh, *op. cit.*, стр. 94. – 95. н. према: Д. Авини, *Посебности управних [...]* стр. 354.

Немачко право не одређује прецизно уговорне стране, па се у теорији то тумачи на начин и да обе стране уговорнице могу бити приватноправни субјекти. Ипак, посматрајући у целини позитивно законско регулисање овог института, закључује се да је законодавац ипак имао у виду да једна уговорна страна мора бити јавноправно тело.⁸⁸⁵

Међутим, као што је већ наведено, иако немачка правна теорија и законодавство познају институт управних уговора, њен правни систем не користи овај појам него појам „јавноправни уговор“. Обележје ових уговора је да су у потпуности подложни правном режиму јавног права. При томе правна правила, судска пракса, те општа начела приватног права, на ове уговоре се примењују само супсидијарно.⁸⁸⁶

Као најважније карактеристике немачког управног уговора можемо истаћи следеће: а) уговор је регулисан је прописима управног права; б) предмет уговора је регулисање управноправних односа; в) њиме се заснивају управноправна овлашћења и обавезе; г) једна страна уговорница је субјекат јавне власти.⁸⁸⁷

За спорове у вези управних уговора у немачком праву надлежни су специјализовани управни судови. И док француски модел управног уговора има потпуно изграђен, посебан правни режим то није случај са управним уговором у Немачкој. Иако је правни оквир немачког управног уговора дефинисан управним законодавством, оно није у целини регулисало овај институт, те врло често због недостатка одговарајућих норми, упућује на одредбе Грађанског законика (*BGB*), што значајно девалвира посебност правног режима управног уговора.

Када се узму у обзир наведени модели управног уговора, можемо закључити да постоје сличности, али и значајне разлике између њих, па самим тим и основних елемената за њихово дефинисање. У наредној табели наведене су сличности и разлике између француског и немачког управног уговора.

⁸⁸⁵ З. Томић, *Правна природа* [...] 1993. н. према: М. Костић, стр. 61.

⁸⁸⁶ Д. Авиани, стр. 354.

⁸⁸⁷ R. Kopp, *VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz - Kommentar* [...] Н. према: М. Костић, стр. 63.

Табела бр. 5. Однос управног уговора у француском и немачком праву

Опис/особине	Управни уговори у Француској	Управни уговори у Немачкој
Одлучујући критеријуми за дефинисање упр. уговора	<ul style="list-style-type: none"> • странака, • посебних овлашћења, • циља (обављање јавне службе),	<ul style="list-style-type: none"> • Предмет (стварање, мењање или укидање правног односа у подручју јавног права),
Најважнији извор настанка управног уговора	Пракса управних судова	Закон
Закључењу уговора претходи поступак јавног конкурса	Да	Да
Једна уговорне страна – јавноправни субјект	Да	Да
Правни положај уговорних страна	Предност јавноправног субјекта	Равноправност или субординација
Уговор замењује доношење управног акта	Не	Да
Примена одредаба Грађанског законика	Није допуштена	Допуштена
Надлежност за решавање спорова	Управни суд	Управни суд

Дакле, сличност управних уговора у француском и немачком праву манифестује се у томе је што је и за један и други модел карактеристично да је једна од уговорних страна обавезно јавноправни субјект. Такође, карактеристика оба уговора је повлашћен положај јавноправног субјекта, с тим што је то у француском праву апсолутно правило, за разлику од немачког права које има одређених одступања.

Оба модела користе прописе управног права, али док је у Француском праву потпуно заокружен посебан правни режим управног уговора, супсидијарна употреба одредаба Грађанског законика у Немачкој је правило. У оба правна система за решавање спорова у вези управних уговора надлежни су управни судови. Осим тога основни циљ француског управног уговора је остварење јавног интереса и вршење јавне службе, док немачки управни уговор карактерише пре свега његов предмет којим се ствара, мења или укида правни однос у подручју јавног права. У немачком законодавству приликом закључења јавних уговора они морају бити у складу са јавним интересом, али јавни интерес није посебно истакнут као код управних уговора у француском праву.

На крају након анализе основних обележја управног уговора ова два најдоминантнија модела и њихових заједничких карактеристика, мишљења смо да иако на први поглед постоје непремостиве разлике између њих, постоји довољно елемената да се могу дефинисати неки општи елементи управног уговора. Сматрамо да повећаном применом управног уговора последњих децеснија нарочито у Немачкој долази до неминовног прихватања одређених ставова, преко двесто година провереног француском система управних уговора, али и прилагођавања француског модела новим околностима насталим даљом модернизацијом јавне управе и њеног све већег повезивања са приватном сфером кроз нове облике уговарања као што су јавно-приватна партнерства и други видови заједничког деловања јавног и приватног сектора. Другим речима сматрамо да се сукоб између ове две концепције управног уговора превазилази и да ће неминовно у будућности да се смањује јаз између њих. У наставку следи анализа и других карактеристика управног уговора након које треба да се искристалишу неки општи заједнички елементи управног уговора, на основу којих ће бити дата једна општа дефиниције овог института.

3. Правна природа управног уговора

Већ је истакнуто да су у управној теорији присутна два супростављена схватања правне природе управних уговора. По једном управни уговор је увек само уговор, било као обичан грађанско-правни уговор, или као специфичан правни институт за којег важи специфичан правни режим јавног права који га издваја из категорије обичних грађанскоправних уговора. Према другом схватању правне природе управног уговора, то и није уговор, већ управни акт чији је услов пуноважности пристанак странке.⁸⁸⁸ Тако су француски управни уговори израз тенденције да се јавна управа не служи искључиво управним актом, али ни класичним приватноправним уговором. Они су заправо „средњи пут“, јер осигуравају одређену субординацију јавноправног тела, али не на тако изричит једностран и ауторитативан начин као у случају управног акта.⁸⁸⁹

⁸⁸⁸ Д. Миленковић, стр. 41.

⁸⁸⁹ Б. Љубановић, *Управни уговори* [...] стр. 45.

Такође је потврђено да у немачком праву управни уговор није био прихваћен све до последњих деценија прошлог века, већ се третирао као управни акт нарочите врсте, управни акт који подразумева сарадњу адресата.⁸⁹⁰ У међувремену је ово схватање превазиђено.

Сматрамо, а то је став и савремене правне теорије, да управне уговоре одређује неколико основних обележја, који се односе на: субјекте уговора, циљ уговора, дерогативност одредаба, посебан поступак, посебни услови за закључење управних уговора и реализацију права и обавеза уговорних страна и др.

Према ставовима дела теорије у складу са принципима класичне теорије о управном уговору, за квалификовање неког уговора као управног неопходно је да он има одређене карактеристике које се односе на: 1) субјекте, 2) циљ и сврху због којег се уговор закључује и/или 3) посебна правила која вреде при закључивању и извршавању ових уговора.⁸⁹¹

Према француском управном праву, циљ закључења ових уговора превасходно је везан за обезбеђење функционисања одређене јавне службе, као што је: набавка одређених добара, извођење радова, услуга, уступање јавне службе (концесионирана јавна служба), и сл. У немачком управном праву јавноправни (управноправни) уговор је, дефинисан је као посебна врста уговора, којим се стварају, мењају или укидају јавноправни односи.⁸⁹² Дакле, специфична природа овог уговора примарно је одређена самом специфичношћу његовог предмета, који се фактички одређује на основу садржине самог уговора. Овај уговор постоји уколико се конкретним уговором заснивају и преузимају права и обавезе јавноправног карактера. Ипак, правну природу немачког управног уговора уоквирују његове опште карактеристике: да је регулисан прописима управног права; да је предмет уговора регулисање управноправних односа;

⁸⁹⁰ С. Лилић, Д. Миленковић, *Јавне службе* [...] 1999. стр. 116.

⁸⁹¹ Упоредити: И: Борковић, *Управни уговори* [...] 1993. стр. 417. Н. према: Д. Ђерђа, *Уговор о концесији* [...] стр. 111.

⁸⁹² § 54. *VwVfG*.

да се њиме заснивају управноправна овлашћења и обавезе; да је једна страна уговорница субјекат јавне власти.

Након разматрања различитих ставова у вези правне природе управних уговора, приклањамо се мишљењу оних теоретичара који су на становишту да управни уговор не мора нужно да буде само уговор којим се обезбеђује вршење јавне службе, већ и сваки други уговор закључен између јавноправног и приватноправног лица у коме, због остварења ширег друштвеног интереса, (сматрамо, искључиво јавног интереса), јавноправно лице као уговорна страна има посебна овлашћења. Оно у овом уговорном односу у односу на другу уговорну страну има јачу правну позицију, иступа са „јачом вољом“ (*clauses exorbitantes*), без обзира да ли се на овај начин обезбеђује вршење јавне службе или не.⁸⁹³

Уколико бисмо прихватили концепт управних уговора који се своди стриктно на примену управних уговора као инструмента за вршење јавних служби, а да игноришемо друге облике управног уговора, значајно би осиромашили управну теорију и праксу јер се проширењем друштвене функције управе значајно проширио круг могућих делатности јавне управе у којима се може са успехом применити управно уговарање као облик сарадње, посебно између јавног и приватног сектора. Стога нема разлога да позитивно законодавство не дефинише опште критеријуме по којима се неки уговор или споразум може сматрати управним уговором. У недостатку одговарајуће правне регулативе, ово питање може да се решава кроз праксу органа управе и судску праксу у чију надлежност улази решавање питања у вези управних уговора.

4. Јавни интерес као основни циљ управног уговора

Концепт управног уговора у француском праву као изворном, заснива се првенствено на вршењу јавне службе. Овакав значај јавне службе је општеприхваћен у теорији о јавним уговорима. „Иако управни уговори личе на уобичајене грађанско-правне послове између приватних лица, код њих постоји један специфичан елемент

⁸⁹³ Упореди: Д. Миленковић, стр. 41.

који се испољава у томе да се управни уговори закључују између јавне управе и појединца или правних лица са циљем ваљаног функционисања јавне службе.⁸⁹⁴

Уважавајући значај јавне службе, као несумљиво базног чиниоца управног уговора у његовом изворном концепту, сматрамо ипак, да је незабилазан и један други елемент, *јавни интерес*, подлога чак и јавној служби, који у данашње време заузима кључну улогу у дефинисању управног уговора и у оним правним системима који нису преузели француски модел. Јавни интерес се често мења са сличним појмовима, па је потребно његово значење разграничити у односу на друге појмове који дефинишу сличне категорије.

Димитријевић тако истиче да треба разликовати јавни интерес као правну категорију од општег интереса, који је појмовно више социолошког карактера, као и од државног интереса као једног његовог дела. Док је јавни интерес ужи од општег интереса и чини његов саставни део, само конкретан облик, дотле је државни интерес део јавног интереса који се у том државном интересу остварује, али се у њему не исцрпљује, будући да јавни интерес реализују и недржавни јавноправни колективитети. Аутор закључује да „јавни интерес представља друштвену вредност која је антипод приватним интересима, али не и супротан са њима, већ треба да их обухвати и настоји да их задовољи“.⁸⁹⁵

Томић посебно наглашава значај јавног интереса тако што истиче: „[...] Јавни интерес је таква друштвена вредност коју држава сматра особито важном, па настоји да је на сваки начин (укључујући и правно нормирану претњу силом, а и саму принуду) постигне и заштити.“⁸⁹⁶ Он даље наводи: „Јавни интерес је начелно суштинска потреба једне целине, својом важношћу надређена појединачним интересима грађана и

⁸⁹⁴ П. Димитријевић, стр. 277.

⁸⁹⁵ Предраг Димитријевић: *Јавни интерес и креативности управне функције*, „Стварање права“, Трећи скуп Југословенског удружења за теорију, филозофију и социологију права, Милочер, 24. - 25. октобар 1999. Београд, 2000.

⁸⁹⁶ З. Томић, *Управно право*[...] стр. 272.

организација. Она је неопходно уткана у остваривање зајамчених права грађана и њихових колективитета. Такође, јавни интерес је друго име за незаобилазну претпоставку редовног одвијања друштвеног живота на одређеној територији, или/и има ниво битног услова несметаног рада државних органа и органа децентрализованих територијалних заједница. Отуда остварење појединачних и групних интереса не сме да буде у супротности са јавним интересом. Уже потребе се оцењују са гледишта јавног интереса, који истовремено, усмерава и ограничава њихово задовољење.⁸⁹⁷

Дакле, можемо закључити да јавна управа своју целокупну делатност обавља са најважнијим задатком - остварења јавног интереса. То је случај и са управним уговорима као једним од института путем кога јавна управа остварује своју улогу. Јавна управа, управни уговор закључује у јавном интересу, што га разликује од грађанскоправних уговора који се закључују у интересу уговорних страна. Јавни интерес је полазни кључни елемент који мора бити заступљен и у свим фазама управног уговора, како при његовом закључењу, тако и при његовој реализацији, па и раскиду. Важност утврђивања јавног интереса приказаћемо на примеру поступка доделе концесије за изградњу и одржавање аутопута, који је у већини правних система који познају управни уговор прихваћен као такав.

Оквир бр. 28. Пример утврђивања јавног интереса код концесије за изградњу аутопута

Када влада једне земље ради побољшања путне инфраструктуре разматра изградњу аутопута, она ће пре свега преко надлежних министарстава ангажовати експерте за ову област како би утврдила оправданост оваквог пројекта, (израда студије оправданости, утицаја на животну околину, могућност и начин финансирања, и др.). Другим речима, држава на овај начин утврђује постојање јавног интереса да се аутопут гради. Уколико се покаже да је ова инвестиција оправдана и утврди да је, нпр. давање концесије најоптималнији начин реализације пројекта, влада ће покренути иницијативу за доделу концесије. Полазни документ који претходи процедури јавног позива за достављање понуда за закључење уговора о концесији је одлука о утврђивању јавног интереса. Тек након тога се приступа провођењу процедуре јавног позива за понуду за закључење управног уговора. У току реализације уговора јавна управа води рачуна о остварењу најважнијег циља уговора - јавног интереса, кроз контролу

⁸⁹⁷ Исто.

*реализације уговорних обавеза, цене путарине и квалитета услуге одржавања аутопута и друго. Јавна управа је овлашћена и на измену појединих одредаба уговора па чак и на једностран раскид управног уговора искључиво уколико то захтева јавни интерес.*⁸⁹⁸

Прихватајући став да је јавни интерес у управном уговору антипод приватном интересу у грађанским уговорима, подвлачимо да јавни интерес представља услов за настанак и опстанак управног уговора. Наиме, и код код управних уговора које управа закључује са приватноправним субјектом је свакако присутан приватни интерес, а то је остварење добити. Међутим, приватни интерес је подређен јавном интересу, што се манифестује у посебним овлашћењима јавноправне стране у управном уговору која она има управо ради заштите и остварења јавног интереса.

5. Специфичност поступка закључења управног уговора

У вези са настајањем управних уговора у француском праву, истиче се да то подразумева сложени поступак у оквиру кога поједини елементи имају карактер једностраности. Такође, често је потребно претходно спровести одређени поступак у вези са одређивањем извођача или утврђивањем цене. То су углавном конкурс или јавно надметање и непосредна погодба.⁸⁹⁹

Настанак јавнопоправног уговора у немачком праву сличан је настанку приватноправног уговора - изјавама сагласних воља, тако што је једна уговорна страна прихватила понуду (предлог) од друге уговорне стране. Општа правила приватног права у вези са сагласношћу, воља примењују се и на јавноправне уговоре. Сагласност воља у уговорима приватног права се може дати без посебне форме, што није случај са

⁸⁹⁸ Овде је због самог циља рада и ограничености његовог обима, приказана поједностављена процедура која је иначе код оваквих капиталних пројеката због њиховог значаја и велике финансијске вредности врло сложена, а претходи јој најчешће израда и усвајање просторног плана за територију државе и других стратешких докумената који уобичајено припрема влада, а усваја представничко тело (парламент).

⁸⁹⁹ С. Поповић, *О потреби увођења института [...]* стр. 527.

јавноправним уговорима за које закон изричито захтева писмену форму, осим ако правним прописом није предвиђено другачије.⁹⁰⁰ У недостатку управноправног прописа који би прецизније одредио шта подразумева писмена форма управног уговора, на ово питање се сходно примењују одговарајуће одредбе *BGB*.⁹⁰¹

VwVfG предвиђа да јавноправни уговор настаје у управном поступку, а странке које га закључују морају имати страначку и пословну способност, као и код приватних уговора.

Понуда и прихват понуде уговорних страна представљају јавноправне изјаве воље.⁹⁰² У недостатку одредаба *VwVfG* које би регулисале питање понуде и прихвата понуде, те отвореним и скривеним недостацима сагласности, сходно се примењују одредбе *BGB*.⁹⁰³

6. Уговорне стране код управног уговора

Један од критеријума у француском праву за одређивање да ли је један уговор управни уговор или не, је „критеријум странака“ (*les parties au contract*).⁹⁰⁴ Према том критеријуму једна од странака у управном уговору мора бити правно лице јавног права, односно јавноправно тело, уз могућност да се и уговор склопљен између два

⁹⁰⁰ § 59. *VwVfG*.

⁹⁰¹ § 126. *BGB* регулише да уговор да би био пуноважан мора бити потписан од обе уговорне стране, или сачињен у виду нотарске исправе, протоколисан од стране управног суда или сачињен у електронској форми. По нама би сагласност уговорних страна у електронској форми требало да буде прецизно дефинисана, ради предупређења евентуалних спорова. Прецизније дефинисање облика изјаве сагласности у електронској форми, питање електронског потписа код јавноправних уговора и сл. би отклонило недоумице и несигурности у погледу праве воље уговорних страна (*прим. аут.*).

⁹⁰² §§ 116. - 144. *BGB*, регулишу приватноправне изјаве воље, те се сходно примењују и на јавноправне изјаве воље. Побијања властите изјаве због разлога предвиђених законом, (због заблуде, преваре, под претњом) може за резултат имати ништавост побијане изјаве, што би за последицу имало и ништавост управног уговора.

⁹⁰³ §§ 145. - 157. *BGB*.

⁹⁰⁴ Neville Brown, стр. 206. Н. према Б. Љубановић, стр. 43. - 44.

приватноправна (физичка лица) сматра управним уговором, али само изузетно, када једно од њих делује у оквиру заступништва сагласно грађанском праву.

У интересу јавне службе јавна управа у уговорном односу има значајна овлашћења која јој дају надређен положај у односу на другог субјекта управног уговора. Већ у поступку који претходи закључењу управног уговора јавна управа одређује услове уговорног односа на које друга уговорна страна најчешће нема утицаја. Врло често овакви уговори имају елементе адхезионог уговора (уговора по приступу) у коме једна уговорна страна диктира услове, а друга има избор да их у целини прихвати или да одустане од закључења уговора.⁹⁰⁵

Међутим, сматрамо да је потребно осврнути се на став судске праксе да се и уговор закључен између физичких лица може сматрати за управни, када једно од њих делује у оквиру заступништва сагласно грађанском праву. У делу у ком је апострофирано француско право, у складу са управноправном праксом и достигнутим високим степеном одговорности француске јавне управе констатовали смо да је ова могућност само изузетно прихватљива. С друге стране, управо ради заштите јавног интереса, овај модел није нашао плодно тле у правним системима других држава. Истакнуто је при томе да приватна лица нису довољно заинтересована за заштиту јавног интереса, јер је њима приоритет остварење профита.

С друге стране, многобројна су овлашћења јавног субјекта у односу на приватног у управном уговору, нарочито у поступку извршења и раскида уговора. Ипак и приватно лице има одређена права, као што је загарантовано право на обезбеђење финансијске равнотеже и накнаде штете у случају раскида уговора без кривице приватноправног субјекта. Повлашћен положај јавноправног тела у односу на приватноправног субјекта управног уговора, заснива се на циљу управног уговора.

⁹⁰⁵ Сматрамо да се ово правило не може узети као апсолутно. Нпр. кад се ради о иницијативи приватног субјекта као заинтересоване стране који покреће иницијативу за закључење уговора о концесији. У том случају то лице у свом захтеву и пратећој документацији предлаже и неке од елемената који ће бити саставни део управног уговора (*прим. аут.*).

Наиме, управни уговор се закључује пре свега ради јавног интереса, за разлику од приватноправног уговора који за циљ има приватне интересе уговорних страна. Јавни интерес се ставља испред појединачног и отуда доминантнији положај јавноправног субјекта који тај интерес заступа.

Неки теоретичари сматрају да ни *Ото Мајер* као највећи критичар управних уговора не одбацује управни уговор у потпуности, сматрајући, да се управни уговори могу закључити само између два јавноправна лица, и то ако нису у односу субординације једно према другом.⁹⁰⁶

Форстхоф противник управних уговора истиче да је јавноправним и приватноправним уговорима заједничка координација уговорних страна и сматра да се може признати карактер јавноправног уговора на кога се примењују правила јавног, а не приватног права, без обзира ко су партнери у таквом уговору.⁹⁰⁷ *Јелинек* прихвата управни уговор, али га сматра двостраним управним актом који може да производи дејство само ако постоји потпуна сагласност између уговорних страна, при чему је прихватање уговора од стране супротног саговорача неопходан услов за важење и законитост уговора. Немачко право не одређује прецизно уговорне стране, па се у теорији наводи да се то може тумачити на начин и да обе стране уговорнице могу бити приватноправни субјекти. Ипак, посматрајући у целини позитивно законско регулисање овог института, у теорији је преовладао став да је законодавац ипак имао у виду да једна уговорна страна треба бити јавноправно тело.⁹⁰⁸

Управни акт представља једностран облик делатности управе која се манифестује у једностраном одлучивању у конкретном случају. За разлику од њега управноправни однос заснован на управном уговору настаје сагласношћу две воље или више воља.

⁹⁰⁶ С. Поповић, *Управно право – Студије и чланци*, стр. 148.

⁹⁰⁷ Више: С. Поповић, *О потреби увођења института [...]* стр. 530. - 531; С. Поповић, *Управно право – Студије и чланци*, стр. 148. - 150.

⁹⁰⁸ З. Томић, *Правна природа [...]* 1993. Н. према: М. Костић, стр. 61

VwVfG изричито не предвиђа услове које треба да испуњавају уговорне стране за закључење управног уговора, али како јавноправни уговор настаје у управном поступку⁹⁰⁹ где странке морају имати страначку способност, и за закључење јавноправног уговора је неопходна страначка способност за уговорне стране. Такође уговорне стране морају имати и пословну способност, а могу заључити уговор као физичко лице непосредно или путем пуномоћника, а као правна лица путем законских заступника или преко посебних опуномоћеника.

Начелно, обавезе су личне природе, па се само изузетно могу преносити на друга лица. Једно од карактеристичних права из управног уговора који се склапа између јавног и приватног субјекта, је право на убирање новчане добити по основу реализације уговора, што у ствари представља његову вредносну добит, која је и била мотив заснивања уговорног односа.

7. Правни основ управног уговора

Правни основ (лат. *causa*) је појам који, нарочито у праву, има више значења, као што су: узрок, разлог, повод, побуда.⁹¹⁰ Са становишта уговора, кауза је разлог преузимања уговорне обавезе, односно каузално обећање је узрок правне обавезности уговора. Кауза је *ratio contracti*.⁹¹¹ Став о обавезности каузе преузет је и у позитивно законодавство Србије које регулише допуштен основ као услов ваљаности уговора.⁹¹² Антић као истакнути каузалиста у српској правној теорији једнак став у погледу обавезности правног основа, заузима и кад су у питању јавноправни уговори: „Познато је да се уговори јављају и у материји јавног права [...] и да за њих, у начелу важе правила која важе и за уговоре у приватном, грађанском праву, те се у том случају поставља и проблем каузе у тој правној материји [...].“⁹¹³ Кауза деривира из једног од два основна

⁹⁰⁹ § 9. *VwVfG*.

⁹¹⁰ Више: глава III, ов. дисерт.

⁹¹¹ О. Антић, стр. 223.

⁹¹² Члан 51. ЗОО.

⁹¹³ О. Антић, стр. 246.

начела грађанског права, начела савесности и поштења, па како се основна правила уговорног права, базирају на начелима грађанског права, кауза мора постојати како у уговору приватног, тако и у уговору јавног права.⁹¹⁴ У прилог овом мишљењу иде **пресуда Савезног управног суда Немачке од 18. децембра 1973.** године, којом је суд утврдио да вређа савесност и поштење када једна уговорна страна тражи повраћај своје сопствене чинидбе, а притом задржава противчинидбу.⁹¹⁵

Како је управни уговор само једна врста јавноправних уговора, можемо закључити да је правни основ једнако битан елемент и у управним уговорима. За разлику од неких уговора приватног права који свакако морају имати каузу, али она не мора бити јасно видљива, управни уговори су именовани уговори код којих већ сам назив указује о каквом уговору се ради, који је дакле разлог, циљ, односно правни основ уговорног обвезивања.

Уговори чији би основ био недопуштен, би били ништави. Овакви уговори се елиминишу из правног промета, јер се противе основним начелима уговорног права, као што су савесност и поштење, које је једнако примењиво, како на приватноправне уговоре тако и на управне уговоре. Дакле, можемо закључити да је правни основ (кауза) битан елемент управног уговора.

8. Предмет управног уговора

Правни уговор у француском праву искључиво је везан за вршење јавне службе и јавни интерес, а у немачком праву регулише јавноправне односе, односно права и обавезе јавноправног карактера, па им се и предмет уговора разликује од предмета

⁹¹⁴ Исто, стр. 282.

⁹¹⁵ М. Петровић, М: Прица, стр. 250; У наведеном примеру суд истиче повреду начела савесности и поштења, са којим је кауза уско повезана. Из контекста образложења јасно је да задржавање противчинидбе друге стране, без испуњења сопствене, не би имало основ – каузу (*прим. аут.*). Слично и у пресуди од 6. октобра 1977. Вишег управног суда Северне Рајне Вестфалије, те у пресуди од 13. августа 1981. Вишег управног суда Шлезвиг Холштајна. Н. према: Исто.

уговора приватног права, који се заснива на „легитимном имовинском интересу неког лица“.

Закон о облигационим односима предвиђа да предмет мора бити могућ, допуштен и одређен или одредив.⁹¹⁶ Уколико није испуњен неки од наведених услова уговор је ништав. У правилу је предмет уговора тачно *одређен*.

Предмет код управних уговора такође мора бити тачно одређен или одредив.⁹¹⁷ Овај услов је тим битнији јер се код управних уговора најчешће ради о већим финансијским и материјалним улагањима нарочито код уговора о концесији и јавно-приватном партнерству. Можда и важнији разлог обавезног одређивања предмета управног уговора је основни циљ закључења управног уговора - остварење неког јавног интереса. Закључити управни уговор без јасно одређеног предмета, супроставља се самој његовој сврси.

Предмет уговора мора бити могућ. Могућност, односно немогућност испуњења предмета према критеријуму природне или друштвене немогућности, може бити *материјална*, односно *фактичка* с једне, и *правна*, с друге стране. Како се материјална и фактичка немогућност односе на ирационалне околности дакле на обавезе које су изван домена људских могућности, предмет нашег разматрања ће бити правна немогућност. Правна немогућност се односи на допуштеност односно недопуштеност, односно на све оне случајеве када предмет уговора јесте или није противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.⁹¹⁸ Правна немогућност је много чешћа од других облика немогућности предмета уговора. Недопуштеност предмета односи се пре свега на јавна добра. Ствари ван промета су велике водене површине и комуникације у вези с њима: море, језера и реке, њихове обале, мостови и сл. Ван

⁹¹⁶ Члан 46. став 2. ЗОО.

⁹¹⁷ Тако нпр. у тренутку закључења уговора о концесији чији је предмет експлоатација камена у каменолому, уговорне стране, концедент и концесионар, уговор закључују за експлоатацију одређене количине камена које су предвиђене документом који се назива Елаборат о резервама. На овај начин се могу само оквирно предвидети укупне резерве рудника. Оне нису одређене, али су одредиве, јер ће све извучене количине бити мерене приликом утовара у превозно средство. (*напом. аут.*).

промета су и ствари од посебног значаја за државу и њене грађане као што су културна и историјска добра.

Ова немогућност је посебно важна и са аспекта управних уговора јер је могуће да јавна управа закључи уговор за неке услуге које се врше на стварима ван промета, те је разграничење уговорних права и обавеза, с те стране битно за пуноважност уговора. У претходном делу рада наведени су неки такви примери. Уколико уговор није одређен, односно одредив, могућ и допуштен, он ће бити погођен санкцијом ништавости.

Кад је у питању управни уговор он дели основне елементе неопходне за пуноважност уговора приватног права. Међутим, по нашем мишљењу апсолутно ништав управни уговор не може конвалидирати. У трећем поглављу у коме је обрађен однос управног уговора и уговора приватног права је детаљније образложен овај став. Закључено је да би конвалидација ништавог управног уговора, довела би до грубог кршења основних принципа на којима се заснива уговорна делатност јавне управе.

Наиме, управни уговор је везан управним актом на основу кога је уговор и закључен, те би његова промена изван тог акта повлачила ништавост управног уговора. Такође је наведено да су измене битних одредаба јавног уговора анексима неприхватљиве, јер би то обесмислило циљ поступка конкурса и одабира најповољнијег понуђача. Сауговарач јавне управе би био у повлашћеном положају у односу на остале понуђаче који су учествовали у поступку конкуренције, или који би тек учествовали да је расписан нови конкурс, јер се ради о потпуно новом уговору. Ово је једна од значајних разлика управног уговора и уговора приватног права који афирмишући начело диспозиције, под одређеним условима, омогућава конвалидацију ништавог уговора. Апсолутно ништав управни уговор ни у ком случају не може конвалидирати и неопходно је провођење новог поступка јавног конкурса уколико јавна управа жели да ипак закључи управни уговор.

⁹¹⁸ Члан 49. и члан 10. ЗОО.

У правној теорији се ретко изричито дефинише предмет управног уговора. Да ли зато што постоје значајне разлике у самом одређењу појма управног уговора у два најважнија модела француског и немачког, или разлике у теоријским ставовима у погледу дефинисања неких од елемената који карактеришу предмет управног уговора, или је у питању неки трећи разлог, тешко је утврдити. Ипак, сагледавајући досадашња сазнања о овом питању можео укратко дефинисати шта представља предмет управног уговора у француском и немачком праву, имајући у виду чињеницу да је за потпуно сагледавање овог питања због његове комплексности неопходно посебно истраживање које би превазилазило оквире овог рада.

У теорији се за вршење јавне службе у управним уговорима, користе различити термини који често замагљују кључно питање. Тако се вршење јавне службе назива *објектом, најважнијим елементом, темељем управног уговора* и сл. Француска је теорија, посебно пракса Државног савета, развијајући институт јавне службе, као један од критеријума за одређење (опредељење) карактера уговора као управног повезала са *предметом* и природом самог уговора. Једна од општеприхваћених квалификација у правној теорији је она коју је извршио *Валин*. Он врши класификацију једне групе управних уговора између јавноправног и приватноправног лица, у складу са његовим *предметом - вршењем јавне службе* од стране приватноправног лица. По овом критеријуму аутор одређује три облика вршења јавне службе: 1) орган јавне управе поверава приватноправном лицу вршење јавне службе: 2) уговор сам по себи представља вршење јавне службе: 3) уговор којим се јавноправно лице укључује у вршење и управљање јавном службом.⁹¹⁹

Из ове класификације се може закључити да *Валин* вршење јавне службе од стране приватноправног лица сматра предметом управног уговора. У делу рада под називом: „Јавна служба као основни предмет управног уговора“ наведено је неколико карактеристичних примера из из праксе Државног савета, према којима се може закључити да је суд стао на становиште да је вршење јавне службе предмет управног

⁹¹⁹ Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif, Recueil Sirey*, Paris, 1951. стр. 524.

уговора.⁹²⁰ Д. Авиани наводи: „Садржајно гледајући, предмет уговора којег склапа јавноправно тијело с приватноправним субјектом могу бити јавни радови, јавна набава робе, те пружање јавне услуге.“⁹²¹ Сматрамо да се може закључити да је у француским управним уговорима које закључује јавна управа са приватноправним субјектом ради вршења јавне службе, предмет управног уговора управо вршење те јавне службе.

Међутим, судска пракса је за предмет управног уговора одредила и друге случајеве који нису за предмет имали обављање јавне службе, али су склапани у јавном интересу, па је по нашем мишљењу уз јавну службу као предмет управног уговора његово садржајно дефинисање које је извршио Авиани, сасвим одговарајуће. И у осталим облицима управног уговора, пратећи аналогију приватноправних уговора, предмет управних уговора су оне радње, чинидбе на које се уговорне стране обавезују управним уговором.⁹²²

Предмет управних уговора у немачком праву се у правној теорији одређује тумачењем законских одредаба које дефинишу појам јавноправног/управног уговора повезујући га са нормама које регулишу јавноправна овлашћења органа државне управе и појам управног поступка. Наиме појам јавноправног/управноправног уговора је, у § 54. *VwVfG*, дефинисан као посебна врста уговора, којим се стварају, мењају или укидају јавноправни односи. Из ове дефиниције произилази закључак да је специфична природа овог уговора примарно одређена самом специфичношћу његовог предмета, који се фактички одређује на основу садржине самог уговора. Овај уговор постоји уколико се конкретним уговором заснивају и преузимају права и обавезе јавноправног

⁹²⁰ Видети: случај „*Eroux Bertin*“, оквир бр.7. ов. дисерт.

⁹²¹ Д. Авиани, *Правна заштита у поступку* [...] стр. 177.

⁹²² Тако је предмет уговора о концесији вршења услуге сакупљања и одвоза смећа, све оне чинидбе које произилазе из уговора о концесији, а на које се обавезао уговорни партнер који закључује уговор са јавном управом, као и чинидбе, односно уздржавање од чињења (ометања концесионара у вршењу обавеза из уговора) на које се обавезала јавна управа.

карактера.⁹²³ Наведени § 54. *VwVfG* упућује да се ова врста уговора може склопити између: само јавноправних; јавноправних и приватноправних или само приватноправних субјеката. Међутим, уколико се одредбе овог члана доведу у везу са одредбама⁹²⁴ које регулишу јавноправна овлашћења органа државне управе и дефинишу појам управног поступка, произлази да се под управним уговором сматра пре свега уговор: а) који је регулисан прописима управног права; б) *чији предмет је регулисање управноправних односа*; в) којим се заснивају управноправна овлашћења и обавезе и г) чија је једна страна уговорница субјект јавне власти.⁹²⁵

На основу овога можемо дефинисати предмет управних уговора у немачком праву као регулисање управноправних односа, тј. права и обавеза уговарача одређених садржином самог уговора.

9. Опште и дерогативне клаузуле управног уговора

У уговорима приватног права садржане су уобичајене одредбе у складу са законом који регулише облигационе односе. У складу са начелом диспозиције уговорне стране у таквом уговору могу својом сагласном вољом мењати те одредбе у складу са својим интересима све до границе императивних норми. Управне уговоре управо карактерише постојање ванредних клаузула које одступају од уобичајених одредаба приватноправних уговора. Дакле, ванредне или дерогативне клаузуле су одредбе уговора којима се одступа од општег режима приватног права у корист режима управног права, које служе ради обезбеђења јавног интереса и могу се тицати поступка закључења и начина извршења уговора.⁹²⁶

⁹²³ *Kreb, Grundfragen des oeffenrechtlichen Vertrages*, in: Ehlers / Krebs (Hg.): *Grundfragen des Verwaltungsrechts und Kommunalrecht*, 2000, н. према: М. Костић, стр. 62. и 63.

⁹²⁴ Упоредити: §§ 1. и 9. *VwVfG*.

⁹²⁵ *Ramsauer Kopp, VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz - Kommentar*, 9. Aufl, С. Н. Beck Vrlg, Muenchen, н. према: М. Костић, стр. 63.

⁹²⁶ Богољуб Милосављевић, *Управно право*, Правни факултет универзитета Унион, Београд, 2010. стр. 235. и 236.

Приликом разматрања француског концепта управног уговора, у овом раду, констатовано је да у француском праву, поред категорије управних уговора који су као такви предвиђени законом, другу групу управних уговора чине они управни уговори чији управни карактер утврђује судска пракса. Овде се у ствари ради о управним уговорима који су такви по својој природи, односно уговора који су управни зато што испуњавају критеријуме које је утврдила управносудска пракса, независно од тога да ли их је било који закон прогласио управним, а на основу којих се одлучује о томе који ће суд одлучивати у спору који је из оваквог уговора проистекао – управни суд или суд опште надлежности.⁹²⁷

Критеријумом посебних овлашћења или тзв. дерогативним клаузулама странке прихватају уговором предвиђена одступања од опшег права. Јавноправном телу уговором се дају посебна, већа овлашћења која се очитују у могућности да нпр. једнострано мења одредбе уговора, ако то захтева шири друштвени интерес. Јавна управа у том случају има обавезу успостављања „финансијске равнотеже уговора“, односно друга уговорна страна има право потраживати накнаду од јавноправног тела ако је због једностраног поступања јавноправног субјекта уговора претрпела штету. Ако накнаду не оствари споразумно с јавноправним телом, друга страна је може потраживати пред управним судом.⁹²⁸

Судска пракса разликује управне уговоре од других уговора између осталог и према два основна елемента која произилазе из самог појма управних уговора. Први је сталан – једна уговорна страна је увек јавноправно лице, односно држава или недржавни носилац јавног овлашћења. Друго конститутивно обележје се алтернативно испољава: управни уговор или захтева вршење јавних служби, или се у њему налазе, вољом обе стране, нарочите клаузуле, странé приватноправним уговорима. Према томе

⁹²⁷ Д. Миленковић, стр. 50.

⁹²⁸ Б. Љубановић, стр. 44.

овај други услов који се захтева од стране судске праксе је садржан у ванредној тзв. дерогативној клаузули (*clause exorbitante*).⁹²⁹

На крају можемо закључити да је примерима из судске праксе⁹³⁰ у Француској потврђен став неких теоретичара да ванредна клаузула, даје уговору закљученом од стране јавноправног тела карактер управног уговора, чак и у случају кад такав уговор нема никакве везе са јавном службом.⁹³¹

10. Форма управног уговора

За настанак уговора у савременом праву морају бити испуњени одређени услови од којих су неки увек неопходни и они који су неопходни по изузетку, само када је то законом посебно прописано, односно вољом странака утврђено. Форма спада у услове који су неопходни само по изузетку, било да је предвиђена законом за одређену врсту уговора, било да су је уговориле саме уговорне стране. У делу рада у коме се говори о форми приватноправног уговора је детаљно образложено питање форме уговора. У овом делу је извршена компарација форме у приватноправном и јавноправном уговору, ради бољег разумевања значаја форме у управним уговорима.

У погледу форме правимо разлику између *форме уговора* и *форме изјаве воље* за закључење уговора. Тако се изјава воље за закључење уговора, може манифестовати на различите начине, речима, уобичајеним знацима, или понашањем из ког се са сигурношћу може закључити њено постојање. У савременом праву по правилу, ћутање нема значење јер неизјашњавање не може значити прихватање, али ни одбијање.

Форма код приватноправних уговора је изражавање њихове садржине путем унапред предвиђених спољних облика. Опште правило у савременим правним системима, нарочито у приватноправним односима, је правило консенсуализма, као

⁹²⁹ Више: Andre de Loubader, *Traite plementarie de droit administratif*, Tome I, стр. 282, н. према: С. Поповић, *Специфичности управних уговора* [...], стр. 2166. - 2168; Упоредити и: Б. Љубановић, стр. 44.

⁹³⁰ Упоредити: случај: „Gondrand frères,“ оквир бр. 5; случај: „UGAP с. Société SNC Activ SCA,“ оквир бр.

⁹³¹ С. Поповић, *Специфичности управних уговора* [...] стр. 2170.

једна од манифестација приватне аутономије, односно аутономије воље. И према позитивном облигационом законодавству Србије је прихваћено ово правило.⁹³²

Форме се могу поделити према: начину испољавања, правном дејству, начину настанка. Према начину испољавања постоје три облика форме: писмена (писана), форма јавне исправе (свечана форма) и реална форма.

Уколико се уговор мора закључити тако што ће бити написан одговарајућим словним знацима, руком или неким механичким средством и на крају потписан од обе стране, дакле где се траже писани текст изјаве воље и потписи, реч је о писаној форми уговора. То је најчешћа законом прописана форма у којој се мора изразити воља уговарача. Према свом дејству форма може бити двојака: битна форма (*forma ad sollemnitatem*) и доказна форма (*forma ad probationem*). Битна форма је облик без кога уговор не може настати. Форма је конститутивни елемент настанка уговора. Та форма може бити законом прописана (законска форма) и вољом странака предвиђена (уговорена форма).

У већини позитивних законодавстава писмена форма уговора јавне управе па и самим тим и управних уговора је њихов обавезан и конститутивни елемент, без кога ови уговори нису правно ваљани. Тако у Француској важи опште правило закључења управних уговора у писаном облику, а писана форма управног уговора се изричито прописује немачким Законом о управном поступку уколико правни пропис не предвиђа неку другу форму.⁹³³ Међутим, у теорији је присутан став да ова форма, може бити само строжа од писмене.⁹³⁴ Исто тако, у правним системима у којима управном уговору претходи доношење управног акта, тим актом се дефинишу сви битни елементи управног уговора, а управни уговор мора бити у сагласности са тим актом, како у моменту настанка тако и приликом допуна и измена уговора. И у француском управном уговору са стожерним појмом јавне службе као делатности од посебног

⁹³² Члан 67. став. 1. ЗОО регулише да „закључење уговора не подлеже никаквој форми, осим ако је законом другачије одређено.“ при чему смисао ове одредбе упућује и на друге законе.

⁹³³ Обавезност писане форме управног уговора у Немачкој регулисана је § 57. VwVfG.

⁹³⁴ Више: М. Петровић, М. Прица, стр. 243. и 244.

друштвеног значајана, је обавезна писмена форма и као таква је преузета и у друге земље које су пратиле овај модел. Последица закључења уговора мимо законске форме је ништавост уговора. У облигационом праву Србије предвиђено је да уколико уговор није закључен у прописаној форми, он нема правно дејство, под условом да из циља прописа којим је форма одређена не произилази шта друго. Закон о ЈПП и концесијама предвиђа писмену форму као обавезну за ову врсту уговора.⁹³⁵

Можемо закључити да у правној теорији, а и упоредном позитивном праву, нема разлика у ставовима кад је форма управних уговора у питању. Доминира став да је писмена форма обавезна за управни уговор, као и за његове евентуалне измене.⁹³⁶

11. Дејство управног уговора

Уговором се ствара облигација и питање дејства уговора је, у ствари, питање права и обавеза које производи једна таква, уговорна облигација. Основна карактеристика уговора је да се он закључује између две стране, поверилачке и дужничке, дакле *inter partes*, што значи да се сви остали сматрају трећим лицима.

Управни уговор се такође закључује између две стране, али његово дејство није ограничено на те уговорне стране. Наиме, једна уговорна страна је обавезно јавноправно тело, које уговор закључује не у приватном него у јавном интересу. Код приватноправних уговора, уговарачима се сматрају и универзални сукцесори уговарача, јер то произилази из саме суштине и функције универзалне сукцесије у свим

⁹³⁵ Члан 48. став 2. Закона о ЈПП и концесијама одређује да: „Јавни уговор у писаном облику потписују овлашћена лица јавног партнера и одабраног најповољнијег понуђача, а ако се уговором предвиђа располагање непокретностима, односно располагање уделима у заједничком привредном друштву, уговор се обавезно оверава.“

⁹³⁶ У складу са овим и примена других прописа практично је условљена постојањем писмене форме. То је као што је наведено, случај са уговорима о концесији и јавно-приватном партнерству за које је закон изричито предвидео обавезну писмену форму, али и обавезу да се уписују у одговарајуће регистре који садрже примерак сваког закљученог уговора, као и њихових измена, што не би било могуће да уговори нису сачињени у писменој форми.

савременим правима. Карактеристично за управне уговоре је да се они закључују са одређеним уговорним субјектом због његових специфичних особина, као што су нпр. посебна стручност, искуство у вршењу одређених послова, финансијска способност, и других особина, због којих се уговор управо и закључује.⁹³⁷ Стога, универзална сукцесија као правило у приватном праву није карактеристична за управне уговоре. Ипак, у упоредном праву срећемо јавноправне/управне уговоре у којима може доћи до замене уговорне стране трећим лицем.⁹³⁸

Дејство управног уговора наступа када се уговорне стране сагласе о битним елементима уговора и када се испуне други прописани услови зависно од врсте управног уговора. У погледу дејства уговорне и законске облигације нема разлике; уговорна облигација приватног права делује према странкама као да је за тај њихов случај донет посебан закон – *pacta sunt servanda*. Ово је доследна примена аутономије воље. Међутим, већ римско право, посебно преторско, односно *ius honorarium*, познаје одређене изузетке, а савремена права су те изузетке проширила и увела нове.⁹³⁹

Управни уговори се међутим, могу једнострано мењати и раскинути од стране јавне управе, када је то у јавном интересу. С друге стране, приватноправна уговорна страна, нема овлашћење једностраног раскида уговора уколико обавља делатност од општег друштвеног значаја, као што су јавне службе, јер би тиме могла угрозити јавни

⁹³⁷ Ови уговори су у приватном праву тзв. лични уговори (*intuitu personae*), за разлику од уговора који нису лични и код којих уговорна страна није битно обележје уговора.

⁹³⁸ Тако члан 40. став 1. Закона о концесијама Републике Српске, *Службени гласник РС* бр. 59/13 предвиђа: „Уговор о концесији може се уступити трећем лицу или финансијској организацији са којом је концесионар закључио уговор о финансирању у вези са концесијом, у случају да концесионар из економских, организационих, финансијских или других оправданих разлога не може да испуни уговорне обавезе у роковима и на начин утврђен уговором о концесији, односно у случају да концесионар не може да реализује своје обавезе на основу уговора о финансирању.“ Истом одредбом регулисано је да уступање уговора о концесији из става 1. овог члана одобрава концендент уз претходну сагласност Комисије за концесије.

⁹³⁹То су: прекомерно оштећење, промењене околности, одговорности за правне и материјалне недостатке, зеленашки уговори, раскид уговора због неизвршења и др. О. Антић, стр. 363.

интерес. Међутим, за управне уговоре важи принцип „финансијске равнотеже“, што подразумева да се уговорној страни која је партнер јавној управи мора обезбедити накнада штете у случају измене или једностраног раскида управног уговора у јавном интересу.

Управни уговор је теретни уговор, што подразумева еквивалентност престација, како у квалитету, тако и у квантитету. Тако се начело еквивалентности штити кроз одговорност уговорних страна, између осталог, за недостатке, односно обавезу заштите. Овде ће бити истакнути неки од облика обавезне заштите, као што су одговорност за правне и фактичке (физичке) недостатке, те заштита уговорних страна од прекомерног оштећења и промењених околности, и др.⁹⁴⁰

На управне уговоре је као и на уговоре приватног права примењива одговорност за правне недостатке која подразумева одговорност преносиоца стицаоцу одређених права као и за обећање фактичког преноса државине објекта уговорне облигације. На управне уговоре је примењива евикција која представља правно узнемиравање уговорне стране као прибавиоца којим неко лице истиче своје право на ствари које је постојало пре прибавиоцевог стицања, а за које право, при закључењу уговора с накнадом, прибавилац није знао, односно није дао свој пристанак на такво ограничење.⁹⁴¹ Преносилац, дакле, одговара за правне недостатке испуњења, што значи да је дужан да штити прибавиоца од права и захтева трећих лица којима би његово право било искључено или сужено.⁹⁴² У случају фактичког узнемиравања постоје посебне врсте заштите као што су заштита поседа и друге.

⁹⁴⁰ Исто, стр. 376.

⁹⁴¹ Такав би случај био нпр. код уговора о концесији за вршење услуге прикупљања смећа и изградњу депоније за прикупљање и рециклажу отпада, ако би концесионару након закључења уговора, приликом почетка градње депоније, локално еколошко друштво предочило дозволу издату пре закљученог уговора за изградњу еко парка на суседној парцели која делом обухвата и земљиште на коме је предвиђана изградња депоније.

⁹⁴² Члан 121. став. 2. ЗОО.

Код управних уговора, примењивост одредби облигационог права у вези одговорности преносица за материјалне недостатке ствари,⁹⁴³ зависи од предмета и објекта уговора. Наиме, код управних уговора где се врши пренос права на на одређеној ствари на другу уговорну страну преносилац одговара за материјалне недостатке ствари које је она имала у часу преласка ризика на стицаоца, а одговара и за оне материјалне недостатке који се појаве после преласка ризика на стицаоца, уколико су последица узрока који је постојао пре тога. Каузално обећање стицаоца је било мотивисано употребном вредношћу ствари. Ако та ствар нема употребну вредност која је била уговорена, постоји одговорност за физичке недостатке, те можемо такође говорити о повреди начела еквиваленције као и код одговорности за евикцију, јер се ради о само другом виду заштите истих начела.⁹⁴⁴

За настанак управних уговора, његову пуноважност и правно дејство поред сагласности уговорних страна потребно је да буду испуњени и други услови прописани позитивним законодавством. У упоредном праву као и код приватноправних уговора, неопходни услови за настанак управног уговора су: 1) уговорна способност, 2) сагласност воља уговорних страна, 3) предмет уговора, 4) правни основ и 5) форма уговора. Недостатак неког од битних услова за настанак уговора за последицу има његову ништавост. Немачки Закон о управном поступку прописује услове за неваљаност управног уговора⁹⁴⁵ који карактеришу два основна става. Постоји само једна правна последица неваљаности, а то је ништавост противправног управног уговора; ништавост не наступа код сваке повреде права, већ само у случајевима које је та одредба Закона навела као разлог ништавости.⁹⁴⁶

⁹⁴³ Упоредити члан 478. став 1. и 2. Исто.

⁹⁴⁴ Правила о материјалним недостацима регулисана су грађанскоправним прописима који регулишу уговор о купопродаји, као најкарактеристичнији теретни уговор и примењују се и на друге онерозне уговоре.

⁹⁴⁵ § 59. Закона о управном поступку (*VwVfG*).

⁹⁴⁶ Више: М. Петровић, М. Прица, стр. 246.

У претходним разматрањима установили смо да у теорији постоје ставови према којима у француском праву, за разлику од немачког права, су одређени уговори ништави ако су проглашени таквим на основу судске праксе, иако нису као такви предвиђени позитивним законодавством.

Можемо дакле, закључити да је правно дејство управних уговора, непосредно везано са условима за његов настанак, пуноважност трајање и престанак. Такође управни уговори немају дејство само између уговорних страна, као приватноправни уговори (*inter partes*), већ је њихово дејство посредно проширено на шири круг лица, делује према свима њима (*erga omnes*). Управни уговор може бити делимично ништав, уколико су само неке одредбе управног уговора ништаве, а уговор може опстати без њих. Недостатак неког од битних елемената управног уговора представља основ за ништавост уговора, која доводи до његовог елиминисања из правног промета и он не производи никаква правна дејства. На ништавост мора да се пази по службеној дужности свако јавноправно тело или суд, а на њу се може позвати свако лице.

12. Извршење управног уговора

Редован начин остварења уговорних одредаба је испуњење уговора, тј. када обе уговорне стране уредно извршавају своје обавезе. Управни уговори су карактеристични и у погледу њиховог извршавања, што је повезано са циљем њиховог закључивања. Управа као заштитник јавног интереса, располаже одређеним овлашћењима која се могу подједнако користити при нормалном извршавању уговорених обавеза, али и кад се уговор не извршава. Према француском праву, управа може управљати и контролисати извршавање уговора, а може и под одређеним условима да једнострано промени услове у уговору (теорија једностране измене уговора, или теорија самовоље).⁹⁴⁷ И у овом случају управа је обавезана да обештети другу страну за претрпљену штету.

⁹⁴⁷ Иво Борковић, *Управно право*, Загреб, 1995. стр. 36.

Код управних уговора, извршење за разлику од испуњења, представља принудно извршење уговора, а наступа као последња фаза поступка када једна од уговорних страна, делимично или у потпуности не извршава своје обавезе. Француско право у вези са извршењем управних уговора карактеришу значајни прерогативи јавне управе. Ти прерогативи се односе на право јавне управе да управља и контролише радње извршења уговора, да се стара о томе да сауговорач поштује уговорне клаузуле и да јој даје сва потребна обавештења како би управа могла да ове прерогативе примени. Ових се права и кад нису изричито наведена у уговору, јавна управа не може одрећи. Јавна управа има овлашћења да прати, контролише, усмерава и даје упуства о начинима извршења уговора, чак и ван уговорених одредаба. Такође, може наметнути и редослед радњи које се имају извршити, или поступке који се имају извршити, или употребу извесних поступака којима се реализују чинидбе.⁹⁴⁸

Овлашћења јавне управе подразумевају да она може под одређеним условима једнострано изменити у већој или мањој мери обавезе из уговора. Оно што нарочито разликује управни уговор од класичног приватноправног уговора је могућност јавне управе да чак и предузима санкције према другој уговорној страни због пропуста у извршавању уговора. Најчешће се уговарају новчане казне, чија примена наступа истовремено са наступањем услова предвиђених управним уговором. Тако је Државни савет у одлуци у случају од *31. марта 1907. год. „Deplanque“*⁹⁴⁹ „признао да јавна управа може да тражи накнаду штете на уговорној основи као компензацију за губитак који је оправдала да је претрпела услед грешке свога сауговорача.“ Радило се о концесионару јавне службе, али се одлука односи и на друге уговоре.

У случају тежих повреда уговорних обавеза од стране сауговорача јавне управе, јавној управи се даје право да може да предузме санкције које повлаче престанак уговора без права на накнаду штете (осим у случају уговора о концесији где до раскида уговора може доћи једино одлуком управног суда). О значајно различитом положају

⁹⁴⁸ М. Петровић, М. Прица, стр. 223.

⁹⁴⁹ Исто, стр. 224.

уговорних страна у управном уговору говори и чињеница да у односу на јавну управу која има сва наведена овлашћења, сауговарач се може ослободити своје обавезе само у случају постојања више силе и то само за време док она постоји.

Уговорне стране управног уговора су по правилу једна јавноправни субјект, а друга приватноправни субјект. Оно што карактерише управни уговор је дерогативна природа правила у односу на приватни правни режим. То и даје јавној управи посебна овлашћења да би се задовољиле потребе јавног интереса и омогућава једнострану интервенцију од стране управе у извршавању уговора, као и друга права која су претходно наведена. У вези с тим може се закључити да је правни режим управног уговора подвргнут следећим принципима: 1) право на раскид уговора је опште и постоји у односу на све управне уговоре (према пракси Државног савета оно је правило „општег права управних уговора“); 2) раскид уговора у интересу јавне службе представља за управу дискреционо овлашћење; 3) дискреционо овлашћење на раскид уговора има карактер овлашћења јавног поретка, значи и ако није предвиђено уговором, управа је овлашћена да га користи и не може се унапред одрећи тог права; 4) дискреционо овлашћење управе повлачи за сауговарача право на накнаду штете за претрпљену штету и за изгубљену добит.⁹⁵⁰

Непоштивање уговорних обавеза од стране јавне управа као уговорне стране не даје могућност другој уговорној страни да престане са обављањем својих уговорних обавеза. Уговорна обавеза приватне уговорне стране и даље остаје на снази, при чему се тражи од надлежног суда надокнада штете. Већ је констатовано да се на овај начин принцип *pacta sunt servanda* употребљава у заштити јавног интереса, али исто тако да оваква примена овог принципа води ка фактичкој неједнакости уговорних страна.

На основу одлуке државног савета у случају од **13. јула 1956. год. „Office public d'H.L.M. de la Seine“**⁹⁵¹ сауговарач јавне управе „дужан је да плаћа вишеструку глобу само ако друга средства, која јавној управи стоје на располагању да обезбеди извршење

⁹⁵⁰ М. Петровић, М. Прица, стр. 225.

уговора, нису делотворна“. Принудне санкције дозвољавају јавној управи да сама или преко трећег лица обезбеди извршење уговора, при чему се то извршење обавља на трошак и ризик саговорача.

На крају у вези извршења управног уговора можемо закључити, да према француском моделу управног уговора, у току целокупног процеса, од иницијативе до закључења уговора, његове реализације па до извршења, јавна управа има значајна овлашћења, укључујући и могућност да једнострано мења услове извршења управног уговора, под условом да то општи интерес или нужност јавне службе налажу. Јавна управа при томе влада ритмом извршења уговорених обавеза, тако што може да суспендује одређене радње на које се обавезао други уговорач, да их убрза, да потпуно одустане од њих и да при томе не почини никакву повреду уговора. Кад је у питању немачки модел управног уговора, права јавне управе нису тако експлицитна и условљена је непостојањем у већем обиму посебних одредаба за управни уговор и већом супсидијарном применом опших правила облигационог права на управне уговоре.

13. Престанак управног уговора

Разлози који доводе до престанка управног уговора и у француском и у немачком праву везани су за опште разлоге престанка грађанског уговора са једне, те посебних разлога карактеристичних за уговорне односе у којима је један од адресата јавна управа, са друге стране. Ови разлози по својој природи могу бити објективни (наступају независно од воље уговорних страна) и субјективни (који су последица понашања уговорних страна). Такође, некад разлози за престанак наступају по сили закона или на основу усаглашене воље уговорних страна, одлуком суда или једностраним раскидом.

Одредбама немачког Закона о управном поступку (*VwVfG*) није регулисан начин извршења обавеза из управних уговора. Стога се и овде примењује правило о

⁹⁵¹ М. Петровић, М. Прица, стр. 224.

упућивању на одговарајућу примену прописа Грађанског законика (*BGB*) као допунских правила.⁹⁵² Редован и уобичајен начин престанка управног уговора (права и обавеза) је извршење обавеза уговорних страна. Обавеза по уговору грађанског права може да се угаси и пребијањем, компензацијом и опростом дуга. Уговор такође може престати и закључењем новог уговора. Сматрамо да се ове одредбе осим одредби о опросту дуга, могу у недостатку материјалних прописа управног права, применити и на управни уговор, уколико то природа уговорних обавеза дозвољава. По нашем мишљењу опрост дуга код управног уговора од стране јавноправног лица, није прихватљив. Управни уговори се закључују пре свега у јавном интересу, па би могућност опроста дуга у сваком случају била на штету јавног интереса.

Када је реч о промењеним околностима, након закључења уговора, које су такве да битно утичу на извршење обавеза једне од уговорних страна за коју је даља примена уговора неподношљива, та уговорна страна може захтевати прилагођавање уговорних обавеза тим промењеним околностима уколико је то могуће и подношљиво за обе стране.⁹⁵³ Отказа једне уговорне стране као разлога престанка уговора, има више врста. Један је везан за промењене околности и нестанак основа правног посла наведен у претходном ставу. Отказ може дати и јавноправно тело како би се спречила или уклонила велика оштећења општег добра.⁹⁵⁴

Анализирајући ставове теорије, позитивно законодавство и судску праксу управних судова у упоредном праву, можемо закључити да управни уговор у *правилу* може престати на један од следећих начина: а) извршењем престајања које су уговорене, б) истеком рока на који је уговор закључен, в) престанком постојања предмета уговора, г) престанком постојања основе правног посла,⁹⁵⁵ д) престанком

⁹⁵² § 62. VwVfG.

⁹⁵³ § 60. ст. 1. VwVfG.

⁹⁵⁴ § 60. ст. 2. VwVfG.

⁹⁵⁵ У Немачком праву ово подразумева нестанак или битну промену околности које су биле меродавне за утврђивање уговорне садржине, тако да је једној од уговорних страна постало неподношљиво

постојања уговорне стране, ђ) раскидом (споразумним или једностраним) е) одлуком управног суда, а у *неким случајевима* управни уговор може престати и: ж) уговором о поравнању,⁹⁵⁶ з) закључењем новог уговора, и) уговором о размени.⁹⁵⁷

Управни уговор престаје извршењем уговорених престајања када се ради једнократној обавези уговорне стране која се односи на одређене чинидбе које имају за циљ вршење неке јавне службе или делатност са ограниченим временским трајањем.

Управни уговор, као и приватноправни уговор престаје истеком рока на који је закључен. Пример овог уговора су концесије или јавно-приватна партнерства која се уговарају на одређен временски период и истеком тог рока уговор о концесији престаје.

Престанком постојања предмета управног уговора престаје и сам уговор. Управни уговор може престати фактичком или правном смрћу уговорне стране. Како је у управним уговорима сауговарач одабран због његових личних особина, његовим „правним нестанком“ престаје и уговор. Дакле, ликвидацијом сауговарача као правног лица, то правно лице нестаје као субјект права па самим тим престаје и уговор који је закључило. Исте последице има и поступак стечаја над правним лицем, јер оно иако правно још постоји, више није у могућности да испуњава своје уговорне обавезе.

Иако се по природи ствари може сматрати да ликвидација представља разлог за престанак ових уговора, уобичајено је да се ово изричито регулише позитивном законодавством. У домаћем и упоредном праву и за уговоре који нису изричитом законском одредбом наведени као управни, као што су уговор о концесији или јавно-приватном партнерству, предвиђено је да је ликвидација или стечај, а некада и само

придржавање изворних уговорних одредаба. У француском праву ове околности су подведене под институт „теорије непредвидивости“. И поред извесних термилошких разлика, у основи се ради о истом институту.

⁹⁵⁶ § 55. VwVfG.

⁹⁵⁷ § 56. VwVfG.

покретање поступка ликвидације или стечаја, разлог за престанак уговора по сили закона.⁹⁵⁸

Споразумни раскид као могућност престанка било ког уговора, представља могућност престанка и управног уговора. Ово је пример када се начело диспозиције странака, карактеристично за уговоре приватног права примењује и на управни уговор. При томе је примена овог начела и у овако ограниченом обиму у управном уговору условљена очувањем јавног интереса.

Раскид уговора могућ је и једнострано од стране јавне управе као уговорне стране. Јавна управа може једнострано раскинути управни уговор, било као санкцију, ако је саговорач тешко повредио своје обавезе, или чак и кад нема кривице саговорача, ако то оправдавају разлози општег интереса. Уговор може престати и одлуком управног суда. Тако је Француски државни савет у низу својих одлука пресудио раскид уговора.⁹⁵⁹

За разлику од споразумног раскида, који је у складу са принципом диспозиције странака као карактеристике уговора приватног права, једнострано раскид од стране јавне управе као и раскид уговора по пресуди управног суда и без кривице саговорача јавне управе је последица посебног правног режима управних уговора. Управни уговор у немачком праву може престати и уговором о поравнању „којим се путем узајамнога

⁹⁵⁸ Члан 53. став 2. тачка. 2. Закона о ЈПП и концесијама Србије, регулише да уговор о ЈПП са или без елемената концесије престаје смрћу, приватног партнера, односно ликвидацијом или стечајем приватног партнера. Изузетно, уговор не мора престати ликвидацијом или стечајем члана конзорцијума, ако најмање један члан конзорцијума преузме неограничено солидарно обавезу испуњења дела јавног уговора члана конзорцијума који је ликвидан, односно над којим је окончан стечајни поступак, уз претходну сагласност јавног партнера; Члан 45. тачка в) Закона о концесијама Републике Српске предвиђа да уговор о концесији престаје већ самим покретањем поступка стечаја или ликвидације над концесионаром.

⁹⁵⁹ Видети: случај „Vandel“, од 12. јула 1918, оквир бр. 8. ов. дисерт.; случај „Nouvelle société fermière de Luxueil-les-Bains“ од 13. јула 1947, оквир 8; и случај „ville d’Avalon“, Петровић, М. Прица, стр. 225. и 226.

попуштања уклања постојећа неизвесност произашла из разумне процене чињеничног или правног стања“.⁹⁶⁰

14. Правна заштита управног уговора

Правна заштита управних уговора односи се како на њихову заштиту путем посебне арбитраже, управноправну, те судску заштиту. У наредном делу изнет је резиме важнијих закључака у вези правне заштите управних уговора у француском и Немачком праву, као најзначајнијих за правну теорију и праксу.

Француско право познаје већи број вансудских метода за решавање спорова у вези управних уговора, било путем управноправних лекова (углавном на одлуке које претходе закључењу управног уговора), или путем мирног решавања спорова, споразумом, договором.⁹⁶¹ Мирно решавање одвија се путем *ад хок тела* и путем управних судова којима је то дато у надлежност. *Ад хок* тела су механизам за вансудско решавање спорова у вези управних уговора у оквиру јавних набавки. Један од њих је пример институционалног помирења, са којим се успоставља поступак за решавање спорова у оквиру кога се уговорне стране обраћају трећем лицу (у оквиру и условима предвиђеним законом) да им понуди решења, које они слободно могу прихватити или не.⁹⁶²

Уредба од 3. септембра 2001. год. регулише функционисање саветодавних Комитета за мирно решавање несагласности или спорова у вези са јавним набавкама (у даљем тексту: „Комитет“). Поступак и правила њиховог поступања имају доста сличности са радом правосудних органа. Наиме, поступак се одвија у неколико фаза

⁹⁶⁰ Више: М. Петровић. М. Прица, стр. 239. - 240.

⁹⁶¹ Више: СВ, 9. фебруар, 2002. стр. 2644. Н. према: Ch. Guettier, стр. 450.

⁹⁶² Члан 127. Закона о јавним набавкама, регулише организовање институционалног поступка за решавање спорова преко „саветодавног комитета за мирно решавање несагласности или спорова у вези са јавним набавкама“ на националном нивоу, за набавке централне (државне) управе и њених јавних установа, или на регионалном, или међурегионалном нивоу за набавке закључене између децентрализованих органа државе и ових територијалних заједница и њихових јавних установа.

које карактерише поштовање принципа непристрасности и контрадикторности. Правило при давању мишљења овог тела је одлучивање консензусом, а ако нема опште сагласности већином гласова, при чему је у случају подједнаког броја гласова за и против предлога одлучујући глас председавајућег. Мишљења се доносе у року од шест месеци, мада се у пракси овај рок ретко поштује. Стране које воде поступак пред овим комитетом, могу истовремено да воде и судски спор. Судија није дужан да одлаже доношење одлуке због очекивања мишљења комитета.⁹⁶³

Према критикама које трпе од научне и стручне јавности, чини се да овај облик институционалног деловања у циљу помирења у области јавних набавки не даје очекиване резултате односно „равнотежу уговорних страна и ефикасно решење насталог спора“, те их често сматрају само копијом судског поступка.

Управним судовима дато је овлашћење да воде поступак помирења странака уз одређене изузетке кад је у питању Државни савет и апелациони суд.⁹⁶⁴ Судови могу да организују покушај мирења или пре, или за време суђења. У оквиру фазе пре вођења поступка, судија у улози миритеља (дејствујући самостално или у оквиру *ад хок* комисије) нема право да намеће одлуку о решењу спора странкама. Уколико се стране у спору успију договорити, прелази се на потписивање споразума о извршењу. Међутим, у случају неуспеха, спор може решавати само суд својом одлуком која више не зависи од воље страна у спору.⁹⁶⁵ Јавноправна страна има знатно повољнији положај због великог броја гаранција које су јој у тој области дате, што јој омогућава да најчешће и

⁹⁶³ ААС Парис, 9. јули 1991. године, *Societe Cauthouc Manufacture et Pastiques Kleber-Industrie*, RFDA, 1992. стр. 833. коментар J. L. Theobald, н. према: Исто, стр. 454. и 455.

⁹⁶⁴ Ова надлежност дата је управним судовима на основу одредаба Закона од 6. јануара 1986. године о успостављању правила за гаранцију независности чланова управних судова и апелационих управних судова те одредаба Закона о управним судовима и апелационим управним судовима. Међутим, због непостојања уредбе за примену наведеног закона из 1986. године, услови за остварење „мисије помирења“ остављени су слободној процени судија (*прим. аут.*); Видети: ДС, 22. Март 1995. године, *Dadillon, Leb*, стр. 138. Н. према: Ch. Guettier, стр. 454, 455. и 457.

⁹⁶⁵ Упоредити: Исто, стр. 457. и 458.

без тужбе суду санкционише свога сауговарача. С друге стране, те гаранције истовремено чине тешким и неизвесним доказивање грешке (кривице) јавне управе од стране њеног сауговарача, без чега суд не може изрећи њену одговорност.⁹⁶⁶

Једна од специфичности режима управних уговора у Француској је да су за решавање спорова који произлазе из управних уговора надлежни управни судови. Државни савет је по изузетку надлежан за решавање само неких од спорова ове врсте. Такође суд који решава ове спорове решава их као суд пуне јурисдикције. Тужилац може поставити захтев за поништај (уговора самог или мера предузетих од стране управе у извршењу уговора), захтев за раскид уговора, захтев за накнаду штете и друго.⁹⁶⁷ До почетка XX века управни уговори сматрани су уговорима приватнога права, тако да су о споровима који су из њих произлазили, одлучивали судови опште надлежности. Изузетак од тог правила били су они управни уговори који су посебним декретима били стављени у надлежност специјализованих управних судава.⁹⁶⁸

Прекретница у схватањима о надлежности за решавање спорова у погледу управних уговора настала је већ чувеном одлуком француског Државног савета у случају “Terrier”. Прихваћено је гледиште да је јавна служба у природи управних уговора, као и да спорови који произлазе из суделовања у јавној служби спадају под јурисдикију специјализованих управних судава, односно у то доба у Француској углавном у надлежност Државног савета.⁹⁶⁹

У француској су извршене две велике реформе управног правосуђа. Првом реформом извршеном 1953. године, *Tribunaux Administratifs* постају првостепени управни судови у управним стварима, па и у споровима из управних уговора и добијају велики део надлежности Државног савета.⁹⁷⁰ Другом реформом из 1987. године уводе

⁹⁶⁶ М. Петровић, М. Прица, н. д. 2014. стр. 232.

⁹⁶⁷ С. Поповић, *Специфичности управних* [...] стр. 2177.

⁹⁶⁸ Б. Љубановић, стр. 47.

⁹⁶⁹ Neville Brown, John S. Bell, стр. 130, н. према: Б. Љубановић, стр. 47.

⁹⁷⁰ Б. Љубановић, стр. 48.

се *Cours Administratives d'Appel* као другостепени управни судови, те као такви одлучују о жалбама против одлука *Tribunaux Administratifs*, у тзв. *le plein contentieux* надлежности у коју спадају и спорови из управних уговора.⁹⁷¹ Након ове реформе Државни савет добија функцију врховног управног суда, с тим да је надлежан и за спорове из неких управних уговора. Претходно је наведено да су спорови из управних уговора, у Француској, углавном спорови пуне јурисдикције, јер правну основу спора готово без изузетака чини повреда субјективних права. То значи да у тим споровима суд не решава само питање законитости уговора (као у случајевима спора о законитости), већ решава и чињенична и правна питања због што потпуније заштите права грађана.⁹⁷²

Подела надлежности редовних и управних судова одређена је на основу закона од 1790. године и других закона који су у међувремену донесени, или судске праксе коју су установили Касациони суд, као највиши редовни суд, или Државни савет као највиши управни суд. Основни принцип поделе надлежности је ипак је у нормирању надлежности управних судова да решавају спорове који се односе на активност јавноправних тела. Низом закона, декрета утврђени су изузеци у односу на наведени општи принцип за одређивање надлежности, а управном судству је проширена надлежност. Тако је нпр. надлежност управног судства утврђена код спорова у вези извођења јавних радова, заузимања јавних домена, (чак и кад се ради о службама индустријског или комерцијалног карактера) и сл. У складу са наведеним, управни судови су надлежни и за правну заштиту у погледу управних уговора као уговора који се према француској теорији и пракси сврставају у област јавног права.

У оквиру управног судства постоје две различите врсте спорова: а) контрола над злоупотребом овлашћења јавне управе и б) спор пуне јурисдикције. Спор о

⁹⁷¹ Code de Justice Administratif, Livre II, н. према Б. Љубановић, стр. 47.

⁹⁷² Више: Бранко Бабац, *Управно поступовно право – одабрана поглавља*, Правни факултет у Осијеку, Осијек, 1988. стр. 171. Н. према. Б. Љубановић, стр. 48.

управном уговору је спор пуне јурисдикције (надлежности).⁹⁷³ У овом спору суд има на располагању знатно шира овлашћења у односу на поступак контроле злоупотребе овлашћења. Наиме, код спора због злоупотребе овлашћења поступак могу покренути и лица на која се управни акт односи било директно или индиректно, док спор пуне јурисдикције може покренути само оно лице чији је интерес јавна управа непосредно угрозила. Спор због злоупотребе овлашћења је објективан и води се против управног акта са циљем да се издејствује његово поништење, а успех тужитеља у овом спору значи и поништење свих последица које је овај акт проузроковао.⁹⁷⁴

Спор пуне јурисдикције примењен на управни уговор, подразумева значајна овлашћења суда која му омогућавају да донесе одлуку о раскидању уговора, поништавања санкција које је јавна управа изрекла свом сауговачу или накнаду штете сауговарачу од стране јавне управе. Како се у случају спора у вези управног уговора јављају две стране, у самом поступку и јавна управа се може појавити у улози тужитеља што није случај са спором пуне јурисдикције против управног акта. Наведени спорови један другог искључују. Међутим, судска пракса је због немогућности да у спору пуне јурисдикције расправља и о незаконитости, увела изузетак када се може водити поступак, у вези принципа тзв. „раздвојивог поступка (акта)“.⁹⁷⁵

Немачки Закон о управним судовима (*Verwaltungsgerichtsordnung*) одређује надлежност управних судова за све спорове јавног права који нису уставног карактера и који нису савезним законом изричито поверени неком другом суду.⁹⁷⁶ Немачка, као и Француска, има тростепени систем управног судства. Првостепени управни судови називају се *Verwaltungsgerichte*, другостепени судови су *Oberwaltungsgerichte*, а функцију врховног управног суда у Немачкој обавља *Bundesverwaltungsgericht*. *VwVfG* је предвидео правило о упућивању на одговарајућу примену прописа Грађанског законика

⁹⁷³ Више: Ch. Guettier, стр. 486. – 488. стр.

⁹⁷⁴ Исто.

⁹⁷⁵ Исто, стр. 513.

⁹⁷⁶ § 6. Закона о управним судовима.

као допунских правила. Већ смо констатовали да је у недостатку норми управног права, оправдана супсидијарна примена правила грађанског права. Међутим, правила грађанског права су прилагођена заштити приватних интереса уговарача и њихова примена у уговорима јавног права могућа је врло рестриктивно, и само у оквиру који не прелази границе императивних норми јавног права.

У немачком законодавству које регулише надлежност судова у споровима у вези управних ствари, постоји правна аномалија која значајно отежава правну заштиту. Наиме, немачко позитивно право прихватило је принцип да су јавноправни уговори они уговори чији је предмет јавноправне или управне природе, под условом да се о њему може преговарати и који се не мора решавати преко управног акта. На овај начин јавноправни карактер уговору у немачком праву даје јавноправност његовог предмета. Међутим, законодавац је остао недоречен по овом питању јер дефинисање јавноправности предмета није конкретно прописана, што може упутити на закључак да је скоро сваки уговор закључен између два јавноправна лица јавни. Ова правна неодређености и непрецизност може такође представљати проблем, посебно имајући у виду случај када је уговор закључен између два приватноправна лица, са елементима који се тичу јавног интереса.

Из наведеног произилази да и у немачком праву, иако је опште правило да је за јавноправне уговоре надлежан управни суд, ипак постоје бројне недоумице и недоречености, како у погледу одређивања да ли је уговор јавноправни, тако и у погледу правног режима и супсидијарне примене одредаба грађанског права у недостатку управноправних норми.

15. Врсте управних уговора

Када говоримо о врстама управних уговора онда треба имати у виду мноштво различитих критеријума њихове класификације, као и различит теоријски и практични приступ овом питању у два најпознатија концепта управног уговора. Одредити један јединствен критеријум који би обухватио постојеће разлике у наведеним моделима је изнимно тежак задатак. Навешћемо стога, важније врсте управног уговора у упоредном праву, те се више задржати на подели која је настала у француском праву, а данас је

прихваћена у изворном или модификованом облику у највећем броју земаља које су преузеле управни уговор као институт. При томе ће бити наведени и неки облици уговора јавне управе са приватноравним субјектом о чијој правној природи, у теорији нема потпуне сагласности, али у неким правним системима су изричито или посредно признати као управни уговори.

У немачкој правној доктрини углавном је прихваћена класификација управних уговора коју је први извршио *К. Штерн*. Ова класификација изведена је из природе односа који постоји између страна уговорница, односно према постојању односа „надређености-подређености“ са једне, или „једнакости“ уговорних страна са друге стране. Према овој класификацији јавноправни уговори могу се поделити на:

- а) субординационе (субординационоправне), (*subordinationsrechtliche Verträge*),
- б) координационе (координационоправне), (*koordinationsrechtliche Verträge*) уговоре.⁹⁷⁷

Одредбама *VwVfG* ова подела је јасно наглашена, али без изричите употребе самих термина координационоправни и субординационоправни. Координациони управни уговори су јавноправни уговори које карактерише једнакост странака у правима, при чему нема односа подређености.⁹⁷⁸ Најчешће су субјекти ових уговора два јавноправна субјекта, односно носиоци управних овлашћења.⁹⁷⁹ Међутим, иако је равноправност страна уговорница уобичајен „знак“ препознавања ове врсте уговора, он није и апсолутан и једини. Знатно извеснији показатељ координационоправног карактера је чињеница да у погледу самог предмета уговора ни једна страна уговорница није у надређеном положају у односу на другу (независно од тога да ли је уговор склопљен искључиво између носилаца јавних власти или јавне власти и грађана, или

⁹⁷⁷ Више: S. Detterbeck, *Öffentliches Recht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2009. стр. 342. - 343; С. Поповић, *О потреби увођења института [...]* стр. 531;

⁹⁷⁸ S. Detterbeck, стр. 343.

⁹⁷⁹ Пример оваквих уговора су уговори о заједничкој изградњи еко депоније и његовој рециклажи за све општине, потписнице овог уговора.

чак само између приватноправних субјеката). Сврха постојања овог типа уговора је да се регулишу извесни управноправни односи, који нису могли бити регулисани управним актом.⁹⁸⁰

Постоји и класификација (једина изричито дефинисана) у *VwVfG* која јавноправне (управне) уговоре дели на:

- а) уговор о нагодби (*Vergleichsvertrag*) и
- б) уговор о трампи / размени (*Austauschvertrag*).

Уговор о нагодби јавноправно тело може склопити, ако постоји неизвесност о чињеничном и/или правном питању, а јавноправно тело сматра да ће се склапањем нагодбе та неизвесност отклонити. Према одредбама *VwVfG*, дакле, могуће је склапање нагодбе између јавноправног тела и странке у поступку.

Како у француској теорији управног уговора централно место заузима појам јавне службе, тако је и у подели управних уговора јавна служба задржала то место. Најважнија подела управних уговора у Француској је на уговоре о концесионираној јавној служби (*Les contrats des concession de service public*) и уговоре о јавним набавкама (*Les marchés public*). Уговором о концесионираној јавној служби даје се појединцу (у правилу приватном лицу) право и дужност обављања делатности која се сматра јавном службом, с тим да он своју делатност наплаћује од корисника службе. Концесионар је одговоран за обављање делатности јавне службе. Уговором о јавним набавкама осигуравају се посебни предмети или услуге потребне за обављање јавне службе, што значи да је циљ и овог уговора остварење ширег друштвеног интереса.⁹⁸¹

У Француској су одређени уговори проглашени управним, законском нормом, а и судска је пракса развила одређене критеријуме који су наведени у претходном делу

⁹⁸⁰ У теорији постоје разлике у погледу ове класификације. Тако неки теоретичари све координационе уговоре сврставају у уговоре приватног права. Тако Б. Љубановић: „[...] Будући да код тих уговора изостаје субординација тј. јача правна воља једне уговорне стране, што је [...] карактеристика управних уговора, могу се сврстати у приватноправне уговоре“. Упореди; М. Костић, стр. 64. и 65.

⁹⁸¹ Б. Љубановић, стр. 44.

(критеријум странака, циља, посебних овлашћења) на основу којих се оцењује да ли је у конкретном случају реч о управном уговору. Тако су поред уговора о концесионираној јавној служби и уговора о јавној набавци познате и друге врсте управних уговора, као што су уговор о заузимању јавних добара (*Les contrats d'occupation du domaine public*), уговор о упису јавних зајмова (*Les contrats d'emprunt public*), уговор о јавно-приватном партнерству (*Les contrats d'emprunt public*) и др. Richer управне уговоре дели на: уговоре о јавној набавци, уговоре о концесионираној јавној служби, уговоре о коришћењу јавног добра, уговоре о јавно-приватном партнерству, али и развојне концесије и уговоре о запошљавању јавних службеника.⁹⁸²

У класичној теорији управних уговора, уговори о вршењу јавне службе представљају најважнији облик управног уговора. При томе најчешће се ради о уговору као концесионираној јавној служби и неким уговорима о јавних набавци, али и уговору у јавно-приватном партнерству као јавној служби. Стога су у наредном делу рада детаљније обрађена ова три облика уговора.

15.1. Уговори о концесији јавних служби

Наука управног права правила је још педесетих година XX века разлику између материјалног и формалног појма јавне службе, односно појма јавне службе у функционалном и организационом смислу. Код материјалног појма јавне службе битна је његова садржина, а не субјект који ту службу врши. Према формалном појму јавне службе битно је само ко је носилац јавне службе, јер она постоји само у случају када је носилац те службе јавноправно лице. Ако трошкове и ризик вођења јавне службе сноси приватно лице – постоји концесионирана јавна служба. „Поверавање јавних послова појединцима или приватним лицима од стране државе, односно самоуправних тела назива се концесионирање односно уступање у концесију. Овде се ради о

⁹⁸² L. Richer, стр. 354. Н. према: М. Шикић, Ф. Станичић, стр. 425.

концесионираној управи или, како се под упливом француске теорије каже, концесионираној јавној служби.“⁹⁸³

Концесионирана јавна служба је уз јавне установе (*l'etablissement public*) представљала један од два основна облика организације јавне службе. Концесионирана јавна служба постојала је онда када је појединцу уговором поверено да под одређеним условима врши одређену јавну службу, уз одговарајућу наплату услуга од стране корисника јавне службе.⁹⁸⁴ Наведени уговор има карактер управног уговора. Теорију управних уговора изградила је пракса Државног савета према којој за „административне уговоре“ „важе специјална правна начела, којима се дерогирају правила грађанске обавезе и чије спорове не решавају редовни, него управни судови. Француска правна теорија и пракса разврстава управне уговоре према објекту права. Најважнија је подела на уговоре о концесионираној јавној служби (*Les contrats des concession de service public*) и уговоре о јавним набавкама (*Les marchés public*). За разлику од француског, у другим позитивним правима, постојала је дубока разлика између јавних радова и концесија, која се огледала у томе што су за спорове из контраката о јавним радовима важила правила грађанског права и надлежност редовних судова.⁹⁸⁵

Уговором о концесионираној јавној служби даје се појединцу (у правилу приватном лицу) право и обавеза обављања делатности која се сматра јавном службом, с тим да он накнаду за обављање своје делатности наплаћује од корисника службе. Концесионар је одговоран за обављање делатности јавне службе. Илустративан пример овог уговора је уговор који се односи на водоснабдевање. Концесионар добија од

⁹⁸³ Лазо Костић, *Административно право Краљевине Југославије I – устројство управе*, Београд, 1933. стр. 62. Н. према: Д. Миленковић, стр. 26.

⁹⁸⁴ Драгаш Денковић, *Јавна служба у француском управном праву*, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 5, 1970. стр. 468. Н. према, Исто, стр. 27.

⁹⁸⁵ Иво Крбек, *Концесионирана јавна служба*, *Мјесечник*, бр. 2-3, 1930. Загреб, стр. 64. Н. према исто, стр. 27.

стране јавноправног тела право и обавезу услуге снабдевања становништва водом на одређеном подручју и ту своју услугу наплаћује од корисника. Концесионар је према корисницима у приватноправном уговорном односу, а према концеденту у јавноправном (управном) уговорном односу.⁹⁸⁶

Као концесиониране јавне службе најчешће су организоване привредне техничке службе, као нпр. саобраћај (железнички, речни, трамвајски, ваздушни, аутобуски), искоришћавање водне снаге, природног гаса и других природних ресурса, производња и дистрибуција електричне енергије, експлоатација, искоришћавање водне снаге, земног гаса и других природних ресурса, производња и дистрибуција електричне енергије и друго.⁹⁸⁷

Концесиониране јавне службе карактерише неколико битних обележја. Њих не води јавна управа већ приватни субјект, али основни циљ концесиониране јавне службе увек је задовољење општег интереса. Концесију врши приватно лице у властито име као своје субјективно право чиме се овај облик и разликује од других облика јавних служби. Тиме што концесионар врши јавну службу у властито име, разликује се од чиновника који врше службу у име јавноправног органа или тела. Концедент је јавноправно лице, држава односно друго јавноправно тело. Концесионирана јавна служба неће постојати ако концесионар пренесе стечено субјективно јавно право на треће лице с обзиром да му је ово право лично поверено на вршење у властито име.⁹⁸⁸

Концесионар је дужан да вршећи јавну службу омогући остваривање и унапређивање општег (односно јавног) интереса, па с тога држава, односно, јавноправно тело у датом уговорном односу иступа са јачом вољом која се правда интересима јавне службе. Специфичност концесиониране јавне службе огледа се и у начину њеног престанка. Она престаје: истеком времена на које је дата концесија; раскидом концесије уз сагласност концедента и концесионара; губитком концесије због

⁹⁸⁶ Б. Љубановић, стр. 44.

⁹⁸⁷ Упоредити: Д. Миленковић, стр. 28.

⁹⁸⁸ Исто, стр. 28. и 29.

неблаговременог отпочињања, или непрописног вршења јавне службе од стране концесионара; једностраним раскидом уговора од стране концедента (државе, односно другог јавноправног тела).⁹⁸⁹

15.2. Уговори о јавноприватном партнерству

Феномен јавно-приватног партнерства (у даљем тексту и „ЈПП“) ⁹⁹⁰ значајно је повезан са француским концептом јавних служби, нарочито концесионираном јавном службом. Наиме, половином XX века концепт јавне службе је доспео у кризу и постао предмет критике правних теоретичара, да би у каснијим фазама развоја јавне управе традиционални појам „јавна служба“ временом све више губио на значају, а под утицајем менаџерског концепта јавне управе (*New Public Management*) у савременој литератури га заменио појам „јавне услуге“.⁹⁹¹ Концепти ЈПП се јављају са процесом реформе скупе и неефикасне државе благостања, која је започела у Британији и САД. Француска је била прва земља ЕУ која је применила моделе ЈПП.⁹⁹²

Почетак сарадње јавног и приватног сектора⁹⁹³ у обезбеђивању јавних услуга везује се за половину XVII века,⁹⁹⁴ а значајније се развија у XIX веку, кроз јавне радове на изградњи железница и пружању комуналних услуга, да би се у наредном веку

⁹⁸⁹ Исто, стр. 30.

⁹⁹⁰ Енг. *Public-Private-Partnership (PPP)*.

⁹⁹¹ Исто, стр. 30. и 31.

⁹⁹² Владимир Васиљев, *Основне карактеристике јавно-приватних партнерстава*, Јавне политике, 78. - 79. рад доступан на: <http://www.fpn.bg.ac.rs/wp-content/uploads/Vladimir-Vasiljev-%E2%80%93-Osnovne-karakteristike-javno-privatnih-partnerstava.pdf> (18. 02. 2015.)

⁹⁹³ У раду се користи термин „јавни сектор“ који у тржишним привредама подразумева део националне привреде за који држава, односно њени органи имају директну одговорност и којима се обезбеђује вршење јавних служби ради остварења јавног интереса, за разлику од „приватног сектора“ који подразумева привредне субјекте у приватном власништву који обављају делатност пре свега ради стицања профита.

⁹⁹⁴ Бостонска компанија *Water Works* је још 1652. године, забиљежена као прва приватна фирма у Америци која је обезбеђивала питку воду грађанима.

проширио и на друге пројекте инфраструктуре и јавних услуга. Примери концепта ЈПП, у савременом смислу, у Европи се јављају шездесетих година прошлог века кроз изградњу мреже аутопутева у Шпанији која је отпочела 1968. године.⁹⁹⁵

Модел ЈПП су наставили да се примењују у свим развијенијим земљама.⁹⁹⁶ Због значајног проширења примене ЈПП у Европи и потребе регулисања овог модела сарадње, Европска комисија је донела низ докумената којима регулише ЈПП. Уз неколико директива, најзначајније су Смернице⁹⁹⁷ за успешна ЈПП која су објављена 2003. године, а нарочито „Зелена књига“⁹⁹⁸ о ЈПП из 2004. године. Зелена књига између осталог, анализира партнерство јавног и приватног сектора, одређује које врсте ЈПП обухватају прописи ЕУ о јавним набавкама и који облици се могу уговорати на други начин.

Партнерство јавног и приватног сектора (ЈПП) у данашњем смислу, општи је назив за могуће различите облике повезаности и сарадње тела јавне власти и пословних субјеката чији је циљ осигурање финансирања, изградње, обнове, управљање или

⁹⁹⁵ П. Цветковић, Т. Миленковић-Керковић, *Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања*, Право и привреда, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2011. бр. 4-6, 758. - 770.

⁹⁹⁶ Интерес за ЈПП порастао је 70. и 80. година прошлог века када су европске владе имале проблема са отплатом јавног дуга и инфлацијом. Велики јавни дуг и остали фискални проблеми и данас представљају главни разлог за популарност овог модела. О значају модела ЈПП најбоље говори пример Велике Британије. Доношењем Закона о приватним финансијама у В. Британији је 1990. године први пут законски дефинисан однос јавног и приватног сектора, да би данас ова земља имала најбољи и најтранспарентнији законски оквир за ЈПП на свету. Од 1990. до 2009. године у Европској унији је реализовано око око 1400 пројеката ЈПП чија је укупна вредност процењена на 327 милијарди еура. Доступно на http://www.025info.rs/vesti/ekonomija_11/sta-je-javno-privatno-partnerstvo-primeri-u-svetu_16672.html (15. 02. 2015.).

⁹⁹⁷ Guidelines for Successful Public – Private Partnerships, European commission, March 2003.

⁹⁹⁸ Green Paper on Public private partnerships and community law on public contracts and concessions, European commission 2004.

одржавања инфраструктурних објеката или осигурање финансирања и пружања услуга од јавног интереса.⁹⁹⁹

Сврха ЈПП је укључивање приватног финансирања у развој инфраструктуре, уместо традиционалног финансирања из јавног буџета. Концепт ЈПП се развио у бројним подручјима деловања јавног сектора, а на повећање обима његове примене утичу различити фактори. У ситуацијама буџетског ограничења државе, ЈПП удовољава потреби приватног финансирања јавног сектора. Методе које се успешно примењују у приватном сектору и њихова примена кроз ЈПП обезбеђују потпуније остварење јавног интереса. Развој ЈПП је део шире промене улоге јавног сектора у пружању јавних услуга, који се из улоге непосредног субјекта мења у улогу организатора, регулатора и контролора.¹⁰⁰⁰

ЈПП се дефинише и као „динамичан, развојни процес финансирања пројекта економског развоја, и представља облик сарадње између јавноправног тела и приватног партнера са циљем модернизације изградње како јавне инфраструктуре, тако и стратешких јавних услуга“.¹⁰⁰¹ ЈПП се нарочито афирмише у последњој деценији прошлог века када је у Великој Британији покренута широка иницијатива о подстицању заједничке сарадње између јавне управе и приватног сектора, позната као „приватна

⁹⁹⁹ Д. Авини, *Правна заштита у поступку додјеле јавних уговора - хармонизација хрватског права са Acquis communautaire*, у: Зборнику радова Правног факултета у Сплиту, год 45, 1/2008. 175. - 195.

¹⁰⁰⁰ *Сенди Спрингс* код Атланте у САД је екстреман пример примене ЈПП. Овај град има око сто хиљада становника и само десет запослених у градској управи. Градска управа је пренела на приватног партнера полицију, затвор, ватрогасну службу, водовод и канализацију, услуге одвоза смећа, школу, вртић и др. Овакав модел се показао изузетно ефикасним, тако да су укупни трошкови свих служби који су износили педесет милиона долара док су их обављале јавне службе, након примене модела ЈПП, преполовљени.

Доступно на: http://www.025info.rs/vesti/ekonomija_11/sta-je-javno-privatno-partnerstvo-primeri-u-svetu_16672.html (10. 01. 2015).

¹⁰⁰¹ А. Јовановић, *The Role and Importance of the Public Private Partnership in the Republic of Serbia in Financing Local Economic Development*, у: Зборнику Local Economic and Infrastructure Development of SEE in the context of EU, Академија наука и уметности Босне и Херцеговине, Сарајево, 2013. године, 415. - 425; Н. према: Д. Миленковић, стр. 31.

финансијска иницијатива“ (у даљем тексту: „ПФИ“). Приватна финансијска иницијатива је облик ЈПП, представљен кроз финансирање, извођење и руковођење објектом од јавног интереса као што су школе, болнице и друго.¹⁰⁰²

Основни облици ЈПП су уговорно партнерство и институционално партнерство.

Уговорно ЈПП настаје закључењем јавног уговора између јавног и приватног партнера, којим се међусобно уређују њихова права и обавезе у циљу реализације пројекта ЈПП. Основне врсте уговорног партнерства су: концесије и приватна финансијска иницијатива. Овај модел је облик уговорне сарадње јавног и приватног сектора у коме су држава и локалне власти препуштале приватном сектору да гради путеве, школе, болнице и затворе, при чему су трошкове плаћали приватници, буџет није диран, а по завршеном послу интерес приватника био је убирање прихода од наплате услуга изграђених објеката.

Институционално јавно-приватно партнерство остварује се оснивањем заједничког или докапитализацијом постојећег привредног друштва чији су чланови јавни и приватни партнер и које ће бити носилац реализације пројекта.

Осим ова два основна модела постоји још низ уговорних форми ЈПП, у распону од класичног државног финансирања па све до класичне приватизације. Међународна пракса ЈПП познаје око двадесетак различитих модела, у зависности од степена укључености јавног и приватног сектора у пројектовање, изградњу, одржавање, финансирање, операционализацију, управљање, те преношење ризика код пружања јавних услуга или изградње јавне инфраструктуре.¹⁰⁰³

¹⁰⁰² Приватна финансијска иницијатива представљала је прву свеобухватну државну политику осмишљену на основу заједничке сарадње јавне управе и приватног сектора. ЈПП се у почетку примењивало углавном на једноставније локалне пројекте, да би се касније проширило у виду различитих организационих и финансијских модела, Упоредити: Д. Миленковић, стр. 32.

¹⁰⁰³ Најпознатији модели ЈПП су:

ВОТ – (енгл. build-operate-transfer), сагради – управљај – предај. Приватни партнер гради постројење, управља њим уговорени период и враћа га у јавно власништво;

Велика предност модела јавноприватног партнерства за јавни сектор је у расподели ризика. За разлику од класичне јавне набавке где већину ризика преузима јавни сектор у јавноприватном партнерству ризици се расподељују, зависно од прилика на тржишту, али у правилу већину ризика преузима приватни партнер. Савремени концепт јавно-приватног партнерства обухвата и концесију која се сматра традиционалним обликом јавноприватног партнерства, а произилази из традиционалне теорије јавних служби.¹⁰⁰⁴

ВТО – (енгл. build-transfer-operate), сагради - предај - управљај. Постројење постаје јавно властништво након изградње од стране приватног сектора, а управљање остаје приватно до истека уговора;

ВОО – (енгл. build-own-operate), сагради-поседуј-управљај. Приватник гради, поседује и управља постројењем у потпуности, што је у ствари приватизација,

ВООТ – (енгл. build-own-operate-transfer), сагради-поседуј-управљај-предај. Приватни партнер добија франшизу за финансирање, дизајн, изградњу и управљање добром, као и право наплате коришћења током уговореног периода, након чега се власништво предаје јавном сектору;

РОТ – (енгл. rehabilitate-operate-transfer) обнови-упављај-предај. Приватни партнер обнавља постројење, управља њиме уговорено време и враћа га у јавно власништво. Варијанте овог модела су и LDO – (енгл. lease-develop-operate) изнајми-развиј-управљај, или BDO – (енгл. build-develop-operate), сагради–развиј-управљај модели, где приватни сектор изнајмљује или купује постојеће постројење од јавног сектора, инвестира у реновирање и модернизацију и управља уговорени период;

ВВО – (енгл. buy-build-operate), купи-сагради-управљај је варијанта ВОО модела, где приватни сектор купује постројење, доводи га у оперативно стање и управља њиме у потпуности, што је такође облик приватизације;

ДВ – (енгл. design-build), пројектуј - сагради. Приватни сектор осмишљава и гради пројекат сходно спецификацијама јавног сектора уз фиксну цену и сноси трошковни и пројекти ризик, док одржавање и управљање остаје у рукама јавног сектора;

ДВМ – (енгл. design-build-maintain), пројектуј-сагради-одржавај. Сличан је ДВ моделу, с тим што одржавање постројења је обавеза приватног партнера уговорени период, а јавни сектор остаје власник и управља постројењем;

ДВО – (енгл. design-build-operate), пројектуј-сагради-управљај. Такође варијанта ДВ модела, с тим да је управљање у рукама приватног сектора уговорени период, упоредити: В. Васиљев, стр. 83. - 84

¹⁰⁰⁴ „[...] Класични облици партнерства јавног и приватног сектора махом су били иницирани од стране централне власти и то у облику концесија,“ н. према: Габор Петери, „Партнерство јавног и приватног

Данас, постоје и значајне критике концепта јавно-приватног партнерства, нарочито на рачун неефикасности пружалаца јавних услуга и њихове неспособности да адекватно реагују на уочене потребе, али и критике његових других појавних облика и врста. Ипак, због свих предности јавно-приватног партнерства у односу на традиционални облик обављања ових делатности искључиво од стране јавне власти, можемо закључити да јавно-приватно партнерство представља концепт који је и даље веома инспиративан и привлачан за јавноправни, али и приватни сектор.¹⁰⁰⁵

Данас у Француској превладава став да *акт о концесији* има мешовиту природу, тј. да уговорну природу имају одредбе које се односе на финансирање службе и релације према субјектима, док нормативну природу имају одредбе које утврђују функционисање службе. У француској савременој теорији се говори о управним концесијама као о најширем појму концесија - а које се дефинише као поступак који допушта управи давање одређеног права појединцу или другом правном лицу, под одређеним условима које најчешће садржи уговор којим се утврђују услови поделљивања права, док се посебно помињу још и концесије за обављање јавне службе, концесије за јавне радове, концесије за руднике итд.

Од земаља у региону у Хрватској и Македонији је управни уговор уведен у позитивно законодавство, а предложено је његово увођење и у предлогу новог ЗУП-а Србије који треба убрзо да буде усвојен. Уговор о концесији, како је данас регулисан позитивним правом Србије и других земаља региона, по нашем мишљењу, највећим делом задовољава услове да би се могао сматрати управним уговором. У уговору о концесији с једне је стране увек јавноправно тело, уговор се склапа ради извршења права и обвеза утврђених у решењу које је претходно донето у управном поступку, његово закључење је прописано законом, а постоје ванредне клаузуле у виду

сектора, - добре и лоше стране“ у: Партнерство јавног и приватног сектора – добра и лоша искуства у одабраним земљама у транзицији, (ур. Душан Дамјановић, Татијана Павловић - Крижанић, Габор Петери) ПАЛГО Центар, Београд, стр. 9. - 10.

¹⁰⁰⁵ Више: Д. Миленковић, стр. 32.

овлашћења јавноправног тела да тражи измене уговора у јавном интересу. Сматрамо да није неопходно интервенисати у текст Закона и прописати да је уговор о концесији управни уговор. Наше је генерално стајалиште, наиме, да нема потребе у законским текстовима изричито одређивати поједине уговоре као управне. Довољно је да уговор задовољава све наведене услове и да је његово закључење прописано законом, што је, по нама случај код уговора о концесији. Према томе, након проведене анализе, сматрамо да се уговор о концесији може класификовати као уговор јавног права, уједно тиме придружујући и сам институт концесије породици јавног права.

15.3. Уговори о јавној набавци

Одређени уговори о јавним набавкама, исто као и уговори о концесионираним јавним службама, имају карактер управних уговора. Међутим, уговори о набавкама којима се обезбеђује материјал и услуге за редован рад и редовно функционисање јавне управе (набавка канцеларијског материјала, услуге чишћења и одржавања просторија и опреме, набавке горива за службена возила и друго) су уговори који су најчешће мање вредности и поступак за њихово закључивање је једноставнији (прикупљање понуда, или непосредна погодба). Ови уговори имају све елементе грађанскоправног уговора у коме су уговорне стране јавна управа као наручилац, добављач, са једне, те понуђач са друге стране. Овде су уговорне стране равноправне. Зашто један уговор јавног права који има већину карактеристика управног уговора, ипак спада у уговоре приватног права? Одлучујући елемент који га опредељује као приватноправни је што у овим уговорима није заступљен јавни интерес. Управа закључује уговор, водећи рачуна пре свега о економским ефектима. „Међутим, много значајнији за цело друштво, су они уговори о јавним набавкама у којим је изражен, пре свега, јавни интерес. Такви су на пример били, уговори о обезбеђивању социјалних и санитарних услуга, услуге за едукацију и професионално оспособљавње, или рекреативне, културне и спортске услуге. Број оваквих уговора је готово неограничен и њихово набрајање је немогуће,

јер њихов број и врста зависи од потреба који се мењају у различитим временским периодима под утицајем динамичног развоја свих друштвених односа“.¹⁰⁰⁶

Уговором о јавним набавкама осигуравају се посебни предмети или услуге потребне за обављање јавне службе, што значи да је циљ и овог уговора остварење ширег друштвеног интереса. Сагласно француском правном систему, који се рачуна колевком управног права у Европи, највећи број уговора о јавним набавкама (*marches publics*), као уговори од изузетне економске и друштвене важности, сматрају се управним уговорима и подлежу режиму јавног, тј управног права. То значи, да се на њихово уређење примењују одредбе Кодекса за уговоре о јавним набавкама (*Code des marches publics*), или у буквалном преводу – Кодекс за јавне уговоре, а спорови који произилазе из непоштовања уговорних обавеза у надлежности су специјализованог управног судства, које поступа по правилима управног поступка.¹⁰⁰⁷

Шта је општа карактеристика ових уговора? Чињеница да, по свом карактеру и правној природи, спадају у категорију управних уговора. Критеријуми за овакву њихову квалификацију су следећи: обавезно учешће јавноправног органа; строго прописан поступак за њихово закључивање који почиње са критеријумима за обавезно стављање понуђача у конкуренцију чиме се остварују начела једнакости и транспарентности; садржај одредаба са којима се одступа од правила општег права, преко предвиђања посебних овлашћења јавноправном органу, који одређују његов надређени положај у односу на другу уговорну страну; и коначно, присуство јавног интереса чије обезбеђење представља основни циљ закључења уговора. Уколико су сви ови елементи присутни у уговору о јавној набавци, тада је реч о управном уговору!

¹⁰⁰⁶ Борче Давитовски, *Појам управних уговора и њихово место у македонском правном систему*, стр. 12. и 13.

¹⁰⁰⁷ Б. Давитковски, А. Павловска - Данева, „*Правната природа на договорите за јавни набавки во Република Македонија и компаративно*“, Зборник радова у част проф. др Миле Хаџивасилев, Скопје 2004. стр. 257.

Прихватањем овог става, аутоматски се дерогира претходни закључак и адекватно објашњење да уговори о јавним набавкама, генерално, представљају приватноправне уговоре јавне управе. То може важити само у оној мери уколико нису заступљени претходно наведени елементи. Када се установи њихово присуство, уговор о јавним набавкама поприма карактер управног уговора, чиме напушта област приватног (облигационог) права и помиче се у сферу јавног (управног) права. У складу са овим закључком, и судска заштита спорова који произлазе из ових уговора, обавезно мора бити смештена у оквиру управног спора.¹⁰⁰⁸

У Сједињеним Америчким државама сви уговори управе по принципу представљају део општег уговорног права. Њихов грађански или приватноправни карактер изражава се једноставно, преко чињенице да у САД не постоји посебан систем управног судства у коме би дошло до примене посебних правила јавног права за разрешење спорова између приватних ентитета и управе. Не може се говорити ни о јасно назначеном аутономном систему јавног права, као што је то случај у већини европско-континенталних земаља. У начелу, правила приватног права и правних лекова из приватноправне сфере су општеприменљиви, независно од јавног карактера било које уговорне стране.¹⁰⁰⁹

15.4. Остали управни уговори

Уговори о концесији јавних служби, уговори о јавној набавци услуга од јавног интереса, те уговори о јавно-приватном партнерству за обављање јавних служби су у класичној концепцији управних уговора, правној теорији, па и позитивном праву земаља које су модификовале овај модел, признати као управни уговори. Поред ових уговора познати су и други уговори јавне управе који по својим карактеристикама одговарају управним уговорима и као такви су већином прихваћени у упоредном праву.

¹⁰⁰⁸ Б. Давитовски, *Појам управних уговора и њихово место* [...] стр. 13.

¹⁰⁰⁹ Б. Давитковски, Е. Давитковска, Д. Гоцевски, *Однос између управног (јавног) права и грађанског (приватног) права вс. кодификације грађанског права*, у: *Зборник радова хармонизација права у региону*, 2013. стр. 196.

Већ је наведено да у теорији преовадава став да су сви уговори без обзира да ли су као такви предвиђени позитивним правом, управни уговори, ако испуњавају неке од основних карактеристика изворног модела управних уговора. Према наведеним критеријумима у управне уговоре можемо сврстати и следеће уговоре: 1) предузимачки уговори или уговори о извршењу јавних радова, 2) уговори о набавкама за функционисање јавних служби, 3) уговори о превозу ствари од јавног значаја, 4) уговори о уписивању јавних зајмова, 5) уговори о заузимању јавног добра и др.¹⁰¹⁰

Да је већина земаља приликом увођења управног уговора у своје позитивно право прилагођавала управни уговор властитим условима и потребама, пример је хрватски управни уговор о пореском дугу. Њиме се прописује да пореско тело и порески обвезник могу ради намирења доспелог пореског дуга, у целости или деломично, склопити управни уговор. Закључењем овог уговора омогућава се пореским обвезницима измирење пореског дуга у ратама у току две године, уз обавезу плаћања законске затезне камате. Управни уговор склапа се у писменог облику, слободном вољом субјеката пореско – дужничког односа те има учинак извршног решења донесеног у пореском поступку, а његовим склапањем извршење ће се обуставити само за износ пореског дуга који је предмет уговора. У случају непоштивања одредаба управног уговора, пореско тело једнострано ће раскинути управни уговор решењем против ког се може покренути управни спор, а наплата обавезе из управног уговора наставиће се према одредбама Општег пореског закона¹⁰¹¹ и Стечајног закона¹⁰¹².

Овде је присутна замена управног акта управним уговором, како је и предвиђено Законом о општем управном поступку. Поред тога што је изричитом законском одредбом овај уговор одређен као управни уговор, он испуњава и друге критеријуме које му дају такав карактер. Тако као уговорне стране имамо: 1) јавноправно тело са једне и грађане са друге стране; 2) ванредне клаузуле које се

¹⁰¹⁰ Упоредити: П. Димитријевић, стр. 284.

¹⁰¹¹ Опћи порезни закон *Народне новине* бр. 147/08, 26/15.

¹⁰¹² Стечајни закон *Народне новине* бр. 71/15.

манифестују у већим овлашћењима јавне управе која укључује и могућност једностраног раскида уговора; 3) посебан правни режим који регулише овај уговор у виду посебног закона; 4) јавни интерес да се омогући грађанима да лакше испуне своје пореске обавезе, а да држави обезбеди извеснију наплату својих прихода, 5) као и надлежност управног судства у случају спора који проистекне из овог уговора.

...

На крају овог излагања, као закључак овог поглавља, потребно је одредити један општи појам управног уговора који би обухватао заједничке карактеристике управних уговора без обзира на разлике које су присутне како у основним моделима тако и у схватању овог института у различитим правним системима. Овај задатак је изнимно тежак тим пре што су специфичности појединих модела бројне, а заједничке карактеристике модификоване тако да често замагљују основне принципе на којима почива управни уговор.

На основу свеукупне упоредноправне анализе, свесни релативности уопштавања појмова у вези управног уговора, на основу заједничких карактеристика управних уговора, ипак, можемо предложити његову дефиницију.

Управни уговор је двострани правни посао закључен у писаној форми, између јавноправног тела са једне и приватноправног лица са друге стране, са циљем обављања неке делатности или активности од јавног интереса, а који је регулисан посебним правним режимом.

ГЛАВА ШЕСТА

УПРАВНИ УГОВОР У ПРАВУ СРБИЈЕ

1. Управни уговор у југословенској и српској управноправној теорији

Управни уговор у праву Србије није био познат до почетка XX века, иако је држава закључивала уговоре, радило се о уговорима приватноправне природе. Надлежност за решавање спорова насталих из ових уговора, имали су општи, грађански судови. До промена у схватању правне природе уговора које закључује управа и

могућности другачијег правног режима код закључења ових уговора, долази променом законодавства у овој области. Законом о државном рачуноводству из 1910. године у правни систем Краљевине Србије уводе се уговори управе који су се по начину нормирања разликовали од класичних приватноправних уговора. Овај Закон је у посебном одељку регулисао уговоре управе и набавке, а примена грађанскоправних норми на уговоре управе била је супсидијарна.¹⁰¹³

Као што је раније наведено, за развој уговора управе, па самим тим и управних уговора уско је везан појам јавних служби и њихов развој. Зато је за правилно разумевање настанка и развоја уговора управе са елементима управног уговора, неопходно пратити и развој јавних служби. Тридесетих година прошлог века у југословенског правној теорији дају се различите дефиниције јавне службе. Тако Иво Крбек разликује материјални и формални појам јавне службе. По њему се материјални појам односи на материјалну садржину и циљ службе, а то је вршење друштвено корисних делатности које друштво сматра основним за своју егзистенцију односно за социјални, економски и културни развој, због чега јој се даје значење јавне службе и подвргава се једном специјалном правном режиму различитом од оног у приватној служби, при чему је свеједно које лице извршава ту службу. Код одређивања формалног појма јавне службе, ставља се акценат на носиоца, односно на субјекта који врши јавну службу.¹⁰¹⁴

Због повећања потреба јавних служби, и броја спорова насталих због посебних обележја уговора који се нису могли решавати у оквиру одредаба које су важиле за приватне уговоре, нити у судовима редовне надлежности, у Краљевини СХС донет је

¹⁰¹³ Више: Д. Миленковић, стр. 119.

¹⁰¹⁴ Иво Крбек, *Концесионирана јавна служба*, Мјесечник, Загреб, 1930. бр. 2-3, стр. 51. - 53.

привремени Закон о државном рачуноводству,¹⁰¹⁵ Правилник за извршење одредаба о уговорима и набавкама,¹⁰¹⁶ да би затим дошло до измена закона.¹⁰¹⁷

Изменама Закона долази до значајних промена које су подразумевале да су уговори који су прописани овим законом могли бити закључени између државе, али и државних предузећа која нису била комерцијализована и појединаца, приватноправних лица. Промене су се односиле и на специфичну процедуру приликом закључења, извршења и раскида уговора. Новим прописима се уводи поступак јавног надметања - лицитације који претходи закључењу уговора, и то писмене и усмене лицитације. Директна погодба је предвиђена као могућност закључења уговора, али само као изузетак у таксативно наведеним случајевима. Законом је предвиђен и поступак извршења уговора, измене и могућности раскида, а за разлику од уговора грађанског права држава је у повољнијем положају што није карактеристика општег приватноправног уговора. Наиме, раскид или измена уговора на штету државе нису били могући без њене сагласности, док је држава са друге стране имала право једностраног раскида у случају да сауговорач не поштује услове садржане у уговору.¹⁰¹⁸

Ипак, и поред бројних одступања од општих правила класичног приватноправног уговора, у споровима проистеклим из наведених односа државе и приватноправног лица, Закон је упућивао на редовне судове, надлежне за суђење у грађанским стварима, који су одлучивали у складу са тужбеним захтевом о постојању, дејству уговора и накнади штете. Управо овако одређена надлежност, ако се погледа са стране, није одговарала заштити јавних и државних интереса, јер су принципи на којима почива рад грађанских судова, принципи аутономије воље и једнакости

¹⁰¹⁵ Привремени Закон о државном рачуноводству, *Службене новине КСХС*, бр. 161/1921. члан 82. став 1 и 2. Н. према: Д. Миленковић, стр. 119. и 120.

¹⁰¹⁶ Правилник за извршење одредаба из одељка Б (уговори и набавке), Закона о државном рачуноводству, *Службене новине КСХС*, бр. 265/1921.

¹⁰¹⁷ Закон о изменама и допунама Закона о државном рачуноводству, *Службене новине КСХС*, број 35 - V /1922.

¹⁰¹⁸ Д. Миленковић, стр. 120. - 122.

странака, што у пуној мери није био случај са управним уговорима овог доба. По том питању, француски систем, имао је далеко боље решење.¹⁰¹⁹

Социјалистички правни систем није прихватао управне уговоре, између осталог и јер су били у супротности са схватањима функције државе и њеног административног апарата, као и ограничења која су се односила на приватну својину, а уговори које заључују држава и организације којима су поверена јавна овлашћења, подведени су под општи режим грађанског права. Ипак, и у то време под утицаје француске теорије јавне управе и административног права, један број теоретичара југословенског управног права посвећује пажњу теоријском концепту управног уговора, посебно кроз анализу француске теорије јавних служби и односу романске и германске правне школе према овом институту. Ти теоретичари су пре свих *Иво Крбек*, који за управне уговоре наводи да представљају једну посебну категорију правних аката која свој корен вуче из дуалистичке деобе права на јавно и приватно и да би управни уговор имао бити на подручју јавног права оно што је уговор на подручју приватног права, при чему се управни уговор заључује ради ваљаног функционисања јавне службе.¹⁰²⁰ *Славољуб Поповић*, наводи да су управни уговори велика творевина административно судске праксе Државног Савета,¹⁰²¹ а *Никола Стјепановић*, истиче да се институт управног уговора у то време у немачком праву није развио на онај начин како је то учињено у Француској, између осталог и због различитог схватања појма јавне службе у немачком праву.¹⁰²² *Драгаш Денковић* је тврдио да и социјалистичко право познаје неку врсту управног уговора који се латентно налази у формулацијама појединих закона.¹⁰²³

¹⁰¹⁹ Јована Живић, *Управни уговор*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Тематски број посвећен Славољубу Поповићу, LVII, стр. 281. и 282.

¹⁰²⁰ Иво Крбек, *Основи управног права ФНРЈ*, Загреб, 1957. стр. 382. Н. према: Д. Миленковић, стр. 130.

¹⁰²¹ Славољуб Поповић, *О управним уговорима*, у: *Управно право (студије и чланци)*, Београд 1973. Н. према: Исто.

¹⁰²² Никола Стјепановић, *Управно право ФНРЈ*, Београд, 1958. стр. 30. Н. Према: Исто.

¹⁰²³ Д. Миленковић, стр. 130.

Велику прекретницу у праву Србије у овој области, предвидео је Устав Републике Србије, донет 1990. године.¹⁰²⁴ Први пут, у овом Уставу, поменуто је термин – *јавне службе*. Како би се ближе уредио овај правни институт, донет је исте године и Закон о јавним службама.¹⁰²⁵ Поново се истичу јавне службе као основни појам уговора државе са недржавним субјектима. И у теорији се даље разрађује овај појам, наслањајући се на ставове теорије из периода пре другог светског рата, али и теоретичара у социјалистичкој Југославији. Тако *Иво Борковић*, дефинишући појам јавне службе истиче да она има два одвојена појма: формални и материјални. Он наводи да формални појам јавне службе полази од самог носиоца јавне службе, па тако по њему, самим тим што службу врши неко јавноправно лице она има карактер јавне службе. Материјални појам јавне службе полази од природе службе, од њене материјалне садржине. Тако да би једна служба добила карактер јавне службе, треба да има посебну важност у остваривању одређених интереса за друштвену заједницу.¹⁰²⁶ И други савремени аутори такође дефинишу појам јавних служби, истичући њихов посебан друштвени значај, често посебно наглашавајући важност остварења јавног интереса кроз њихово вршење.¹⁰²⁷ Вршење јавних служби на основу уговора јавне управе са приватноправним субјектом и ови теоретичари доводе у везу са управним уговорима.

У позитивном праву Републике Србије прописи који су у вези са управним уговорима, могу се наћи првенствено у Закону о јавним службама,¹⁰²⁸ и Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама.¹⁰²⁹

¹⁰²⁴ Члан 65. Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, број 1/1990.

¹⁰²⁵ Закон о јавним службама, *Службени гласник РС*, број 42/91.

¹⁰²⁶ И. Борковић, *Управно право* [...] Загреб, 1995. стр. 14.

¹⁰²⁷ Драгољуб Кавран, *Јавна управа*, Београд, 2003. стр. 23.

¹⁰²⁸ Закон о јавним службама у свом 1. члану регулише: “Јавном службом у смислу овог закона сматрају се установе, предузећа и други облици организовања утврђени законом, који обављају делатности, односно послове којима се обезбеђује остваривање права грађана, односно задовољавање потреба грађана и организација, као и остваривање другог законом утврђеног интереса у одређеним областима.

Закон о јавним службама, иако не дефинише изричито појам управног уговора и не предвиђа његово постојање као такво, ипак предвиђа да се поверавање послова од стране Републике, аутономне покрајине и града другим правним и физичким лицима уређује уговором. Овакво дефинисање упућује на оправданост тезе о латентном постојању управних уговора у праву Србије, али и праву других земаља у региону.

Други закон, којим се посредно уређује институт управних уговора је Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама. Код јавно-приватног партнерства из самог назива се да наслутити о каквом се појму ради, док је о појму концесије било речи у делу о концесионираној јавној служби у Француској. Овде подсећамо да се при опредељивању појма концесије јавних служби може поћи од схватања да се она јавља када јавни орган - концедент, поверава физичком или правном лицу – концесионару право да управља једном јавном службом, тако што ће покривати надокнаде узете од корисника.¹⁰³⁰

Иако концесије нису биле непознате југословенском праву, у периоду између два светска рата, право социјалистичке Југославије, међутим није било афирмативно расположено према концесијама, првенствено због облика својине који је тада био доминантан. Концесије су биле дозвољене само за приватну својину или су се односиле на странце, чиме оне и нису имале свој облик у правом смислу речи. Законом о општим условима за давање концесија страним лицима у Републици Србији било је предвиђено да је страном лицу омогућена концесија – дозвола за коришћење обновљивог природног богатства или добра у општој употреби. После уставних промена, извршених деведесетих и промене облика својине, концесијама је био отворен пут

Грађани могу обављати одређене делатности, односно послове из става првог овог члана, у складу са законом.“

¹⁰²⁹ Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник РС* бр. 88/2011.

¹⁰³⁰ Симеон Гелевски, Наум Гризо, Борче Давитковски, *Управно право*, Скопје, 1997. стр. 215. 216. и 217
Н. према: Исто.

уласка у наш правни систем.¹⁰³¹ Прво је донет Закон о концесијама 2003. године¹⁰³², а након тога донет је важећи Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама 2011. године.¹⁰³³

И српска правна теорија по узору на француску теорију и праксу, заузима став да су пре свега уговори о концесијама за јавне службе, по својој правној природи управни уговори. Међутим, поједини теоретичари у Србији и Хрватској заузимају став да су све концесије без обзира на њихове облике управни уговори.¹⁰³⁴ И уговори о јавно-приватном партнерству, у позитивном праву Србије, су по својој правној природи „брат близанац“ уговорима о концесији, јер закон између осталог предвиђа јавно-приватна партнерства са и без концесије.

2. Управни уговор у предлогу новог Закона о општем управном поступку

Управни уговор још увек није експлицитно уведен у позитивно право Србије. Међутим, модернизација јавне управе, њена реформа и нарастајуће потребе за уговорним облицима сарадње јавног и приватног сектора захтевају да се овај институт и званично уведе у позитивно право. Преовладао је став предлагача да се управни уговор уведе у правни систем и то путем Закона о општем управном поступку. Последњим предлогом Закона о општем управном поступку Србије из фебруара 2016.

¹⁰³¹ Ј. Живић, стр. 286.

¹⁰³² Закон о концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 55/03

¹⁰³³ Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник РС* бр. 88/2011.

¹⁰³⁴ Неки аутори не праве разлику између појединих врста концесија у том погледу па тако наводе: „Концесије спадају у домен управног облигационог права, јер се у њима као битан елемент јављају уговори о концесији који су управни уговори.“ М. Петровић, М. Прица, стр. 266; М. Шикић, и др. стр. 432. - 437. Аутори у раду истражују да ли уговор о концесији испуњава све услове који су неопходни за постојање управног уговора по хрватском праву, као што су: 1. један од субјеката уговора мора бити јавноправно тело, 2. склапању управног уговора мора претходити управни поступак и доношење решења о конкретној управној ствари, 3. управним уговором мора се уређивати извршење права и обвеза утврђених решењем, 4. закључење управног уговора мора бити прописано законом.

године, нешто другачије је регулисан управни уговор него што је био у предлогу Нацрта Закона. Наиме, управни уговор се најновијим предлогом Закона о општем управном поступку дефинише као „двострано обавезан писани акт који, кад је то посебним законом одређено, закључују орган и странка и којим се ствара, мења или укида правни однос у управној ствари.“¹⁰³⁵ Закон предвиђа да садржина управног уговора не сме бити противна јавном интересу нити правном интересу трећих лица.¹⁰³⁶

Писмена форма се посебно наглашава тако што се наводи у самој дефиницији управног уговора. Јавни интерес је у нацрту Закона био посебно наглашен као основни циљ закључења уговора, међутим у предлогу Закона се предлагач приклања решењу из хрватског Закона о општем управном поступку, па се регулише да „управни уговор не сме бити у супротности са јавним интересом“, што је по нама непотребно умањење значаја јавног интереса као кључног појма везаног за управни уговор.

Предлог Закона одређује могућност измене управног уговора у случају битно промењених околности. Тако се предвиђа да, „ако би, због околности насталих после закључења управног уговора, које се нису могле предвидети у време закључења уговора, испуњење обавезе за једну уговорну страну постало битно отежано, она може од друге уговорне стране захтевати да се уговор измени и прилагоди насталим околностима“.¹⁰³⁷ (Јавноправни) орган решењем одбија захтев странке ако нису

¹⁰³⁵ Члан 22. став 1. Предлога Закон о општем управном поступку, <http://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080216/080216-vest19.html> (10. 02. 2016.).

¹⁰³⁶ Члан 22. став 2. Предлога ЗУП-а. Претходни предлог је примену управног уговора предвидео широко: „Орган може да закључи управни уговор, поступајући у јавном интересу, без нарушавања права трећих лица, у области јавно-приватног партнерства, концесија, јавних служби, као и у другим областима предвиђеним законом“. Уважавајући опрез предлагача према овом за наше позитивно право новом институту, сматрамо ипак, да значајно редиговање првобитног предлога, по нама није добро решење, јер је јавни интерес основа на којој се заснова већина уговора јавне управе. Није исто када је законом предвиђен јавни интерес као конситутивни услов настанка јавног уговора и када се дефинише да уговор „не сме бити противан јавном интересу“.

¹⁰³⁷ Члан 23. став 1. Предлога Закона о општем управном поступку.

испуњени услови за измену уговора или ако би измена уговора изазвала штету по јавни интерес која би била већа од штете коју би претрпела странка.¹⁰³⁸

Повећана овлашћења управе манифестују се кроз њену могућност једностраног раскида уговора. Тако јавноправни субјект уговор може да раскине ако изостане сагласност странке да се уговор измени због: промењених околности; ако странка не испуњава уговорне обавезе; ако је то неопходно да би се отклонила тешка и непосредна опасност по живот и здравље људи и јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди, а то не може успешно да се отклони другим средствима којима се мање дира у стечена права. Управа раскида управни уговор решењем у коме се изричито наводе и јасно образлажу разлози за раскид.¹⁰³⁹

Ако орган не испуњава уговорне обавезе, странка не може да раскине управни уговор, али може да изјави приговор.¹⁰⁴⁰ Предлог Закона одређује да се на управне уговоре сходно примењују остале одредбе овог закона и супсидијарно одредбе закона којим се уређују облигациони односи.¹⁰⁴¹

Из наведеног је очигледно да се предлагач оваквог модела управног уговора, преваходно ослања на немачки концепт управног уговора. Ово произилази пре свега из дефиниције управног уговора, којом се он одређује као „двострано обавезан“ писани акт, „којим се ствара, мења или укида правни однос у управној ствари“. У дефиницији управног уговора присутни су и елементи класичног модела управног уговора који се

¹⁰³⁸ Члан 23. став 2. Предлога Закона о општем управном поступку. У предлогу закона се користи термин „орган“. Иако је значење појма „орган“ дефинисано у Предлогу закона, по нашем мишљењу адекватнији би био појам „јавноправно тело“ или „јавноправни субјект“ јер је по самом свом називу упућује на субјекте који се могу наћи на јавноправној страни код управног уговора, укључујући и субјекте изван органа државне управе, као што је јавна управа, удружење грађана и друго.

¹⁰³⁹ Члан 24. Предлога Закона о општем управном поступку.

¹⁰⁴⁰ Члан 25. Исто. (Члан 33. Нацрта Закона о општем управном поступку, предвиђао је да ако је неиспуњењем обавезе из уговора нанета штета било којој од уговорних страна, свака од њих има право да захтева накнаду штете пред надлежним судом у парничном поступку) (*прим. аут.*).

¹⁰⁴¹ Члан 26. Предлога Закона о општем управном поступку.

манифестује у чињеници да је једна уговорна страна „орган“ (јавноправни субјект), (мада је ово карактеристика свих модела управних уговора); ванредној клаузули у погледу већих овлашћења управе као уговорне стране; обавези да се при закључењу уговора мора водити рачуна о јавном интересу.

У Предлогу Закона о општем управном поступку, потпуно су изостале одредбе које уређују ништавост управног уговора, па тако изостанак ових одредаба, скромно законско регулисање управног уговора (са свега неколико чланова), чини још скромнијим.¹⁰⁴²

Сматрамо да је управни уговор потребно квалитетније уредити и то материјалним законодавством. Ипак, и овакво регулисање управног уговора, које је предложено у оквиру новог Закона о општем управном поступку, има своју вредност јер коначно омогућава да се управни уговор изричито уведе у правни систем Србије. Очигледна је опрезност и намера предлагача Закона да се за почетак регулишу само најважније одредбе о управном уговору, а да се управној пракси препусти да усмери законодавца на догрању правног режима управног уговора који ће дати примеренију форму и садржај овом важном институту.

3. Уговори о ЈПП, концесијама и јавним набавкама у позитивном праву Србије

У овом делу рада анализирани су позитивноправни прописи који директно или индиректно регулишу јавно-приватна партнерства, концесије и јавне набавке њихови

¹⁰⁴² Члан 34. Нацрта Закона о општем управном поступку предвиђао је ништавост управног уговора: ако није закључен ради остваривања јавног интереса, или ако нису испуњени други услови за његову пуноважност прописани Законом; у другим случајевима предвиђеним Законом за ништавост управног акта; Такође истим чланом било је предвиђено да, ако је само део уговора ништав, уговор ће бити ништав у целини, осим ако је очигледно да би он био закључен и без дела који је ништав. За утврђивање ништавости уговора одређен је суд надлежан за управне спорове поводом тужбе, а одредбе истог члана регулишу и да ништав уговор не производи правна дејства (*прим. аут.*).

елементи који евентуално могу указати да ли су у питању латентни облици управних уговора или не, те изнети ставови домаћих аутора, у вези с овом темом.

Србија је крајем 2011. године, донела Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.¹⁰⁴³ До тада није имала законски експлицитно регулисну област јавно-приватног партнерства. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, заједно са Законом о јавним набавкама,¹⁰⁴⁴ непосредно регулише институт јавно-приватног партнерства.¹⁰⁴⁵ Посредно, јавно-приватно партнерство предмет је регулисања у системским законима чијим се нормама углавном уређује економски систем Републике Србије¹⁰⁴⁶, међу којима су: Закон о комуналним делатностима,¹⁰⁴⁷ Закон о јавној својини,¹⁰⁴⁸ Закон о страним улагањима,¹⁰⁴⁹ Закон о енергетици,¹⁰⁵⁰ Закон о основама

¹⁰⁴³ У члану 1. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, наводи се да се њим уређују: услови и начин израде, предлагања и одобравања пројеката јавно-приватног партнерства; одређују субјекти надлежни, односно овлашћени за предлагање и реализацију пројеката јавно-приватног партнерства; права и обавезе јавних и приватних партнера; облик и садржина уговора о јавно-приватном партнерству са или без елемената концесије (у даљем тексту: јавни уговор) 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 јавно приватно партнерство, као и друга питања од значаја за јавно-приватно партнерство, са или без елемената концесије, односно за концесију. Након четири године примене Закона донет је Закон о изменама и допунама Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник РС* бр. 15/2016.

¹⁰⁴⁴ Закон о јавним набавкама, *Службени гласник РС*, бр. 124/12 и 14/15. Овим законом се не помиње термин - јавно-приватно партнерство, али Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама упућује изричито на примену одредаба Закона о јавним набавкама чиме је овај закон постао његова индиректна садржина.

¹⁰⁴⁵ Предраг Цветковић, Урош Здравковић, *Јавно-приватно партнерство у правном систему Републике Србије – полазна разматрања*, Зборник радова правног факултета у Нишу, LXIII, 2012. стр. 151.

¹⁰⁴⁶ Исто.

¹⁰⁴⁷ Закон о комуналним делатностима, *Службени гласник РС*, бр. 88/11.

¹⁰⁴⁸ Закон о јавној својини РС, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011 и 88/2013. Значај овог закона је у томе што он опредељује области и објекте којим управљају и располажу јединице локалне самоуправе.

својинскоправних односа,¹⁰⁵¹ Закон о тржишту капитала,¹⁰⁵² Закон о преузимању акционарских друштава,¹⁰⁵³ Закон о приватизацији,¹⁰⁵⁴ Закон о агенцији за приватизацију.¹⁰⁵⁵

Правни оквир који чине прописи донети пре Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, омогућавао је различите видове сарадње јавног и приватног сектора - од уговора о поверавању комуналних делатности, па све до заснивања институционалних партнерстава када се оснива ново правно лице. Република Србија, аутономна покрајина и јединице локалне самоуправе могле су да повере пружање комуналних услуга приватним субјектима. Јавни субјект је био у могућности да поверава обављање услуга од општег интереса приватним партнерима путем уговора, којим се дефинишу права и обавезе у вршењу ових делатности, као и права, обавезе и одговорности уговорних страна.¹⁰⁵⁶

У том смислу Закон о локалној самоуправи¹⁰⁵⁷ је обезбеђивао општи правни основ за формирање јавно-приватних партнерстава на локалном нивоу у Србији тако што је омогућио јединицама локалне самоуправе (градовима и општинама) да уговором повере обављање комуналних услуга правном или физичком лицу. Закон је предвиђао

¹⁰⁴⁹ Закон о страним улагањима, *Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002 и 5/2003.

¹⁰⁵⁰ Закон о енергетици, *Службени гласник РС*, бр. 57/2011.

¹⁰⁵¹ Законом о основама својинскоправних односа, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005 .

¹⁰⁵² Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011.

¹⁰⁵³ Закон о преузимању акционарских друштава, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, 107/2009 и 99/2011. - примењује се од 04. фебруара 2012. године.

¹⁰⁵⁴ Закон о приватизацији, *Службени гласник РС*, бр. 83/2014

¹⁰⁵⁵ Закон о Агенцији за приватизацију, *Службени гласник РС*, бр. 38/2001, 135/2004 и 30/2010.

¹⁰⁵⁶ Више: Т. Павловић-Крижанић, Ј. Брдаревић: *Партнерство јавног и приватног сектора у Србији: Оријентација ка правичној подели ризика и исплативости инвестиција* , Партнерство јавног и приватног сектора, добра и лоша искуства у одабраним земљама у транзицији, ПАЛГО Центар, 2010. Београд. стр. 118.

¹⁰⁵⁷ Закон о локалној самоуправи, *Службени гласник РС*, бр. 129/07.

могућност да органи локалне самоуправе у ову сврху оснују јавно-комунална предузећа или друге организације за пружање ових услуга.¹⁰⁵⁸ Међутим, ако обављање комуналне делатности од стране јавног предузећа не би било "рационално", јединица локалне самоуправе је могла поверити ову делатност приватном инвеститору. То значи да орган локалне самоуправе може дозволити приватним партнерима да обављају комуналне делатности као природне монополе само ако обављање тих делатности од стране управе не би било економски рационално с обзиром на обим послова и број корисника. Закон предвиђа услове и начин поверавања комуналних делатности, као и начин контроле тих делатности.¹⁰⁵⁹

Закон о комуналним делатностима допушта општинама, у изузетним случајевима да одаберу приватног партнера за пружање комуналних услуга и без поступка јавног конкурса. Закон такође обавезује да посебна комисија, коју бира општина, организује поступак избора партнера, односно да прегледа приспеле понуде и обави одговарајуће преговоре.¹⁰⁶⁰

Пружање комуналних услуга од стране приватних оператера на основу уговора о поверавању комуналних делатности не пружа приватном партнеру могућност да се самостално, тј. без надзора партнера из јавног сектора ангажује/обавља делатности. Аутори истичу да у области утврђивања цена, уговор о поверавању комуналних делатности даје ограничен простор приватном партнеру да утиче на критеријуме за утврђивање цене производа или услуга. Посебно се наглашава да према Закону о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса, приватна предузећа која обављају делатности од општег интереса имају исте дужности и обавезе у погледу обављања тих делатности као и јавно предузеће или јавна установа. Та одредба

¹⁰⁵⁸ Закон први пут регулише да страним држављанима припадају поједина права у остваривању локалне самоуправе, као што су стварање јавно-приватних партнерства. Упоредити: Дејан Вучетић, *Децентрализација у континенталним правним системима*, докторска дисертација, Ниш, 2012. стр. 164.

¹⁰⁵⁹ Т. Павловић - Крижанић, Љ. Брдаревић, исто.

¹⁰⁶⁰ Исто.

имплицира да у области утврђивања цена, град/општина (као и Влада Републике Србије) задржавају право давања сагласности приватном партнеру приликом промене цена. Чак и кад код јавно-приватног партнера постоји директна повезаност између приватног партнера и крајњег корисника (јавни превоз у Београду је пример таквог аранжмана) и приватни партнер је тај који пружа услуге грађанима, град/општина задржавају право контроле кад је у питању измена висине цена које плаћају корисници услуга. Те цене могу, по потреби, бити субвенционисане.¹⁰⁶¹

Као што је наведено пре Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, појам јавно-приватно партнерство није егзистирао у правном систему Републике Србије.¹⁰⁶² Државни и локални органи према одредбама овог закона могу своје потребе за инфраструктуром и јавним услугама реализовати по моделу јавно-приватног партнерства уз јасно утврђена правила поступања. Закон може бити примењен на све пројекте од јавног значаја, како за пројекте тако и за услуге, који су у надлежности јавних органа и на централном и покрајинском нивоу, као и на нивоу градова и општина. Јавно-приватно партнерство се овим законом дефинише као дугорочна сарадња између јавног и приватног партнера ради обезбеђивања: финансирања, изградње, реконструкције, одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја или управљања њима и пружања услуга од јавног значаја.¹⁰⁶³

Карактеристика јавно-приватног партнерства је да јавни партнер одређује своје потребе у облику излазних спецификација, нивоа перформанси и стандарда за цео век трајања уговора. Јавно-приватно партнерство и по Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама има два облика: уговорно и институционално које

¹⁰⁶¹ Исто, стр. 119.

¹⁰⁶² Према ранијим прописима који су важили пре доношења Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, није се користио појам јавно-приватно партнерство. Иако су уговори који су закључивани између јавног и приватног партнера имали сва обележја јавно-приватног партнерства, они се нису тако називали (*прим. аут.*).

¹⁰⁶³ Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, члан 7. став 1.

подразумева оснивање заједничког привредног друштва са јавним партнером. Истовремено приватни партнер обезбеђује техничке елементе уговора који подразумева пројектовање, изградњу, оперативно спровођење и друго, у складу са излазном спецификацијом јавног партнера. При томе је важна карактеристика овог односа да приватни партнер сноси технички и комерцијални ризик. Јавно-приватно партнерство је модел сарадње два субјекта, од којих је један увек јавни партнер, а други приватни. Јавни партнер може бити: државни орган; јавно предузеће; правно лице које испуњава један од алтернативно постављених критеријума: а) више од половине чланова органа управљања даје јавно тело; б) више од 50% гласова у управљачким органима имају представници јавног тела; в) више од 50% финансирања иде на терет јавног тела. Приватни партнер је физичко или правно лице, домаће или страно, са домаћим или страним учешћем или без њега, или конзорцијум једног или више таквих физичких или правних лица.¹⁰⁶⁴

Основни облик уговорног јавно-приватног партнерства јесте концесија. У закону је концесија дефинисана као уговорно јавно-приватно партнерство, које се закључује 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 концесије. Предмет концесије је комерцијално коришћење природног богатства, односно добра у општој употреби или обављање делатности од општег интереса. Концесиони период не може бити краћи од пет година ни дужи од педесет година, уз могућност да се након истека уговореног периода закључи нови уговор уз избор приватног партнера на начин и у поступку прописаном овим законом. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама разликује два типа јавно-приватног партнерства у форми концесије: концесија за јавне радове и концесија за услуге. Концесија за јавне радове је по својој природи уговор о јавној набавци радова, с том разликом што надокнада за радове концесионару нема

¹⁰⁶⁴ П. Цветковић, *Регулаторни оквир јавно-приватног партнерства, преглед нових решења*, ПОЛИС, Часопис за јавну политику, 2012. бр. 2, стр. 12.

монетарну форму, односно њу не плаћа непосредно наручилац радова. Код концесије за јавне радове надокнада концесионару има форму права на комерцијално коришћење објекта изграђеног јавним радовима. Пример концесије за јавну набавку радова је изградња аутопута или моста, уз надокнаду извођачу као концесионару дефинисану преко његовог права да убире приходе од путарине или мостарине током уговореног периода.¹⁰⁶⁵

Концесија за услуге има природу уговора о јавној набавци услуга. Као и код концесије за јавну набавку радова, надокнада се састоји у праву пружаоца услуга-концесионара да наплати услугу од крајњих корисника. Пример оваквог пројекта јесте изградња инфраструктуре градског трамвајског превоза, где концесионар наплаћује услуге од крајњих корисника и тиме остварује надокнаду за услуге, или изградња социјалне или здравствене установе (школе, болнице, геронтолошки центри, чак и затвори).¹⁰⁶⁶

Институционално јавно-приватно партнерство, подразумева оснивање заједничког предузећа у власништву приватног и јавног партнера, које пружа јавну услугу или гради и/или, одржава јавну инфраструктуру. У Србији, заједничка јавно-приватна предузећа у већинском приватном власништву (најчешће 80% према 20%) у двадесетак градова и општина обезбеђују услуге прикупљања, одвожења и депоновања комуналног отпада, снабдевања гасом, рециклаже итд.¹⁰⁶⁷

Т. Павловић, сматра да увођење теоријске поделе на институционално и уговорно јавно-приватно партнерство не доприноси бољем разумевању основног законског концепта. Наиме, и у уговорним облицима јавно-приватног партнерства по правилу су партнери у обавези да установе друштво посебне намене (у даљем тексту:

¹⁰⁶⁵ Исто, стр. 12. и 13.

¹⁰⁶⁶ Исто, стр. 13.

¹⁰⁶⁷ Т. Павловић Крижанић, *Локална јавно-приватна партнерства у Србији-између прописа и реалности*, ПОЛИС, Часопис за јавну политику, 2012. бр. 2. стр. 19.

ДПН) преко којег ће се у целини пројекат реализовати.¹⁰⁶⁸ Осим тога, ова теоријска подела не резултује и различитим правним режимима за институционално и за уговорно јавно-приватно партнерство. На основу закона, поступак избора приватног партнера је поступак јавне набавке или концесиони поступак. Имајући у виду правну природу Закона о јавним набавкама, у поступку закључења јавно-приватних партнерстава је могућа само сходна примена одговарајућих одредаба Закона о јавним набавкама. У пракси, јавно тело би самостално (уз могућу саветодавну подршку Комисије за јавно-приватно партнерство и концесије) требало да одлучи о врсти поступка који би био најпогоднији у конкретном случају.¹⁰⁶⁹

Закон је продужио рок трајања концесионог уговора са 30 на 50 година, али је проширио и круг давалаца концесије, односно јавних органа и тела који одлучују у поступку давања концесије. У претходном закону о концесијама из 2003. године, давалац концесије је могла да буде само Влада Републике Србије. У складу са принципима Европске повеље о локалној самоуправи и начелима децентрализације и супсидијарности у њој, сада концесију могу да одобравају и Покрајинска Влада и градска или општинска скупштина у стварима из своје надлежности.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁸ Члан 15. Закона о ЈПП и концесијама.

¹⁰⁶⁹ Исто, стр. 19. и 20. Примедба ауторке у погледу недовољног правног разграничења уговорног и институционалног партнерства у Закону о ЈПП и концесијама је вредна разматрања, с тим што сама теоријска подела на уговорно и институционално ЈПП није спорна, јер о њој постоји консензус и у упоредној теорији и законодавству, укључујући и правну регулативу ЕУ и сагласност са правном праксом у правним системима где се успешно примењује (*прим. аут.*).

¹⁰⁷⁰ Исто, стр. 21. Европска повеља о локалној самоуправи и начела децентрализације и супсидијарности у њој су европски правни стандарди, чија је успешна примена тренутно у Србији ипак само идеал коме треба тежити, али ће проћи доста времена док ови принципи у потпуности не заживе. Сматрамо да је за достизање овог циља, потребно значајано подићи институционални, кадровски и организациони ниво развоја појединих општина у Србији. који је данас недовољан да оне самостално (макар и уз стручну помоћ Комисије за ЈПП), прођу комплетан сложен поступак који захтева додела концесија, и њихово успешно функционисање. Наиме, концесије представљају комплексан и веома захтеван подухват, чије се трајање најчешће мери деценијама, и за шта је неопходно ангажовање стручних тимова и експерата из

Новим законодавством о јавно-приватном партнерству и концесијама уведено је посебно јавноправно тело које је у функцији провођења концепта јавно-приватног партнерства у Републици Србији. Одлука о образовању Комисије за јавно-приватно партнерство,¹⁰⁷¹ донета је као подзаконски акт након ступања на снагу Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама. Комисија је замишљена као стручно тело Владе Републике Србије, чије позитивно мишљење је обавезан услов за спровођење сваког пројекта јавно-приватног партнерства. Комисију чини девет чланова, представника одговарајућих министарстава и тела. Одлуком је предвиђено да је представник министарства надлежног за послове економије и регионалног развоја уједно је и председник Комисије, а представник министарства надлежног за послове финансија је његов заменик.

Одлуком су одређене и надлежности Комисије: помаже у припреми предлога за јавно-приватно партнерство како би се олакшао развој јавно-приватног партнерства и јавних уговора; информисе и консултује о питањима јавно-приватног партнерства са елементима концесије или без њих; даје мишљење у поступку одобравања предлога пројекта јавно-приватног партнерства без елемената концесије и у поступку предлагања концесионог акта надлежним органима за одобравање; идентификује и олакшава реализацију најбољих страних искустава за Републику Србију у погледу јавно-приватног партнерства са елементима концесије или без њих; израђује методолошке

различитих области од саме идеје, потребе утврђивања постојања јавног интереса, припреме, израде и/или процене студије оправданости оваквог пројекта и друго. Имајући у виду да републичкој Комисији за јавно-приватна партнерства стоје на располагању значајни кадровски и стручни ресурси Владе ради утврђивања оваквих пројеката, па да и у тим условима постоје бројне потешкоће у извршењу оваквих активности, сматрамо оправданим питање: Да ли је давање овлашћења Општинама да закључују уговоре о концесији у овом обиму, на овакав начин и оваквим околностима, преурањено? (*прим. аут.*)

¹⁰⁷¹ Одлука Владе Републике Србије о образовању Комисије за јавно-приватно партнерство (у даљем тексту - „Комисија“) од 09. фебруара 2012. године, *Службени гласник РС*, бр.13/12; Одлука је више пута мењана, али само у погледу персоналног састава Комисије. Доступно на: <http://www.ppp.gov.rs/> (10. 01. 2015.)

материјале у области јавно-приватног партнерства и др. Одлука о образовању Комисије за јавно-приватно партнерство предвиђа да је за спровођење пројекта сваког јавно-приватног партнерства неопходно прибавити позитивно мишљење Комисије.¹⁰⁷² Позитивно мишљење подразумева већину гласова чланова Комисије и глас представника Комисије испред Министарства финансија. Комисија подноси годишњи извештај о раду Влади РС, која плаћа надокнаду за рад члановима Комисије. Истиче се да до сада, Комисија није користила европске предприступне фондове за финансирање рада.¹⁰⁷³

У прве три године примене Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама поднесен је двадесет један предлог пројекта јавно-приватног партнерства, од којих је Комисија дала позитивно мишљење на деветнаест.¹⁰⁷⁴ Највише пројекта (седам) односи се на јавне службе и услуге превоза у градском и/или приградском саобраћају. По три пројекта се односе на градске топлане и гријање, те услуге прикупљања, одвоз отпада и смећа и регулисање депоније, осам пројекта се односе на остале услуге. Остали пројекти су у различитим фазама реализације. О овоме ће детаљније бити речи у одељку у којем се говори о пракси јавно-приватног партнерства и концесија у Србији. Нема довољно транспарентних, прецизних, информација колико је пројекта у потпуности завршено, али према доступним подацима, ради се о мањем броју. Мало реализованих сложених пројекта јавно-приватног партнерства, се може објаснити релативно кратким временским периодом од њиховог увођења, али код једноставнијих пројекта реализација би морала бити значајно већа.

У институционалном оквиру за јавно-приватно партнерство, осим Комисије, улогу има још пет јавних тела у Србији. Министарство финансија је укључено у процес

¹⁰⁷² Одлука о образовању Комисије за јавно-приватно партнерство став 5.

¹⁰⁷³ Владимир Васиљев, *Јавно-приватна партнерства у Европској унији и Србији – Развој модела, тржишта и законског оквира*, докторска дисертација, ФПН, Београд, 2015. стр. 185.

¹⁰⁷⁴ Комисија за јавно-приватно партнерство/мишљења комисије, доступно на: <http://www.ppp.gov.rs/izvestaji-komisije> <http://www.ppp.gov.rs/misljenja-komisije> (22. 02. 2015).

одобравања јавно-приватног партнерства и финансијски надзор потписаних уговора. Министарство процењује буџетске импликације и фискални ризик предложених јавно-приватних партнерстава. Мишљење Министарства финансија је предуслов за одобравање јавно-приватног партнерства или концесије коју предлаже јавни партнер. Ресорна министарства се јављају као јавни партнери за пројекте јавно-приватног партнерства на државном нивоу. Аутономна Покрајина Војводина и локалне управе имају аутономију у одабиру јавно-приватног партнерства аранжмана за локалне јавне сервисе попут јавног транспорта, водоснабдевања, локалних путева, одлагања отпада, јавне расвете, развоја економије, културе и образовања. У фази набавке јавно-приватног партнерства, заштиту права уговорним странама обезбеђује Републичка комисија за заштиту права у процедурама јавних набавки. Ова комисија има седам чланова које бира Скупштина на пет година.¹⁰⁷⁵

Државна ревизорска комисија контролише буџетску потрошњу државног, покрајинског и локалних буџета, као и буџета јавних предузећа. Основана је 2005. и извештаје подноси Скупштини. Ревизији подлежу све активности јавног сектора, укључујући и јавно-приватне аранжмане.¹⁰⁷⁶

Као што је наведено, Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама донет је крајем 2011. године и заменио је стари Закон о концесијама из 2003. Закон има 78 чланова разврстаних у 11 поглавља: основне одредбе; јавно-приватно партнерство; поступак и начин доделе јавних уговора; јавни уговори; престанак јавно-приватног партнерства и последице престанка; заштита права; решавање спорова; надзор; Комисија за јавно-приватно партнерство; права и обавезе у поступку реализације јавних уговора; прелазне и завршне одредбе.¹⁰⁷⁷ Закон о ЈПП и концесијама донет је ради реализације следећих циљева: а) јачања финансијских капацитета расположивих за изградњу инфраструктуре; б) остваривања вишег квалитет јавних услуга; в)

¹⁰⁷⁵ В. Васиљев, исто.

¹⁰⁷⁶ Исто.

¹⁰⁷⁷ Исто, стр. 186.

реализације транспарентности процедуре располагања и коришћења јавних ресурса; г) усклађености правног оквира ЈПП са прописима ЕУ и “добром праксом”.¹⁰⁷⁸

У првом члану, Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама дефинише области које регулише. Закон уређује: услове и начин изградње, предлагања и одобравања пројеката јавно-приватног партнерства; одређује надлежне/овлашћене субјекте за предлагање и реализацију пројеката јавно-приватног партнерства; права и обавезе јавних и приватних партнера; облик и садржину уговора о јавно-приватном партнерству са или без елемената концесије и правну заштиту у поступцима доделе јавних уговора; услове и начин давања концесије, предмет концесије, овлашћене/надлежне субјекте за поступак давања концесије, престанак концесије; заштиту права учесника у поступцима доделе јавних уговора; оснивање, положај и надлежност Комисије за јавно-приватно партнерство; друга питања од значаја за јавно-приватно партнерство, са или без елемената концесије, односно за концесију.¹⁰⁷⁹

Предмет јавно-приватног партнерства у смислу Закона јесте дугорочна сарадња јавног и приватног сектора ради обезбеђења финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја и пружања услуга од јавног значаја, које може бити уговорно или институционално. Важно је напоменути: предмет јавно-приватног партнерства, не може бити искључиво комерцијално коришћење добра у општој употреби. Елемент остваривања јавног интереса је, дакле, конститутивни за постојање јавно-приватног партнерства: без тог елемента, пројекат није јавно-приватно партнерство у смислу Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама. За реализацију таквог пројекта (комерцијалног, без реализације јавног интереса), јавно тело (влада, локална самоуправа и слично) може

¹⁰⁷⁸ П. Цветковић, У. Здравковић, стр. 152.

¹⁰⁷⁹ Члан 1. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011. (У даљем тексту: Закон о ЈПП и концесијама).

користити друге правне механизме (уговор о закупу нпр.). Поменути механизми остају изван оквира примене Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.¹⁰⁸⁰

Пример када нема основа за примену јавно-приватног партнерства, јесте када локална самоуправа (или друго јавно тело) располажу (продају или дају у закуп) земљиште за изградњу објекта или постројења за индустријску производњу. Реч је о располагању које има за циљ стављање у функцију одређеног економског ресурса (земљишта), с циљем његовог оптималног коришћења у економској активности. Јавни интерес се исцрпљује, односно започиње и завршава се обавезом инвеститора (купца или закупца) да земљиште користи за обављање привредне делатности, уз поштовање системских закона (пореско, радноправно, еколошко и друго законодавство).¹⁰⁸¹

Начела јавно-приватног партнерства и концесија у пословима закључивања јавних уговора су следећа: заштита јавног интереса; ефикасност; транспарентност; једнак и правичан третман; слободна тржишна утакмица; пропорционалност; аутономна воља и равноправност уговорених страна и заштита животне средине. Начела јавно-приватног партнерства и концесија у пословима давања концесија су, поред претходних и: слобода кретања робе; слобода пружања услуга; забрана дискриминације; начело узајамног признавања. Поменута начела су основ за тумачење одредаба Закона.¹⁰⁸²

Србија је правним регулисањем јавно-приватног партнерства по угледу на развијене европске земље и у складу са европским законодавством и начелима, имала за циљ приближавање правним, економским и другим европским стандардима у овој области. Законодавац је водио рачуна о заштити права учесника у поступцима доделе

¹⁰⁸⁰ П. Цветовић, У. Здравковић, исто.

¹⁰⁸¹ Исто, стр. 152. и 153.

¹⁰⁸² Исто.

јавних уговора, чему се у Европској унији посвећује посебна пажња. Међутим, постоји мишљење да неке одредбе закона нису у складу са начелима Европске уније.¹⁰⁸³

Закон дефинише јавно-приватно партнерство као дугорочну сарадњу између јавног и приватног партнера ради обезбеђивања финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја и пружања услуга од јавног значаја, које може бити уговорно или институционално.¹⁰⁸⁴ Закон дефинише три облика јавно-приватног партнерства: уговорно, институционално и концесију.

¹⁰⁸³ Тако В. Васиљев сматра да је члан 3. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, једним својим делом у супротности са законодавством Европске уније. Наиме, овај члан регулише изузећа од примене закона. И док је по мишљењу аутора, први став члана 3. оправдан, јер изузима од закона јавно-приватна партнерства која би захтевала на увид достављање информација чије би откривање угрозило безбедност Републике Србије, дотле преостала два става сматра проблематичним. Наиме, у другом ставу се од закона изузима јавно-приватно партнерство засновано на међународним уговорима које је Србија закључила са једном или више држава због реализације или коришћења разних пројеката, а у трећем се из закона изузимају ЈПП у експлоатацији јавне телекомуникационе мреже, тј. пружања телекомуникационих услуга. Аутор сматра да су ова два става циљано имплементирана у закон како би се сачували интереси у пословима Јужног тока и приватизације Телекома, због чега је Европска комисија већ реаговала и упозорила Србију да сматра да је пројекат Јужног тока у супротности са начелима доделе јавних пројеката, а да ће и са Телекомом Србија имати исти проблем кад буде актуелан. Аутор закључује да уколико остану на снази наведене одредбе Закона то отвара простор за злоупотребе, директне погодбе без тендера и корупцију на највишем нивоу. В. Васиљев, стр. 186. и 187. Мишљења смо да је учачавање проблема и аргументација аутора на месту. Међутим, имајући у виду сву сложеност политичко-економских односа у данашњој Европи и свету, сматрамо да са великом резервом треба приступити безусловном некритичком прихватању искључиво европских правила у тренутном „економском рату“ између САД и Европе са једне и Русије са друге стране, посебно у енергетском сектору. Наиме, пракса показује да су поједина правна начела на којима инсистирају најразвијеније земље, под снажни утицајем политике и често параван за заштиту њиховим економских интереса, који се не поклапају са интересима земаља у транзицији као што је Србија (*прим. аут.*)

¹⁰⁸⁴ Члан 7. Закона о ЈПП и концесијама; Васиљев у вези са овим чланом, чини нам се с правом указује на постојање колизије између првог и седмог става овог члана. Наиме, први став забрањује, док седми став дозвољава комерцијалну делатност. По нашем мишљењу аутор потпуно оправдано критикује нејасно

Закон регулише да међусобна права и обавезе у реализацији пројекта јавно-приватног партнерства са, или без елемената концесије, уговорне стране уређују јавним уговором, чија је садржина прописана истим Законом. Јавним уговором којим се даје концесија уређују се права и обавезе даваоца концесије и концесионара у складу са одредбама овог закона и одредбама посебних прописа којима се уређује област из које је предмет концесије. Овде је законски регулисано оно што теорија познаје као *уговорно јавно-приватно партнерство*. Предвиђа се и супсидијарна примена закона којим се уређују облигациони односи.¹⁰⁸⁵

Институционално јавно-приватно партнерство Закон заснива на односу јавног и приватног партнера као чланова заједничког привредног друштва које је носилац реализације пројекта ЈПП. Овај однос се може заснивати на оснивачким улозима у новооснованом привредном друштву или на стицању власничког удела, односно докапитализацији постојећег привредног друштва. Оснивачка и управљачка права уређују се слободно између чланова ДПН у складу са законом којим се уређује положај привредних друштава. Поступак избора приватног партнера се одвија према одредбама Закона и критеријумима којима се уређује поступак давања концесије. Након спроведеног поступка избора приватног партнера, јавно тело и одабрани приватни партнер закључују уговор о оснивању заједничког привредног друштва чија је сврха реализација пројекта ЈПП. На садржину уговора о оснивању заједничког привредног друштва, примењују се одредбе закона којим се уређују облигациони односи и закона којима се уређује положај привредних друштава.¹⁰⁸⁶

дефинисање појмова „комерцијално коришћење добра у општој употреби“ и „комерцијалној делатности у оквиру реализације пројекта јавно-приватног партнерства“ сматрајући да ови појмови нису довољно јасни, те да „није јасно ни како се може забранити комерцијална делатност када је поврат инвестиције и остварење профита код оваквих уговора основни циљ приватног партнера“. В. Васиљев, стр. 188.

¹⁰⁸⁵ Члан 8. Закона о ЈПП и концесијама.

¹⁰⁸⁶ Члан 9. Исто.

Концесија је законом дефинисана као уговорно јавно-приватно партнерство са елементима концесије у коме је јавним уговором уређено комерцијално коришћење природног богатства, односно добра у општој употреби која су у јавној својини или обављања 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 концесије.¹⁰⁸⁷

Концесија за јавне радове, у смислу овог закона је уговорни однос истоветан уговору о јавној набавци којим се врши набавка радова у складу са законом којим се уређују јавне набавке, осим чињенице да се накнада за јавне радове састоји или од самог права на комерцијално коришћење изведених радова или од тог права заједно са плаћањем. Концесија за услуге, у смислу овог закона је уговорни однос истоветан уговору о јавној набавци услуга у складу са законом којим се уређују јавне набавке, ако се накнада за пружене услуге састоји или од самог права на комерцијално коришћење, односно пружање услуга или од тог права заједно са плаћањем.¹⁰⁸⁸

Одређујући предмет концесија Закон предвиђа да се концесија може дати ради комерцијалног коришћења природног богатства, односно добра у општој употреби која су у јавној својини или обављања делатности од општег интереса, а нарочито: 1) за истраживање и експлоатацију минералних сировина и других геолошких ресурса; 2) за поједине делатности унутар заштићених подручја природе, као и за коришћење других заштићених природних богатстава; 3) у области енергетике; 4) за луке; 5) за јавне путеве; 6) за јавни превоз; 7) за аеродроме; 8) у области спорта и образовања; 9) на културним добрима; 10) за комуналне делатности; 11) у области железница; 12) за комерцијално коришћење жичара; 13) у области здравства; 14) у области туризма; 15) и другим областима. Осим питања поступка, сва друга питања од значаја за давање

¹⁰⁸⁷ Члан 10. ст. 1. Исто.

¹⁰⁸⁸ Члан 10. ст. 2. и 3. Исто.

концесија за поједину област или делатност, могу се уредити посебним законом којим се уређује та област или делатност.¹⁰⁸⁹

Концендент може бити Влада, влада аутономне покрајине, скупштина јединице локалне самоуправе и јавно предузеће. Концесионар може бити свако домаће или страног физичко или правно лице, док групе привредних субјеката могу наступати као учесници у поступку и нису у обавези да на тендеру имају посебне правне форме пре доделе јавног уговора, али за све учеснике чија је понуда оцењена као најповољнија је та правна форма обавезна након доделе јавног уговора.¹⁰⁹⁰

Законом о ЈПП и концесијама предвиђа се могућност закључења уговора у периоду од минимално 5 до максимално 50 година, уз могућност закључења новог уговора након његовог истека по поступку додељивања јавног уговора који прописује исти Закон. Критеријум трајања уговора јесте време потребно за амортизацију улагања приватног партнера, узимајући у обзир ризик повезан са комерцијалним коришћењем предмета уговора. Уговорни рок почиње тећи даном потписивања јавног уговора, и не може се продужити осим у случају да је приватни партнер без своје кривице онемогућен у спровођењу уговорних обавеза.¹⁰⁹¹

Закон предвиђа могућност да заинтересовано лице покрене иницијативу за склапање јавно-приватног партнерства са или без елемената концесије. Јавноправно тело приликом разматрања самоиницијативног предлога приватног лица, прво разматра да ли је предложени пројекат у јавном интересу. Ако се утврди да је самоиницијативни предлог у јавном интересу и ако јавно тело одлучи да покрене тај пројекат, јавноправно тело поступа у складу са поступком предвиђеним одредбама овог закона којима се уређује поступак давања концесије.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁹ Члан 11. Исто.

¹⁰⁹⁰ Члан 13. и 14. Исто.

¹⁰⁹¹ Члан 18. Исто.

¹⁰⁹² Члан 19. Исто. Овај члан садржи једну нелогичност. Наиме, став 5. истог члана предвиђа да предлагач има право да учествује у поступку доделе уговора ако његово учешће у припреми предлога

Поступак доделе јавног уговора за јавно-приватно партнерство започиње објављивањем јавног позива од стране тела које спроводи поступак. Јавни позив се објављује на српском и енглеском језику у Службеном гласнику Републике Србије; средству јавног информисања које се дистрибуира у целој Србији; интернет страници јавног тела које покреће поступак и на web порталу јавних набавки. Ако је пројекат у вредности преко пет милиона евра, обавезна је и објава на интернет страници *Tenders Electronic Daily* - web верзији Службеног листа ЕУ – ОЈЕУ.¹⁰⁹³

Поступак избора приватног партнера је или поступак јавне набавке одређен законом којим се уређују јавне набавке или поступак давања концесије одређен Законом о ЈПП и концесијама. Јавни уговор закључује се као уговор о јавној набавци или као уговор о концесији. Ако реализација пројекта ЈПП подразумева давање концесије, односно пружање услуга са правом на експлоатацију конкретне услуге и

пројекта не нарушава конкуренцију. У ставу 6. предвиђено је да ако предлагач има конкурентску предност, јавно тело свим другим заинтересованим лицима или понуђачима обезбеђује све информације потребне да се неутралише таква предност. Став 7. регулише да ако се конкурентска предност не може неутралисати, лице из става 5. овог члана се мора искључити из поступка доделе јавног уговора! Сматрамо да овакво законско решење може да смисао ове одредбе преокрене у њену супротност. Наиме, ова одредба је непрецизна и не даје поуздане критеријуме за оцену конкурентске предности. Штитећи начело конкурентности, законодавац је по нама овим одредбама дово у питање начело једнакости. Наиме, иницијатор закључења уговора, би могао бити стављен у неповољнији положај у односу на друге понуђаче, само зато што је био довољно предузимљив, да први покрене иницијативу за реализацију одређеног пројекта. Он би свакако имао трошкове за израду одговарајуће студије оправданости, као и постојања јавног интереса за оваквим јавно-приватним партнерством. Стога би требало у случају више понуда исте вредности, да има предност у односу на друге учеснике у поступку конкуренције. Овакво решење је дестимулативно за приватне субјекте, јер их ставља у ризик да управо они који су показали највише иницијативе и уложили средства за доказивање оправданости пројекта буду елиминисани из поступка доделе јавног уговора. У позитивним прописима Републике Српске нпр., је ово питање решено потпуно другачије. Подносиоцу иницијативе за закључење уговора о концесији, приликом бодовања, у складу са правилима о отварању и вредновању понуда, додељује се бонус од 10% бодова у односу на оне које добије, што му даје предност у односу на друге понуђаче (*нр. прим. аут.*).

¹⁰⁹³ В. Васиљев, стр. 190.

правом на наплату, поступак избора приватног партнера спроводи се у складу са одредбама овог закона. Ако концесија која се додељује има претежно обележја концесије за јавне радове, на поступак одабира концесионара/приватног партнера примењују се поступци јавне набавке, одређени законом којим се уређују јавне набавке.¹⁰⁹⁴ На јавни уговор који треба да обухвати више предмета концесије примењују се правила која важе за предмет за чију реализацију је јавни уговор превасходно намењен.¹⁰⁹⁵

Закон регулише садржај јавног уговора тако што предвиђа да њиме буду обухваћене све одредбе, услови и друге клаузуле које јавни партнер сматра корисним за испуњавање задатка приватног партнера и за однос приватног партнера са другим учесницима који играју значајну улогу у реализацији ЈПП са или без елемената концесије.

"Приликом одређивања одредаба и услова јавног уговора, јавни партнер уређује следећа питања: 1) карактер и обим радова које треба да изврши и/или услуга које треба да обезбеди приватни партнер и услове за њихово обезбеђење, под условом да су наведени у јавном позиву; 2) расподела ризика између јавног и приватног партнера; 3) одредбе о минималном захтеваном квалитету и стандарду услуга и радова у интересу јавности или корисника услуга или јавних објеката, као и последице неиспуњења ових захтева у погледу квалитета,[...] 4) обим искључивих права приватног партнера, ако постоје; 5) евентуалну помоћ коју јавни партнер може пружити приватном партнеру за добијање дозвола и одобрења потребних за реализацију ЈПП или концесије; 6) захтеве у вези са ДПН у погледу: правне форме, оснивања, минималног капитала и минималних других средстава или људских ресурса, структуре акционара, организационе структуре и пословних просторија као и пословних активности ДПН; 7) власништво над средствима која се односе на пројекат и по потреби, обавезе уговорних страна у погледу стицања пројектних средстава и евентуално потребних службености; 8) висина

¹⁰⁹⁴ Члан 20. Закона о ЈПП и концесијама.

¹⁰⁹⁵ Члан 45. Исто.

и начин израчунавања концесионе накнаде, ако је има; 9) накнада приватном партнеру, без обзира да ли се састоји од тарифа или накнада за обезбеђене објекте или услуге, начин и формула за утврђивање, периодично усклађивање и прилагођавање тих тарифа или накнада, евентуалне исплате које јавни партнер треба да изврши приватном партнеру; 10) механизми за повећање или смањење накнаде (без обзира на правни облик) приватном партнеру у зависности од доброг или лошег квалитета његових услуга/објеката; 11) поступак који јавни партнер користи за разматрање и одобравање пројеката, планова изградње и спецификација, као и поступци за тестирање и коначну инспекцију, одобрење и пријем инфраструктурног објекта као и извршених услуга, ако је потребно; 12) поступци за измене пројеката, планова изградње и спецификација ако их једнострано утврђује јавни партнер и поступци за сагласност о евентуалном продужењу рокова и/или повећању накнаде (укључујући трошкове финансирања); 13) обим обавезе приватног партнера да зависно од случаја обезбеди измену објеката или услуга у току трајања уговора да би се удовољило измењеној стварној тражњи за услугом, њеном континуитету и њеном пружању под суштински истим условима свим корисницима, као и последице тога на накнаду (и трошкове финансирања) за приватног партнера; 14) могући обим измена јавног уговора након његовог закључења, лица која имају право да то захтевају и механизам за усаглашавање тих измена; 15) евентуална права јавног партнера да приватном партнеру одобри закључење најважнијих подизвођачких уговора или уговора са зависним друштвима приватног партнера или са другим повезаним лицима; 16) јемства која треба да обезбеди приватни партнер или јавни партнер (укључујући јемства јавног партнера финансијерима); 17) покриће осигурањем које треба да обезбеђује приватни партнер; 18) расположиви правни лекови у случају да било која уговорна страна не изврши своје уговорне обавезе; 19) мера у којој било која уговорна страна може бити изузета од одговорности за неизвршење или кашњење у испуњењу уговорних обавеза услед околности реално ван њене контроле (виша сила, промена закона и сл.); 20) рок трајања јавног уговора и права и обавезе уговорних страна након његовог истека (укључујући и стање у којем се имовина мора предати јавном партнеру), поступак продужења уговореног рока укључујући његове последице на финансирање пројекта; 21) компензација и пребијање потраживања; 22) последице штетне промене прописа; 23) разлози и последице превременог раскида

(укључујући минималан износ који се мора исплатити јавном или приватном партнеру), уговорне казне и одговарајуће одредбе предвиђене у тачки 19. овог става; 24) евентуална ограничења одговорности уговорних страна; 25) сви споредни или повезани уговори које треба закључити, укључујући и оне намењене лакшем финансирању трошкова везаних за пројекат, као и ефекте тих уговора на јавни уговор. То нарочито обухвата посебне одредбе којима се јавном партнеру дозвољава да закључи уговор са финансијерима приватног партнера и да обезбеди права на пренос јавног уговора на лице које наведу финансијери у одређеним околностима; 26) меродавно право и механизам за решавање спорова; 27) околности под којима јавни партнер или одређено треће лице може (привремено или на други начин) преузети вођење објекта или другу функцију приватног партнера како би се обезбедило делотворно и непрекидно вршење услуге и/или објекта који су предмет уговора у случају озбиљних пропуста приватног партнера у извршавању његових обавеза; 28) опорезивање и фискална питања – ако постоје.¹⁰⁹⁶

Закон такође предвиђа обавезну сагласност Владе ако јавни уговор, неовисно о јавном телу које га закључује, садржи одредбе које на било који начин доводе до одговорности Републике Србије или имају директног утицаја на буџет Републике Србије, а у случају неприбављања ове сагласности, такве одредбе у уговору су ништаве по сили закона.¹⁰⁹⁷ Јавни партнер дужан је, пре потписивања јавног уговора, да преузме од одабраног најповољнијег понуђача потребне све врсте гаранција и средстава обезбеђења наплате концесионе или друге накнаде, као и накнаде могуће штете настале због неиспуњења обавеза из јавног уговора (зложне изјаве, банкарске гаранције, лична јемства, менице и др.), у складу с проценом очекиване вредности која произилази из права датог јавним уговором.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁶ Члан 46. Исто.

¹⁰⁹⁷ Исто.

¹⁰⁹⁸ Члан 48. Исто.

Финансирање пројекта предвиђеног јавним уговором од стране приватног партнера предвиђено је кроз комбинацију директних улагања у капитал или путем задужења, укључујући без ограничења структурирано или пројектно финансирање и сл. обезбеђено од стране међународних финансијских институција, банака, односно трећих лица - финансијери. Уз претходну сагласност јавног партнера, приватни партнер може да додели, оптерети хипотеком, заложи, у периоду и обиму предвиђеним законом било које своје право, односно обавезу из јавног уговора или другу имовину везану за пројекат, у корист финансијера, а у циљу обезбеђивања плаћања било ког насталог или будућег потраживања у вези са изградњом и финансирањем, односно рефинансирањем ЈПП-а. На захтев финансијера и приватног партнера, јавни партнер може прихватити да да одређена разумно захтевана обезбеђења и прихвати преузимање одређених одговорности које су неопходне приватном партнеру у вези са било којом обавезом из јавног уговора. Обезбеђење из става 3. овог члана може подразумевати и закључење посебног директног уговора између јавног партнера, приватног партнера и финансијера.¹⁰⁹⁹

На захтев јавног, односно приватног партнера или банке, односно друге финансијске институције јавни уговор се може изменити, осим измена које би се односиле на: предмет уговора; рок на који је уговор закључен; и код јавних уговора о концесији, понуђена концесиона накнада. На поступак измене јавног уговора, примењују се одредбе овог закона којима се уређује закључење уговора.¹¹⁰⁰ У случају концесије за радове, давалац концесије може, без спровођења новог поступка давања концесије, концесионару доделити додатне радове који нису били укључени у почетно разматрани пројекат концесије или у основни јавни уговор о концесији, а који су због

¹⁰⁹⁹ Члан 49. Исто. Оваква врста директног уговора између уговорних партнера и финансијера је уобичајена пракса, јер финансијске организације, најчешће банке, у циљу смањења ризика улагања, обавезно учествују у свим фазама од закључења уговора до реализације пројекта којег финансирају.

¹¹⁰⁰ Члан 50. Исто.

непредвиђених околности постали неопходни за извођење радова, у складу са одговарајућим одредбама закона којим се уређују јавне набавке.¹¹⁰¹

Закон предвиђа тзв. „стабилизациону клаузулу“, која подразумева да ако се након потписивања јавног уговора измене прописи на начин који погоршава положај приватног или јавног партнера, уговор се може изменити без ограничења у обиму неопходном да се партнери доведу у положај у моменту закључења јавног уговора.¹¹⁰²

ЈПП са или без елемената концесије престаје: 1) испуњењем законских услова; 2) раскидом јавног уговора због јавног интереса;¹¹⁰³ 3) споразумним раскидом јавног уговора; 4) једностраним раскидом јавног уговора; 5) правноснажношћу судске одлуке којом се јавни уговор оглашава ништавим или поништава. ЈПП са или без елемената концесије престаје испуњењем законских услова: истеком рока на који је закључен јавни уговор; смрћу приватног партнера, односно ликвидацијом или стечајем приватног партнера.¹¹⁰⁴

Јавни партнер може једнострано раскинути јавни уговор ако приватни партнер: не испуњава своје обавезе у погледу плаћања концесионе накнаде; не обавља радове или не пружа услуге према стандардима и у складу са уговором; ако не спроводи мере и радње неопходне ради заштите добра у општој употреби, односно јавног добра, ради заштите природе и културних добара; и у другим случајевима у предвиђеним законом, те у складу са одредбама јавног уговора и општим правилима облигационог права и прихваћеним правним правилима за конкретну врсту уговора. Критеријуми процене услова за раскид утврђују се јавним уговором. Пре раскида се писмено упозорава приватни партнер и даје се разуман рок за отклањање пропуста. У случају једностраног

¹¹⁰¹ Члан 51. Исто.

¹¹⁰² Члан 52. Исто.

¹¹⁰³ Право јавноправног партнера да раскине уговор о јавно-приватном партнерству због јавног интереса је управо једна од стандардних карактеристика управног уговора (*прим. аут.*).

¹¹⁰⁴ Члан 53. Исто.

раскида јавног уговора од стране јавног партнера јавни партнер има право на накнаду штете у складу са општим правилима облигационог права.¹¹⁰⁵

Приватни партнер може једнострано раскинути јавни уговор ако јавни партнер поступа на начин који доводи до неодрживости уговорног односа или који у потпуности ремети могућности приватног партнера у спровођењу јавног уговора. Разлози за раскид дефинишу се јавним уговором. Пропусти јавног партнера могу бити: 1) експропријација, заплена или одузимање имовине или удела приватног партнера од стране јавног партнера; 2) пропуст јавног партнера у погледу плаћања доспелих исплата приватном партнеру; 3) кршење обавеза из јавног уговора од стране јавног партнера које у значајној мери ремети или онемогућава приватног партнера у извршавању уговорних обавеза. На последице превременог раскида јавног уговора због пропуста јавног партнера примењују се посебна правила утврђена јавним уговором као и општа правила облигационог права.¹¹⁰⁶

Друштво посебне намене престаје истеком рока на који је основано, ако јавним уговором није другачије предвиђено, као и у другим случајевима прописаним законом или јавним уговором. У случају престанка ДПН, објекти, уређаји, постројења и друга средства из оквира предмета јавно-приватног партнерства предају се јавном партнеру.

Концесиони однос може престати откупом концесије под условима предвиђеним јавним уговором о концесији, а изузетно, ако то налаже јавни интерес, откуп концесије може се вршити под условима и на начин утврђен прописима о експропријацији у ком случају концесионар има право на исплату пуне накнаде према тржишној вредности.

Концесиони однос може престати одузимањем концесије актом који доноси концедент, у случају да концесионар не обавља концесиону делатност дуже од годину дана, не извршава уговором преузете обавезе, из разлога јавне безбедности, као и у случају да се обављањем концесионе делатности угрожава животна средина и здравље

¹¹⁰⁵ Члан 54. Исто.

¹¹⁰⁶ Члан 55. Исто.

људи, а мере предвиђене посебним прописима нису довољне да се то спречи, на начин и под условима утврђеним јавним уговором.¹¹⁰⁷

Надзор реализације јавних уговора о јавно-приватном партнерству регулисан је Уредбом Владе РС.¹¹⁰⁸ Јавни партнер дужан је да континуирано прати рад приватног партнера и извршавање његових обавеза из јавног уговора, као и извршавање свих плаћања у складу са јавним уговором. Комисија за јавно-приватна партнерства је 18. јула 2013. објавила Методологију за анализу добијене вредности у односу на уложена средства (*value-for-money*) у јавно-приватном партнерству и концесијама.¹¹⁰⁹ У току примене уговорних облика сарадње јавног и приватног сектора Србија је у могућности да прати и користи искуства других земаља у овој области и успешне методе путем којих се утврђује не/оправданост одређених уговора о јавно-приватном партнерству.¹¹¹⁰

¹¹⁰⁷ Члан 56. Исто.

¹¹⁰⁸ Уредба о надзору над реализацијом јавних уговора о јавно-приватном партнерству, *Службени гласник РС* бр. 47/2013. Члан 3. Уредбе прописује да надзор јавних уговора врши министарство финансија Републике Србије, покрајински Секретаријат за финансије или одељења за финансије локалних самоуправа. Јавни партнер може уговором дефинисати посебан надзор извршења уговора у својој режији, независно од законског надзора, Н. према: В. Васиљев, стр. 197.

¹¹⁰⁹ Комисија за ЈПП, Методологија за анализу VfM у ЈПП и концесијама, 2013. Доступно на: <http://www.ppp.gov.rs/dok/38/Metodologija%20za%20analizu%20dobijene%20vrednosti%20u%20odnosu%20na%20ulo%20C5%BEeni%20novac%20u%20javnoprivatnom%20partnerstvu%20i%20koncesijama.pdf> (03.04.2014), Н. према В. Васиљев, стр 200. Аутор сматра да је за кључне појмове боље да буду део закона, него приручника. Законско решење за ову методологију је, као што смо видели прихваћено у законодавству Хрватске (*прим. аут.*).

¹¹¹⁰ Једна од метода која се користи за утврђивање успешности јавно-приватног партнерства је метода компаратора трошкова. Компаратор трошкова јавног сектора (*Public Sector Comparator-PSC*) је поређење садашње вредности укупних животних трошкова у уговореном раздобљу пројекта по традиционалном (буџетском) моделу финансирања, у односу на исту врсту трошкова проведеног по моделу јавно-приватног партнерства. Компаратор трошкова укључује и обрачун накнаде у новцу потребне за намирење укупних трошкова, расхода и одлива пројекта, алокацију ризика између уговорних страна, те квантификацију алоцираних ризика, Закон о јавно-приватном партнерству, „Народне новине РХ“, бр. 78/12, чл. 3 ст. 6.

Јавне набавке у позитивном праву Србије подвргнуте су посебном режиму јавног права, који је установљен Законом о јавним набавкама из 2012. године. Тело за централизоване јавне набавке је наручилац који закључује оквирне споразуме и додељује уговоре за добра, услуге и радове намењене наручиоцима, или директно прибавља добра односно услуге за потребе наручиоца.¹¹¹¹

Законодавац разликује три врсте уговора о јавној набавци: 1) уговоре о набавци добара; 2) уговоре о пружању услуга и 3) уговоре о извођењу радова. Понуђач је лице које у поступку јавне набавке понуди добра, пружање услуга или извођење радова. Добављач је понуђач са којим је закључен оквирни споразум или уговор о јавној набавци.¹¹¹² Из наведених формулација *Миленковић* изводи закључак да Закон о јавним набавкама не садржи посебну клаузулу да понуђач, односно добављач мора да буде субјект приватног права. Наводећи случај и у немачком праву где обе уговорне стране могу бити јавноправни ентитети (субјекти), он међутим истиче да по теорији управног уговора, једна страна је увек субјект јавног (наручилац), а друга субјект приватног права, што доводи у питање, да ли је сваки уговор о јавној набавци управни са становишта првог критеријума за одређивање овог правног института – критеријума странке. У погледу предмета уговора о јавној набавци законодавац ближе утврђује шта се сматра предметом уговора када је реч о набавци добара, набавци радова и набавци услуга. Предмет уговора о јавној набавци добара може бити куповина, закуп, лизинг добара (са или без права куповине), а може и да обухвата пружање услуга, ако су оне нужно везане за набавку добара. И овај пут аутор доводи у питање институт управног уговора са становишта „чисте“ теорије управног уговора. Овај пут у погледу циља уговора, пошто се за управни уговор захтева да је објекат уговора везан за вршење јавних служби, чега нема у куповини, закупу и лизингу добара. Међутим, како је критеријум циља алтернативно постављен са критеријумом посебног овлашћења, иако код овог уговора по мишљењу аутора није сигурно постојање јавног интереса, он би се

¹¹¹¹ Д. Миленковић, 165. и 166.

¹¹¹² Исто, стр. 167.

ипак могао сматрати управним.¹¹¹³ Слично је и са уговором о јавној набавци радова и јавној набавци услуга.

С обзиром на изречене дилеме, у погледу постојања карактеристика уговора о јавној набавци који би му требали дати карактер управног уговора, посебно у погледу циља, односно остварења јавног интереса, сматрамо да је у овом случају више аргумената који упућују на то да се овде пре ради о приватноправним уговорима јавне управе, него о управним уговорима. Ипак, мишљења смо да закључак аутора, да о правној природи ових уговора треба да да коначан суд судска пракса или да то изричито утврди законодавац, ипак најисправнији. Закон о јавним набавкама предвиђа и ближе разрађује следеће поступке јавних набавки: 1) отворени поступак, 2) рестриктивни поступак, 3) квалификациони поступак, 4) преговарачки поступак са објављивањем позива за подношење понуда, 5) преговарачки поступак без објављивања позива за подношење понуда, 6) конкурентни дијалог, 7) конкурс за дизајн, 8) поступак јавне набавке мале вредности.¹¹¹⁴

Додела уговора се врши у *отвореном* или *рестриктивном* поступку. Отворени поступак је поступак у којем сва заинтересована лица могу поднети понуду. Рестриктивни поступак има две фазе. У првој фази наручилац позива сва заинтересована лица да поднесу пријаву. Понуђачи који испуне претходно утврђене услове за квалификацију, прелазе у другу фазу, у којој наручилац позива квалификоване понуђаче да поднесу понуде. Услов за покретање друге фазе је да су обезбеђена најмање три квалификована понуђача. Друга фаза се мора завршити у року не дужем од шест месеци након завршетка прве фазе (одлуке о признавању квалификације).¹¹¹⁵

Преговарачки поступак може бити са или без објављивања позива за подношење понуда. Наручилац спроводи преговарачки поступак са објављивањем

¹¹¹³ Исто, стр. 167. – 168.

¹¹¹⁴ Исто, стр. 170.

¹¹¹⁵ В. Васиљев, стр. 190.

позива за подношење понуда ако није добио прихватљиве понуде у претходном поступку јавне набавке (отвореном, рестриктивном, квалификационом или конкурентном дијалогу). Услови доделе уговора из претходних поступака не смеју се мењати, а понуђена цена не може бити виша од понуђене цене у претходним поступцима. Позив за подношење понуда садржи услове, спецификације и критеријуме услуге која се набавља, а конкурсна документација треба да садржи и елементе уговора о којима ће се преговарати и начин преговарања. Управа за јавне набавке издаје упуство о облицима и начину преговарања. О току преговарачког поступка наручилац је дужан водити записник. Преговарачки поступак без објављивања позива за подношење понуда, наручилац може покренути у низу случајева који су дефинисани Закон о јавним набавкама. Ради спречавања злоупотребе, наручилац је дужан да захтева од Управе за јавне набавке мишљење о основаности преговарачког поступка.¹¹¹⁶

Конкурентни дијалог је предвиђен код јавне набавке које имају сложен предмет и где се уговор о јавној набавци не може закључити применом отвореног или рестриктивног поступка. Предмет јавне набавке је сложен ако наручилац не може да одреди техничке спецификације или правну и економску структуру предмета јавне набавке. Код овог поступка јавне набавке наручилац позива сва заинтересована лица да поднесу пријаве и врши квалификацију на основу претходно утврђених критеријума, на исти начин како је то предвиђено и у рестриктивном поступку. Са квалификованим понуђачима се води дијалог у циљу проналажења решења за потребе наручиоца. Ако има више понуђача, наручилац може предвидети у позиву и конкурсној документацији више фаза дијалога, како би смањио број решења о којима ће се водити дијалог. Број кандидата у фази дијалога не може бити мањи од три (осим ако се не пријаве само два). Наручилац је дужан свим кандидатима који су искључени из дијалога дати писмено образложење. Након проналаска решења, наручилац позива преостале кандидате да доставе коначне понуде на основу усвојеног решења током дијалога. Одлука у конкурентном дијалогу доноси се по принципу економски најповољније понуде. Као и

¹¹¹⁶ Исто, стр. 191.

у преговарачком поступку, пре покретања поступка конкурентног дијалога, наручилац мора добити сагласност Управе за јавне набавке.¹¹¹⁷

Закон предвиђа и посебне облике поступака јавне набавке, а један од таквих је и оквирни споразум. Закон оставља могућност наручиоцу да након спроведеног отвореног или рестриктивног поступка, може закључи са добављачем оквирни споразум, осим у случајевима које закон искључује. Оквирни споразум има извесне карактеристике (пред)уговора о јавној набавци. Он се закључује са једним или најмање три понуђача, а наручилац је дужан да у позиву за подношење понуда, односно пријава наведе са колико понуђача закључује оквирни споразум. Рок на који се оквирни споразум може закључити је максимално три године, а ако је закључен с једним понуђачем онда не може трајати дуже од две године. На основу оквирног споразума наручилац може закључити споразум о јавној набавци са најповољнијим добављачем, ако садржи битне елементе уговора: 1) применом критеријума или услова утврђених у оквирном споразуму, 2) достављањем понуда од стране добављача, у складу са ближе дефинисаним критеријумима или условима, уколико нису прецизно дефинисани оквирним споразумом, али уколико нису у супротности са оквирним споразумом.¹¹¹⁸

Ако је оквирни споразум закључен са једним добављачем, наручилац закључује уговор са тим добављачем под условима и у границама прописаним оквирним споразумом, а ако је неопходно, позваће добављача да допуни свој понуду на основу које је закључен оквирни споразум у складу са ближе дефинисаним условима. Након спроведеног поступка, наручилац доноси одлуку о додели уговора (која се односи и на оквирни споразум). Закључење уговора о јавној набавци, односно оквирни споразум, следи тек након доношења одлуке о додели уговора, односно одлуке о закључењу оквирног споразума. Ова одлука има карактер управног акта. Поводом ове одлуке се може изјавити захтев за заштиту права Републичкој комисији за заштиту права у

¹¹¹⁷ Исто.

¹¹¹⁸ Д. Миленковић, стр. 170. и 171.

поступцима јавне набавке. Одлука Републичке комисије је коначна и против ње је могуће покренути управни спор.¹¹¹⁹

Након закључења уговора о јавној набавци наручилац може да дозволи промену цене или других битних елемената уговора само из објективних разлога који морају бити јасно и прецизно одређени у конкурсној документацији и уговору, односно предвиђени посебним прописима. Ако наручилац намерава да измени уговор о јавној набавци, дужан је да донесе одлуку о измени уговора која садржи податке који су утврђени овим законом. Наручилац је дужан да у року од три дана доношења објави одлуку на Порталу јавних набавки и достави извјештај Управи за јавне набавке и Државној ревизорској институцији.¹¹²⁰

Републичка комисија може сама или на захтев подносиоца захтева или заинтересованог лица, поништити уговор о јавној набавци ако утврди да је наручилац:

- 1) закључио уговор о јавној набавци применом преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда, а за примену тог поступка нису постојали услови предвиђени овим законом и није објавио обавештење о покретању поступка и одлуку о додели уговора;
- 2) закључио уговор о јавној набавци пре истека рока за подношење захтева за заштиту права,
- 3) закључио уговор о јавној набавци након подношења захтева за заштиту права, а пре одлуке Републичке комисије;
- 4) закључио уговор о јавној набавци супротно одлуци Републичке комисије;
- 5) закључио уговор о јавној набавци кршећи одредбе и услове оквирног споразума.¹¹²¹

Захтев за поништење уговора доставља се уз захтев за заштиту права или у року од 30 дана од дана сазнања за разлог поништења, а најкасније у року од годину дана од закључења уговора. Последица поништења је престанак уговора и обавеза уговорних страна да врате оно што су примиле по основу таквог уговора, а ако то није могуће, или ако се природа оног што је примљено противи враћању, наручилац је дужан да

¹¹¹⁹ Исто, стр. 171. и 172.

¹¹²⁰ Исто, стр. 172.

¹¹²¹ Исто, стр. 172. и 173.

савесном добављачу плати за испоручена добра пружене услуге, односно изведене радове. Уколико би поништење уговора о јавној набавци имало несразмерне последице по рад или пословање наручиоца или интересе Републике Србије, Републичка комисија неће поништити уговор о јавној набавци, али може скратити рок важења уговора или изрећи новчану казну.¹¹²²

4. Уговори о ЈПП и концесијама у пракси Србије

Јавни уговор је основни појам правног регулисања и уговорног и институционалног јавно-приватног партнерства. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, предвиђа да се овај уговор закључује у писаној форми (без такве форме овај је уговор ништав и не производи правно дејство). Уговорне стране код јавног уговора јесу јавно тело и приватни партнер. Предмет уговора су права и обавезе уговарача у вези и поводом реализације пројекта јавно-приватног партнерства. Сам уговор садржи 28 обавезних елемената, наведених у претходном делу.¹¹²³ Између осталог, јавни уговор садржи све одредбе, услове и друге клаузуле које јавни партнер сматра корисним за испуњавање задатка приватног партнера и за однос приватног партнера са другим учесницима који играју значајну улогу у реализацији јавно-приватног партнерства, попут: карактера и обима радова и/или услуга; расподела ризика; стандарда квалитета и/или услуга; форме, карактеристике, својинских односа унутар друштва посебне намене; правни режим надокнаде (начин обрачунавања, динамика итд.); механизме заштите права јавног партнера (могућност уласка у однос са финансијерима приватног партнера, укључујући и пренос права на јавни уговор на треће лице); обезбеђење континуираног вршења радова или услуга; сагласност владе у случају да јавни уговор ангажује одговорност Републике Србије или њеног буџета.¹¹²⁴

¹¹²² Исто, стр. 173.

¹¹²³ Члан 46. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама Републике Србије.

¹¹²⁴ П. Цветковић, У. Здравковић, стр. 162.

Након Закона о ЈПП и концесијама донесен је 2011. године као и Закон о комуналним делатностима,¹¹²⁵ наредне године Закон о јавним набавкама,¹¹²⁶ а у 2013. је донесена Уредба о надзору над реализацијом јавних уговора о јавно-приватном партнерству¹¹²⁷ и Правилник о начину вођења и садржини Регистра јавних уговора.¹¹²⁸ Тако је заокружен законодавни оквир за примену јавно-приватног партнерства. Пре тога, сарадња са приватним сектором у пружању услуга била је на основу Закона о концесијама из 2003. и Закона о комуналним делатностима из 1997. године, али без много успеха. Након успостављања правног оквира, и његове примене у пракси, до септембра 2014. Комисија за јавно-приватно партнерство је одобрила 12 предлога јавно-приватног партнерства. Све предлоге су предложиле јединице локалне самоуправе.¹¹²⁹

Оквир бр. 29. *Одобрени пројекти од стране Комисије за ЈПП до септембра 2014.*¹¹³⁰

1. Предлог пројекта јавно-приватног партнерства поднетог од стране ЈКП Информатика Нови Сад, којим се предлаже реализација пројекта изградње и проширења постојеће оптичке телекомуникационе мреже отвореног типа по принципу FTTH (fiber to the home – оптичко влакно до крајњег корисника) на територији града Новог Сада;
2. Предлог пројекта јавно-приватног партнерства ради давања мишљења и оцене да се предметни пројекат може реализовати у форми јавно-приватног партнерства поднетог од стране Јавног предузећа за грађевинско земљиште, изградњу и путеве, Дирекција за изградњу Апатин, у име општине Апатин;
3. Предлог концесионог акта за поверавање обављања делатности градско-приградског превоза путника на територији града Лозница;

¹¹²⁵ Закон о комуналним делатностима, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011

¹¹²⁶ Закон о јавним набавкама, *Службени гласник РС*, бр. 124/2012

¹¹²⁷ Уредба о надзору над реализацијом јавних уговора о јавно-приватном партнерству, *Службени гласник РС*, бр.47/2013

¹¹²⁸ Правилник о начину вођења и садржини Регистра јавних уговора, *Службени гласник РС*, бр. 57/2013

¹¹²⁹ Више: В. Васиљев, *Јавно-приватна партнерства* [...] 2015.

¹¹³⁰ Комисија за јавно-приватно партнерство доступно на: <http://www.ppp.gov.rs/misljenja-komisije> и <http://www.ppp.gov.rs/izvestaji-komisije> (17. 02. 2015.)

4. Предлог концесионог акта за пројектовање, финансирање, изградњу, одржавање и управљање јавном паркинг гаражом у Шапцу;
5. Предлог пројекта јавно-приватног партнерства поднетог 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 нуспроизвода из прехранбене индустрије у његовој производњи;
6. Предлог концесионог акта за поверавање обављања комуналне делатности приградског превоза путника на територији општине Топола;
7. Предлог концесионог акта за поверавање обављања делатности градско-приградског превоза путника на територији општине Србобран;
8. Предлог пројекта јавно-приватног партнерства у обављању комуналне делатности градског и приградског превоза путника на територији града Ниша;
9. Предлог концесионог акта за поверавање обављања делатности градско-приградског превоза путника на територији града Јагодине;
10. Предлог пројекта јавно-приватног партнерства за финансирање, изградњу, управљање и одржавање канализационе мреже у општини Стара Пазова.
11. Предлог пројекта јавно-приватног партнерства поднетог од стране града Ниша којим се предлаже замена котлова на лож уље и котлова на угаљ котловима на дрвену биомасу (пелет) у школским и предшколским установама града Ниша са испоруком топлотне енергије;
12. Предлог концесионог акта за поверавање обављања комуналне делатности сакупљања и транспорта комуналног отпада са сеоског подручја општине Топола.

До септембра 2014. године, само је пројекат оптичке телекомуникационе мреже у Новом саду достигао фазу затворене финансијске конструкције и потписивања уговора. Остали пројекти су у фази припреме или набавке. У међувремену су до краја 2015. године неки пројекти завршени или су били у завршној фази.¹¹³¹

Србија је на почетку процеса развијања јавно-приватног партнерства. Према досадашњим резултатима, видљиво је да правни и институционални оквир није задовољавајући и још је у фази прилагођавања новим тржишним условима рада јавне управе, а не прате га ни неопходне реформе јавног сектора и правосуђа. То свакако није најбоља позиција за развој овог модела сарадње јавног и приватног сектора, али за очекивати је напредак и на овом плану кроз процес хармонизације правних прописа са правом Европске уније, као и прихватања достигнутих стандарда у овој области, не само

¹¹³¹ Исто.

у законодавству, него и у практичној примени. Од брзине прилагођавања и прихватања нових демократских вредности које ће заменити бирократски приступ овим питањима зависиће и будућност модела јавно-приватног партнерства у Србији.

Историјски посматрано облици сарадње јавних власти и приватних инвеститора јављају се у Србији као концесионарство још половином XIX века и то углавном у области рударства. Прва концесија додељена је 1859. године француском друштву за експлоатацију рудника Мајданпек у трајању од 30 година. Белгијанци су добили концесију над александровачким рудницама, а за руднике у Трепчи, Злетову, Копанику и Новом Брду закључен је уговор о концесији са једном енглеском фирмом као концесионаром. Први уговор о концесији који се не односи на експлоатацију руда у Србији, закључио је Београд са једном италијанском фирмом, а предмет уговора је био обављање трамвајског саобраћаја у граду. Прва реализована концесија након овог периода везује се за 1991. годину када је уговорена концесија на 30 година за изградњу моста преко Дрине, „Павловића ћуприје“, којом је концесионар стекао право да финансира, изгради мост и наплаћује путарину.¹¹³²

Приликом доношења Закона о концесијама из 2003. године у образложењу разлога за његово доношење наведено је да се закон доноси и ради стварања јасних и модерних услова за улагања у добра у општој употреби и делатности од општег интереса, а посебно улагања у јавну инфраструктуру, ради унапређивања ефикасности јавних служби, побољшања квалитета услуга и њихове доступности сваком грађанину.¹¹³³ Међутим, ова очекивања од новог закона нису испуњена. Наиме Закон о концесијама је врло мало коришћен у закључењу уговора са елементима јавно-приватног партнерства, иако је заједно са другим посредним законима требао представљати довољну основу за успешну сарадњу у овој области. Као разлоге

¹¹³² Мирјана Кнежевић, *Значај концесија за страна улагања у Републици Србији*, Економски хоризонти, 12, (1) 2010. стр. 90.

¹¹³³ Предлог Закона о концесијама РС, доступно на:

www.arhiva.srbija.gov.rs/g/dokvlada/pred_zakona_koncesije122.doc (20. 02. 2015.)

изостанка очекиване сарадње јавног и приватног партнера, коју је требао да олакша овај закон, потенцијални актери углавном су наводили: компликовану и дуготрајну процедуру доделе концесије, недостатак подзаконских аката, сложен и компликован поступак и недефинисане процедуре у спровођењу концесионих пројеката, недовољна заштита капитала приватног улагача.¹¹³⁴

Проблем за правну праксу представљало је и то што су важећи закони омогућавали доделу уговора за исту делатност, а да није прецизно разграничено по ком закону се поступак има спровести. То је био основ за различите праксе државних органа у погледу избора важећег закона који треба применити, те могућност да државни орган опортуно и дискреционо одлучи да примени процедуру која му је једноставнија, чиме би се могло доћи до повреде начела транспарентности, али и других правила поступка који се спроводи ради одабира партнера. Свакако је и неуређена правна регулатива један од разлога што је од пет закључених уговора о концесији у области рударства и изградње аутопутева, само један остао на снази, (концесија дата мултинационалној компанији "Рио Тинто" за експлоатацију и истраживање борних руда), док су преостала четири уговора раскинута. Бројни потенцијални пројекти уопште нису реализовани или су започети, а нису окончани (нпр. поступак доделе концесије за депонију у Винчи обустављен је на неодређено време). Неуспешно су завршени тендери за концесије за изградњу аутопута Хоргош - Пожега и терминала за пртљак на Београдском аеродрому.¹¹³⁵ На основу овога се може се закључити да до сада концесије и јавно-приватна партнерства нису заживела на републичком нивоу.

На локалном нивоу, инвестиције приватног сектора у инфраструктуру вршене су у складу са Законом о комуналним делатностима из 1997. године који је давао

¹¹³⁴ Институт за право и финансије, доступно на: <http://ipf.rs/privatno-javno-partnerstvo-u-srbiji/> (22. 02. 2015.)

¹¹³⁵ Коментар Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011, Paragraf lex.

могућност да се обављање комуналне делатности повери другом предузећу. Овај Закон представља темељ већине јавно-приватних партнерстава која функционишу на нивоу локалне самоуправе у Србији, а највише их је у сектору одржавања чистоће и управљању отпадом. То су, на пример, *А.С.А. Кикинда доо*, као јавно-приватно партнерство компаније *А.С.А.* у власништву шпанских инвеститора и општине Кикинда, *А.С.А Врбак*, односно *А.С.А. Еко доо*, као јавно-приватно партнерство исте стране фирме са групом општина из Шумадије (Институционални облик јавно-приватног партнерства) и *Тројон и Фишер ЕКО*, мешовита српско-немачка компанија, којој су општине Жагубица, Жабари, Мало Црниће, МЗ Рабово (Кучево) и Смедеревска Паланка повериле обављање комуналне делатности сакупљања и одлагања чврстог отпада.¹¹³⁶

Одлука о образовању Комисије за јавно-приватно партнерство у ставу 5. предвиђа да је "за спровођење пројекта сваког јавно-приватног партнерства неопходно прибавити позитивно мишљење Комисије". Изостанак позитивног или негативног мишљења Комисије означава да пројекат јавно-приватног партнерства без елемената концесије није одобрен. Како у ранијем периоду није било централног регистра нити јавноправног тела које би вршило евиденцију и контролу уговора који су закључивале локалне управе у подручју концесија и уговора са елементима јавно-приватног партнерства, то је и долажење до релевантних података о њима било знатно отежано.

Захваљујући формирању Комисије за јавно-приватна партнерства и обавезе подносилаца пројекта да прибављају сагласност од Комисије, могуће је анализом извештаја Комисије о захтевима за јавно-приватним партнерствима и датим мишљењима остварити увид у неке податке. То су подаци о броју поднесених захтева и одобрених пројеката јавно-приватног партнерства у Србији, њиховој територијалној

¹¹³⁶ Милисав Алексић, *Карактеристике структуре неких јавно-приватних партнерстава у области управљања чврстим отпадом у Србији*, презентација одржана у оквиру Програма подршке развоју инфраструктуре локалне самоуправе, одржаног 17. и 18. јуна 2009. у оквиру МИСП пројекта (*Municipal Infrastructure Support Program*), финансиран средствима Европске уније.

структури, као и структури према врсти делатности, што може послужити за оквирне закључке у вези са стањем у области јавно-приватног партнерства након усвајања Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама.

Пројекти по општинама, за јавно-приватно партнерство и мишљењима Комисије дати су у наредној табели.¹¹³⁷

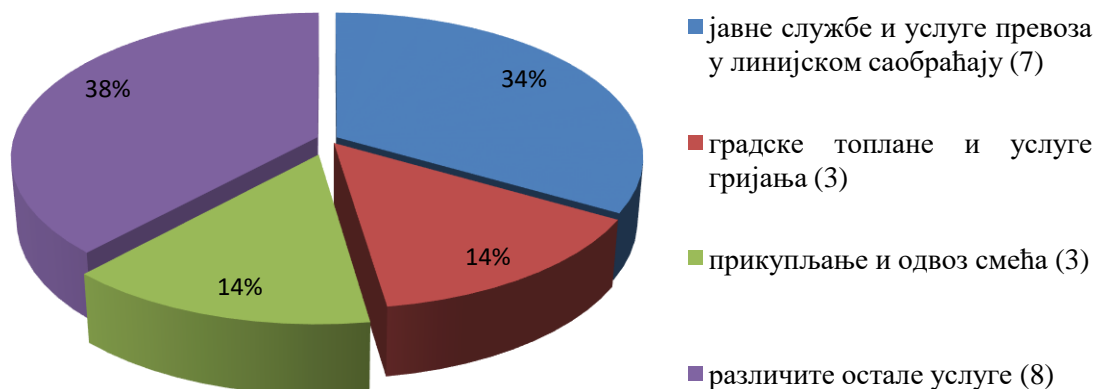
Табела бр. 6. *Захтеви према Комисији за ЈПП поднесени у периоду јун 2014. – децембар 2015.*

Ред бр.	Општина/локација	Пројекат	Мишљење комисије
1.	Нови Сад	Изградња и проширење постојеће оптичке телекомуникационе мреже (<i>fiber to the home</i>)	Позитивно
2.	Апатин	Финансирање, изградња, развој и коришћење луке и друмског терминала	Позитивно
3.	Лозница	Градски превоз, (<i>1. успешно ЈПП по н. Закону</i>)	Позитивно
4.	Шабац	Пројектовање, финансирање, изградња, одржавање и управљање јавном паркинг гаражом	Позитивно
5.	Ивањица	Центар за развој пољопривреде	Негативно
6.	Зрењанин	Производња топлотне и електричне енергије из биогаса и нус-производа пољопривредне индустрије.	Позитивно
7.	Богатић	Превоз путника	Негативно
8.	Топола	Приградски превоз	Позитивно
9.	Србобран	Концесија за приградски превоз	Позитивно
10.	Ниш	Градски и приградски превоз	Позитивно
11.	Јагодина	Градски и приградски превоз	Позитивно
12.	Стара Пазова	Финансирање, изградња и управљање. канализ. мрежом	Позитивно
13.	Ниш	Замена у школама котлова са лож уља на био масу и природни гас	Позитивно
14.	Топола	Прикупљање и транспорт	Позитивно

комуналног отпада			
15.	Жагубица	Прикупљање и транспорт комуналног отпада	Позитивно
16.	Шабац	Градски и приградски превоз	Позитивно
17.	Република Србија	Изград. ауто-пута Е-763 БГ- Пожега	Позитивно
18.	Баточина	Даљински систем гријања	Позитивно
19.	Келеш	Регион. центар за управ. отпадом	Позитивно
20.	Топола	Јавна расвета	Позитивно
21.	Сечањ	Јавна расвета	Позитивно

Подаци из табеле показују да је Комисија у посматраном периоду разматрала двадесет један предлог за јавно-приватно партнерство и дала позитивно мишљење на деветнаест пројеката (око 90%). Графички подаци дају бољи увид у структуру поднесених захтева и врсте делатности/услуга за које су, углавном, поједине јединице локалне самоуправе у Србији понудиле њихово обављање путем модела јавно-приватних партнерстава са и без концесије. Може се уочити и које су општине биле активније у овој области, али и ажурност у решавању њихових захтева од стране Комисије за јавно-приватно партнерство и концесије.

Графикон бр. 4. *Пројекти ЈПП према врсти услуга*



аутор графикана: З. Филиповић

Као што је наведено Комисија је од 21 захтева позитивно решила 19, што је преко 90% поднесених захтева. Ово пре свега говори о квалитетно обављеним активностима у поступку који је претходило захтеву за сагласност. Сви пројекти су

општинског, градског или регионалног карактера, осим пројекта концесије за изградњу аутопута Е-763, на дионици Београд-Пожега који је републичког значаја.

Подносиоци пројеката су шеснаест општина/градова. Према територијалној структури, највише пројеката је предложила Општина Топола – три (18,7%), Град Ниш – два (12,5%) и Град Шабац – два (12,5%). Према врсти услуга, највише пројеката – седам (34%), односи се на јавне службе и услуге превоза у градском и/или приградском саобраћају. По три пројекта (14%) се односе на градске топлане и грејање, те услуге прикупљања, одвоз отпада и смећа и регулисање депоније (14%). Осам пројеката се односе на различите остале услуге (38%).

Низом позитивноправних прописа и реформских аката јавна управа у Србији има за циљ да постигне пуну транспарентност у деловању јавних органа, институција и установа па тако и свих поступака у закључењу и реализацији пројеката јавно-приватног партнерства. Ово подразумева и обавезу надлежних републичких, покрајинских и општинских органа управе да презентују јавности податке о пројектима јавно-приватног партнерства и њиховој реализацији. Међутим, у пракси је врло тешко доћи до тих података, што знатно отежава анализу практичне примене ове врсте сарадње јавног и приватног сектора.

У наредном делу рада биће изнесене студије случаја неких закључених уговора између јавноправних тела са једне и приватноправних субјеката са друге стране у форми јавно-приватног партнерства са и без концесије, како би се на основу начина закључења, садржаја и других карактеристика, могла одредити правна природа ових уговора, односно да ли ови јавноправни уговори садрже битне елементе управног уговора.

Наведени примери обухватају период пре и након доношења Закона о ЈПП и концесијама из 2011. године.

Анализа случаја: Уговор између општине Смедеревска Паланка и српско-немачког комуналног предузећа Trojon & Fischer ЕКО (Т&F) о поверавању вршења комуналних делатности потписан је у августу 2006. године, на основу Закона о комуналним делатностима Републике Србије и одлуке Скупштине општине о закључивању уговора о поверавању комуналних услуга одржавања чистоће и депонија. Општина улаже земљиште, а приватни партнер улаже 600.000 евра, остатак се обезбеђује од иностране донације. Уговор се закључује на период од 15 година уз могућност продужетка за још 10 година. Комерцијални ризик преузима приватни партнер. Уговором Општина контролише испуњавање уговорних обавеза, а формирање цена одређује Скупштина општине. Општина је задржала функцију контроле обављања ове комуналне услуге. Основни принципи овог јавно-приватног партнерства: Могућност остварења користи за општину и за компанију Т&F. Општина би требало да, без улагања буџетских средстава: (а) развије и унапреди комуналне услуге (б) одржава депоније и уклони „дивље” депоније и (ц) побољша организацију и ефикасност увођења тржишних принципа пословања у комуналне делатности. Уговором о поверавању обављања комуналних услуга компанија Т&F се обавезује да користи и одржава комуналне објекте и финансира развој комуналних услуга. Захваљујући савременој механизацији и квалификованој кадровској структури, Т&F гарантује висок стандард услуга корисницима и заштиту животне средине. Заузврат Т&F добија право да убира приходе током трајања уговореног периода. Уговор је закључен на основу јавног конкурса. Заинтересовани кандидати морали су да докажу квалификованост за обављање послова одржавања чистоће и депонија и доставе техничку и финансијску понуду и банкарску гаранцију за учешће на јавном конкурс. Главни критеријум за оцену финансијских понуда кандидата којима је призната квалификација био је предложени ценовник услуга сакупљања и одвожења смећа и одржавања чистоће. Продужетак уговора за још 10 година зависи од укупног износа који је компанија уложила у развој комуналних услуга. Општина има пуно право да откаже уговор о поверавању обављања делатности уколико приватни партнер не извршава своје уговорне обавезе. И приватни партнер компанија има право да откаже уговор, али уз отказни рок од шест месеци. Овај период је потребан општини да би регулисала даље обављање комуналних делатности у случају отказивања уговора.

У највећем броју сеоских средина у Србији до пре десет година није постојало организовано сакупљање и одлагање отпада, тако да је најчешће отпад одлаган поред пута или на дивљим депонијама. Проблем је био и недостатак средстава у буџету

¹¹³⁸ Т. Павловић - Крижанић и Љ. Брдаревић, стр. 138. и 139.

јединица локалних самоуправа. Да би обезбедили средства за прикупљање и одвоз отпада, али и за изградњу регионалних депонија, неке општине су склопиле партнерства са приватним сектором. Уговори о јавно-приватном партнерству за обављање ових делатности општине су закључивале углавном са страним компанијама, и то по старом Закону о концесијама, с обзиром да тада још није био донет нови Закон о јавно приватним партнерствима и концесијама.

Оквир бр. 31. Уговор II - ЈПП за прикупљање, одвоз и депоновање смећа у С. Паланци¹¹³⁹

Смедеревска Паланка је међу првим општинама у Србији која је склопило јавно-приватно партнерство и то 2010. године. Комунално предузеће које је до тада прикупљало, одвозило и депоновало смеће било је велики трошак за општину те су обављање тих делатности поверили приватној фирми. На јавном конкурс који је општина расписала, посао је добило аустријско предузеће Por Verner i Veber са којим је закључен уговор о јавно-приватном партнерству на 25 година. Ова фирма је исту врсту партнерства до сада склопила са Јагодином, Прокупљем и Лесковцем. Приватни партнер је у обавези да укупно уложи у тај систем регионалног управљања отпадом и уопште за развој опреме за обављање ове делатности 2.700.000 евра. Приватна страна је из некадашњег јавног предузећа отпустила 40, а запослила 60 радника, купила је 1000 нових контејнера, 10.000 канти, 2 камиона за превоз смећа, а предвиђена је изградња и трансфер станице у Великој плани у којој би се отпад привремено одлагао и разврставао, а затим возио на депонију у Јагодини.

За јавног партнера се наводи да је циљ закључења овог уговора да обезбеди максималну наплату својих услуга и да оствари профит. Приватна фирма наплату остварује од крајњих корисника тј. грађана. Да се приватник у раду неће водити само зарадом, већ ће пазити и на платежну моћ грађана, гарантује општина која одобрава цену коју приватник нуди. У случају Смедеревске Паланке, скупштина града већ три године не дозвољава приватном партнеру да подигне цене одношења смећа упркос скоку трошкова за бензин и резервне делове. Иако приватни партнер због тога није сасвим задовољан, партнерство је опстало јер се ради о дугорочној сарадњи.

¹¹³⁹ Успешна партнерства на путу ка ЕУ, Брошура о јавно-приватним партнерствима у Србији, Београд 2013. доступно на: <http://www.gradjanske.org/wp-content/uploads/2014/10/070-Brosura-o-javno-privatnim-partnerstvima.pdf> (12. 12. 2014.)

Оквир бр. 32. Уговор о јавно-приватном партнерству за изградњу тржнице у Апатину¹¹⁴⁰

Апатински тржни центар као једна од најсавременијих тржница у Србији, изграђен је 2008. по моделу јавно-приватног партнерстава, тако што је формирано заједничко предузеће општине Апатин и приватног партнера „Freeland Мјановић“. Уговор о јавно-приватном партнерству за изградњу тржнице закључен је 2007. Општина Апатин је уложила земљиште, а приватни партнер је финансирао комплетну изградњу и све комуналне прикључке за нову пијацу. Инвестиција је вредна око 3,5 милиона евра. Општина као сувласник предузећа, по основу оснивачког уговора, има 12% од укупног броја локала и 12% учешћа у добити предузећа. Уговором је дефинисано да се одлука о евентуалном повећању цена лицитација за закуп тезги и локала, као и цена дневног износа пијачне накнаде не може донети без сагласности Општинског већа како би се спречиле негативне последице монополског положаја приватног партнера. Овај пројекат је према мишљењу партнера, али и грађана један од успешнијих примера јавно-приватног партнерства у Србији.

Иако су стране приватне компаније заинтересоване да са локалним властима у Србији склапају јавно-приватна партнерства, у инфраструктурним и комуналним пројектима, овај облик сарадње код нас још нема ширу примену. Једна од препрека је и компликована административна процедура, што потврђују други примери из Апатина. Упркос заинтересованости страних улагача за изградњу међународне луке, радови у Апатину нису почели ни после годину и по дана од потписивања писма намера о склапању јавно-приватног партнерства. Које су препреке за изградњу луке и зашто је овом граду било потребно шест година да реализује јавно-приватно партнерство за изградњу нове пијаце? Као разлог представници локалне самоуправе истичу пре свега компликовану административну процедуру. Радови нису могли да почну док органи локалне самоуправе нису прибавили сагласности четири ресорна министарства, које су им биле потребне како би добили и неопходну сагласност републичке Дирекције за имовину.¹¹⁴¹ Пример успешног пројекта јавно-приватног партнерства закључног по

¹¹⁴⁰ Исто; Видети и: CAPITAL.ba Пијаца у Апатину успешно јавно-приватно партнерство, доступно на: <http://www.capital.ba/pijaca-u-apatinu-uspjesno-javno-privatno-partnerstvo/> (20. 02. 2015.)

¹¹⁴¹ Успешна партнерства на путу ка ЕУ, Брошура о јавно-приватним партнерствима у Србији, Београд 2013. доступно на: <http://www.gradjanske.org/wp-content/uploads/2014/10/070-Brosura-o-javno-privatnim-partnerstvima.pdf> (12. 12. 2014.)

Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама који је комплетно завршен и успешно се примењује, је пројекат о делатности градског и приградског превоза путника на територији града Лозница, реализован између Града Лознице и предузећа Ласта - Ваљево, као први пројекат јавно-приватног партнерства који је реализован према Закону из 2011. године.

Оквир бр. 33. *Уговор о јавно-приватном партнерству Града Лознице и предузећа „Ласта“ о јавном превозу*¹¹⁴²

Уговор о јавно-приватном партнерству о јавном превозу, закључен је између Града Лознице и предузећа Ласта Ваљево. Уговор је дефинисао вршење услуге јавног превоза на 30 линија унутар градско-приградског превоза путника. Поред обезбеђења потребне документације представници града су дефинисали потребе за чију реализацију им је потребан партнер. По законом предвиђеној процедури, припремљен је пројекат и предат Комисији за јавно-приватно партнерство. Комисија је након консултација са стручним тимом из Лознице дала позитивно мишљење за овај пројекат јавно-приватног партнерства. Овај пројекат је у складу са законом, одобрила и скупштина града. Након расписивања јавног конкурса и проведене процедуре, послао је добило предузеће „Ласта“ које је дало најбољу понуду. Кроз јавни позив, конкурсну документацију и нацрт јавног уговора предвиђено је трајење уговора од 5 година, дефинисано је минимално четири поласка и повратака како би се обезбедио адекватан превоз. Превозник Ласта је обезбедио 15 аутобуса и 20 запослених за обављање овог посла, а свој приход ће убирати од продатих карата. Међутим о цени превоза не одлучују сами. Ако се испуне услови за повећање цена превоза дужни су упутити образложен захтев градској управи која одлучује о висини повећања цена карата.

Уговорне стране, али и грађани као корисници услуга које су предмет овог ЈПП, су сагласни да се овај облик партнерства убрзо након почетка реализације уговора показао, као адекватан начин обезбеђења услуга јавног превоза. Представници градске управе такође сматрају да је овим уговором обезбеђено ефикасно и повољно обављање услуга превоза путника, а приватни партнер „Ласта“ је остварио свој циљ проширења

¹¹⁴² Доступно на: <http://www.mreza.rs/evronet/previous-episodes/Srbija/75956/javno-privatno-partnerstvo-za-javni-prevoz-u-loznici.html> (22. 02. 2015.)

тржишта за своје услуге. Посебно је важно да су задовољни грађани као корисници услуга који имају превоз на читавој територији свог града по повољним ценама.¹¹⁴³

Оквир бр. 34. Уговор између Дирекције за јавни превоз града Београда и Арех

*Solution Technology*¹¹⁴⁴

Анализа случаја: Пројекат јавно-приватног партнерства се спроводи у области превоза у Београду (Систем за наплату карата и управљање возилима у јавном превозу у Београду - Популарни БУС ПЛУС). Иако се формално не ради о пројекту јавно-приватног партнерства, обзиром да је заснован на уговору закљученом прије ступања на снагу Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, у овом пројекту суштински је остварен партнерски однос карактеристичан за јавно-приватно партнерство. Приватни партнер се обавезао да обезбеди функционисање система за наплату карата и управљање возилима у јавном превозу, дистрибуцију карата и контролу њиховог коришћења у возилима јавног превоза, чиме је по уговору стекао право на процентуално учешће у приходу од продатих карата. Овај уговор резултат је потребе града да боље уреди ову област од највећег значаја пре свега за грађане. Послове јавног превоза у Београду обављају Градско саобраћајно предузеће (ГСП) „Београд” (аутобуски, тролејбуски, трамвајски превоз), приватни аутобуски превозници, такси превозници, СП „Ласта” (приградски и локални аутобуски саобраћај), Беовоз градска железница и експрес минибус. Приватни аутобуски превозници појавили су се на београдским улицама 1997. године пошто ГСП није било у стању да самостално пружа услуге јавног превоза услед финансијског дефицита. Приватни превозници су захтевали наплату појединачних карата у својим возилима, мимо тарифног система који је важио за ГСП. Током 2005. године градска влада је прихватила могућност за увођење интегрисаног тарифног система у градски јавни превоз. Интегрисаним тарифним системом објединио би ГСП и приватне превознике, те би грађани могли користити превоз са појединачним картама или повластицама и једних и других. Стога је град закључио уговоре са квалификованим приватним превозницима који су дали најповољније понуде за обављање услуга јавног превоза. Тако је засновано јавно-приватно партнерство између града и приватних превозника, коришћењем најбољих искустава из праксе развијених тржишних економија.

Уговор који је град закључио са приватним партнерима, омогућује остварење пре свега јавног интереса јер је овако интегрисани система превоза и наплате

¹¹⁴³ Продукцијска група мрежа, *Јавно-приватно партнерство за јавни превоз у Лозници*, доступно на: <http://www.mreza.rs/evronet/previous-episodes/Srbija/75956/javno-privatno-partnerstvo-za-javni-prevoz-u-loznici.html> (22. 02. 2015.)

¹¹⁴⁴ Доступно на: <http://www.busplus.rs/index.php> (18. 02. 2015.)

несумљиво решава бројне проблеме грађана и њиховог свакодневног одласка и повратка на посао што има велики и привредни и друштвени значај. При томе је потуно реално очекивати да ће прилив средстава од наплаћених карата бити већи, јер електронским систем контроле наплате онемогућава превознике да не пријављују укупне приходе готовине. Приватни партнер с друге стране, је у могућности да равноправно са јавним превозницима у потпуно транспарентној тржишној утакмици врши услуге и остварује профит. Осим тога Град би требало да унапреди инфраструктуру јавног градског превоза без трошења буџетских средстава и прихода јавно-комуналног предузећа за набавку нових возила. Поврх тога, град је увео конкуренцију јавном превознику, што треба да доведе до веће ефикасности и профитабилности у овој делатности. Приватни јавни превозник ступањем у уговорни однос обезбеђује себи дугорочне приходе за наредних седам година, који зависе од обављања услуга јавног превоза. Испуњењем уговорних обавеза приватни превозник остварује профит, који не мора да зависи од броја превезених путника.

f f Закључењу уговора претходио је поступак избора приватног партнера путем јавног конкурса. Садржина и форма конкурсне документације припремљене су у складу са Законом о јавним набавкама Републике Србије. Сваки приватни превозник који је учествовао на конкурс, морао је да докаже квалификованост за обављање услуга јавног превоза и способност да обезбеди возни парк предвиђен техничким спецификацијама. Приватни партнер обавезује се да инвестира у возни парк, сходно условима дефинисаним у конкурсној документацији (одређен број и квалитет возила). Доказ о финансијској способности за набавку возног парка био је пресудан критеријум за признавање квалификације приватног партнера у поступку јавног конкурса. С друге стране приватном партнеру се гарантује остваривање прихода који се обрачунава на основу остварене километраже и уговорене цене обављеног превоза. Приход се остварује из следећих извора: 1) интегрисаног тарифног система наплате 2) продаје појединачних карата у возилима и 3) градског буџета, субвенција до гарантованог

нивоа прихода.¹¹⁴⁵ Уговорни партнери су поделили ризик током трајања уговора. Ризик тражње је преузео град због цене карата, која је субвенционисана из буџета. Финансијски ризици услед кретања на тржишту (цене на мало, цене нафте, курс динара и просечна бруто плата) укључени су у обрачун и корекцију цене јавног превоза. Ту цену утврђује градска влада, на предлог Секретаријата за саобраћај, у складу са методологијом дефинисаном у уговору. За осигурање од штете обезбеђена је полиса осигурања. За осигурање од неизвршења уговорних обавеза приватног партнера обезбеђена је банкарска гаранција.

f f Уговорне обавезе приватног партнера су: финансирање набавке одређеног броја возила, одређеног квалитета и обављање услуге градског превоза. Уговором о обављању услуга јавног превоза Дирекција за јавни превоз се обавезала да врши сталну контролу квалитета услуга, које пружају приватни превозници. Она то може да врши сама или посредством трећег правног лица. Приликом контроле узимају се у обзир следећи критеријуми квалитета јавног превоза: уговорени ниво услуга, учесталост пружања услуга, опрема, одржавање хигијене возила и обавештавање грађана. Приватни партнер може раскинути уговор, али не пре рока дефинисаног уговором. Дирекција за јавни превоз може да раскине уговор у било ком тренутку ако утврди да приватни партнер не испуњава своје уговорне обавезе. Пружање квалитетних услуга грађанима гарантује се уговором који уређује следеће: број возила за јавни превоз на додељеним линијама, број резервних возила, ред вожње, обележавање возила, продају карата у возилима, правила облачења и идентификације запослених, мере у случају незгода и непредвиђених догађаја, одржавање возног парка и подношење месечних и годишњих извештаја о обављању услуга јавног превоза.

¹¹⁴⁵ Исто.

Оквир бр. 35. Уговор о ЈПП Јавног комуналног предузећа Београдски водовод и канализација и приватног партнера¹¹⁴⁶

Анализа случаја: Стратегија развоја модела јавно-приватног партнерства за београдски водовод и канализацију. Циљеви јавно-приватног партнерства: Изградња канализационе мреже, боља прерада отпадних вода и реструктурирања комуналних услуга. Учесници у јавно-приватном партнерству Град Београд, Дирекција за воде, ЈКП „Београдски водовод и канализација” (БВК) и приватни партнер. Извори финансирања: Буџетски приходи Града Београда, акцијски капитал приватног партнера, новац позајмљен на тржишту капитала, донације Европске уније. Врста уговора: Концесиони уговор и уговор о пројектовању – изградњи – финансирању - коришћењу (DBFO). Период на који се закључује уговор - 25 година. Подела ризика Комерцијални ризик сноси приватни партнер. Финансијски ризици услед кретања на тржишту уграђени у формирање цена. Град врши надзор над извршавањем уговорних обавеза. Формирање цена - Скупштина Града Београда. Предности: Изградња инфраструктуре уз дугорочну финансијску, техничку и еколошку самоодрживост система и доступност услуга корисницима. Недостаци: Приватни партнер би могао бити изложен високом комерцијалном ризику, због недостатка прецизних података о стању/статусу и раду постојећег комуналног система. Ово је истакнут пример стратешког приступа налажењу адекватног модела јавно-приватног партнерства за градски водовод и канализацију, у циљу изградње потребних инфраструктурних објеката и унапређења ефикасности комуналног система путем реструктурирања.

Због недостатка буџетских средстава и прихода Београдског водовода и канализације, који би се могли уложити у изградњу преко потребног канализационог система, Град је донео одлуку да ступи у партнерство са неким приватним партнером заинтересованим да улаже у овај комунални систем.¹¹⁴⁷

Стратегија за развој овог јавно-приватног партнерства састоји се из две фазе.

¹¹⁴⁶ Т. Павловић - Крижанић, Љ. Брдаревић, стр. 134. и 135.

¹¹⁴⁷ Водоводно-канализационим системом за највећи део територије града Београда тренутно управља ЈКП „Београдски водовод и канализација” (БВК). Оно опслужује 1,4 милиона од укупно 1,6 милиона становника града и запошљава 3.700 радника. БВК располаже свеобухватним системом за снабдевање водом за пиће, којом снабдева практично све становнике унутар области коју покрива својим услугама. Канализационе услуге (прикључак на канализациону мрежу) обезбеђене су само за 50% до 70 % потрошача воде за пиће. Осим локалног чишћења септичких јама, град нема систем за пречишћавање отпадних вода.

Прва фаза подразумева спровођење комплетне и детаљне анализе правних, финансијских, економских, еколошких и техничких аспеката постојећег система за водовод и канализацију и његовог рада, која ће бити представљена у стратешком извештају, заједно са детаљним препорукама о моделима јавно-приватног партнерства.

Друга фаза обухвата реализацију уговора о јавно-приватном партнерству и укључује: маркетинг јавно-приватног партнерства, идентификацију потенцијалног партнера за јавно-приватно партнерство, израду уговорне документације, спровођење јавног конкурса и избор најбољег понуђача, преговоре и закључивање уговора. Спровођење ове фазе надгледаће ЕАР и ИФЦ. По завршетку прве фазе, Град Београд је добио студију изводљивости јавно-приватног партнерства у систему за водовод и канализацију. Студија је идентификовала и предложила три изводљива модела јавно-приватног партнерства, од којих би град требало да одабере један и спроведе у наредној фази.

Оквир бр. 36. Уговор о изградњи оптичке инфраструктуре у Новом Саду¹¹⁴⁸

У Србији је по новом моделу јавно-приватног партнерства у првој години примене Закона о ЈПП и концесијама, почела реализација уговора – између јавног предузећа „Информатика“ из Новог Сада и словеначко-британско-холандског конзорцијума, који би у изградњу 240.000 км оптичке инфраструктуре у Новом Саду требало да уложи око 70 милиона евра. У наредних 25 година приватни партнер ће полагати право на 75% профита од комерцијалне оптичке мреже у првих 15, а наредних 10 година по 50% убирати прихода од коришћења мреже. По истеку овог периода сав приход ће ићи у градски буџет. ЈКП „Информатика“ тако постаје прво јавно предузеће у Новом Саду које добија приватног партнера на основу Закона о ЈПП и концесијама. Приватни партнер ће у потпуности финасирати изградњу мреже која ће бити у власништву града и којом ће управљати ЈКП „Информатика“. Након истека уговорног периода управљање мрежом прелази потпуно на јавног партнера – ЈКП „Информатика“. Корисници мреже ће имати приступ широкопојасном интернету, кабловску и ИП телевизију, уз могућност избора провајдера за сваку од телекомуникационих услуга.

Менаџмент „Информатике“ очекује да „*fiber to the home*“ (FTTH), може бити катализатор значајних социјалних, економских и еколошких бољитака, као што је у земљама које су усвојиле ову технологију као нпр. Шведска. FTTH инфраструктура

¹¹⁴⁸ Доступно на: <http://www.nsinfo.co.rs/lat/javno-privatno-partnerstvo> (17. 02. 2015).

доприноси квалитетнијем и поузданијем преносу сервиса ка резиденцијалним корисницима, стварању нових пружалаца услуга, што ствара конкурентније тржиште, повећању ефикасности јавног сектора и коначно стварању квалитетне инфраструктуре што би привлачило инвеститоре и допринело отварању нових радних места.

Анализирајући наведене примере из праксе јавно-приватног партнерства и концесија у Србији, можемо сагледати правну природу ових уговора, њихову ефикасност и применљивост у садашњим политичким и економским околностима. Тако, наведени јавни уговори, без обзира да ли су закључени пре или после ступања на снагу Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, су уговори чији је један субјект јавна управа, а други приватноправни субјект. Закључењу уговора претходила је законска процедура која је резултовала доношењем управног акта од стране јавноправног тела, као основе за закључење јавног уговора.

У јавним уговорима у наведеним примерима присутне су посебне, ванредне клаузуле које одступају од режима класичног приватноправног уговора. У овим уговорима и поред декларативне једнакости уговорних страна, *јавноправна страна има већа овлашћења* од приватног партнера. Ово се очитује у овлашћењима јавне управе да *контролише, надзире и усмерава* приватноправног субјекта у извршавању обавеза из уговора. Кад су у питању цене услуга према крајњим корисницима – грађанима, јавна управа има последњу реч. Осим тога јавна управа је у већини уговора задржала *право измене уговора* у случајевима када то захтева јавни интерес, (уз право приватноправног партнера на накнаду штете). Начело аутономије воље је подређено императивним нормама везаним за јавни интерес. *Основи циљ* оваквих уговора је *остваривање јавног интереса*, најчешће у виду *обављања јавних служби*. Наиме, ради се о уговорима путем којих се грађанима пружају услуге у области јавног превоза, изградње и одржавања водоводне и канализационе мреже и пречишћавање вода, комуналних,

телекомуникационих и других делатности од највећег значаја за друштво, које се везују за обављање јавних служби.¹¹⁴⁹

Приватноправно лице као субјект уговора је обзиром на важност делатности које су му поверене и могуће негативне последице прекида њиховог вршења, дужно да изврши обавезе из уговора, без обзира на околности и мере које су наступиле и које су отежале извршење обавеза, а које се нису могле предвидети у моменту закључења уговора. Кад су у питању комуналне делатности, које су наведене у примерима из праксе, њихово поверавање је у складу са Законом о комуналним делатностима, извршено на основу претходне одлуке скупштине јединице локалне самоуправе. На поступак поверавања обављања комуналне делатности, када вршилац добија право да финансирање обављања комуналне делатности обезбеђује у целости или делимично, наплатом од корисника услуга, примењују се одредбе закона којим се уређују концесије. Уколико се финансирање поверене комуналне делатности врши из буџета јединице локалне самоуправе, примењују се одредбе закона којим се уређују јавне набавке. Слично је и са уговорима о обављању делатности у вези управљања отпадом. Оне су регулисане Законом о управљању отпадом, који предвиђа да их може вршити и правно лице или предузетник на основу дозволе или уговора о обављању делатности од локалног значаја закљученог са јединицом локалне самоуправе.¹¹⁵⁰

На основу анализе приказаних примера јавних уговора у српској пракси видимо да ови уговори садрже следеће елементе управног уговора: 1) једна страна је увек држава или одговарајући орган јавноправно лице, односно јавна корпорација, 2) уговором се штити јавни интерес - јавноправно тело је дужно да своје право и обавезу заштите јавног интереса користи увек, па и кад су у питању дискрециони акти било које врсте, 3) делом се уговором одступа од општих правила приватног права (*clauses*

¹¹⁴⁹ Упоредити: Члан 3. став 3. у вези са чланом 1. Закона о јавним службама, *Службени гласник РС*, бр. 42/91, 71/94, 79/2005, 81/2005, 83/2005, 83/2014).

¹¹⁵⁰ Закон о управљању отпадом, *Службени гласник РС* бр. 36/09, 88/10, члан 33; Упоредити: Д Миленковић, стр. 175. и 176.

exorbitantes), 4) уговор може да садржи унапред прописане стандарде, 5) уговор ће се извршити без обзира на околности и мере које се нису могле предвидети уколико то захтева јавни интерес, 6) јавноправно лице има право надзора над извршењем уговора и 7) јавноправни субјект има право да другој страни једнострано измени уговорене обавезе које се тичу несметаног функционисања јавне службе. У француском праву, као што је наведено ова клаузула је позната као *clauses exorbitantes du droit commun*.¹¹⁵¹

У теорији се сматра да су три основна критеријума за одређивање и препознавање управног уговора када он законом није изричито уређен као такав: 1) критеријум странке, 2) критеријум циља или 3) критеријум посебних овлашћења. Први услов је да једна уговорна страна мора да буде јавноправно лице. Без овог критеријума нема управног уговора, али то није довољно да би се један уговор сматрамо „управним“. Друга два критеријума су алтернативно постављена, што значи да би један уговор могли сматрати управним, поред првог критеријума неопходно је да буде испуњен још и критеријум циља или критеријум посебних овлашћења. Критеријум циља значи да је објекат управног уговора везан за јавне службе, односно да уговорна страна (контрагент) на основу таквог уговора добија право и дужност непосредног обављања јавне службе. Други алтернативно постављени критеријум, јесте критеријум посебних овлашћења, према коме се јавноправном телу дају посебна, већа овлашћења (нпр. да једнострано мења уговорне одредбе уговора).¹¹⁵²

Како наведени уговори, који су приказани у примерима из праксе у Србији, садрже више критеријума од минимума који је неопходан да би се сматрали управним по класичном моделу управног уговора, можемо закључити да су уговори о јавно-приватном партнерству и концесијама латентни облици управних уговора. Сматрамо да је предлог експлицитног увођења управног уговора у позитивноправни систем Србије, апсолутно оправдан. Кад је у питању начин увођења уговора, кроз процесно или

¹¹⁵¹ Упоредити: Драгољуб Кавран, *Управни уговори, обележја, врсте и развој*, Правни живот, бр. 11-12. 1993. стр. 2015. Н. према: Д. Миленковић, стр. 38.

¹¹⁵² Упоредити: Борис Љубановић, *Управни уговори [...]* стр. 43. - 44. и Д. Миленковић, стр. 40.

материјално законодавство, начин заштите тих уговора и начин решавања спорова који из њих прозилазе, ту постоји различити ставови, о чему ће бити речи касније.

5. Правна заштита јавноправних уговора и решавање спорова

Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки (у даљем тексту: „Републичка комисија“), је самосталан и независан орган Републике Србије, који обезбеђује заштиту права у поступцима јавних набавки.¹¹⁵³ Наручилац може закључити уговор о јавној набавци, односно оквирни споразум, тек након доношења одлуке о додели уговора, односно одлуке о закључењу оквирног споразума. Ова одлука има карактер управног акта, јер се поводом ње може изјавити захтев за заштиту права Републичкој комисији. Одлука Републичке комисије је коначна и против ње је могуће покренути управни спор.¹¹⁵⁴

Управни спор може се покренути и када Републичка комисија није донела и доставила одлуку у законом предвиђеним роковима.¹¹⁵⁵ Покретање управног спора не одлаже извршење одлуке Републичке комисије.¹¹⁵⁶ Републичка комисија за јавне набавке може сама или на захтев подносиоца захтева или заинтересованог лица, поништити управни уговор о јавној набавци ако утврди да је наручилац закључио уговор кршећи законске одредбе предвиђене одредбама Закона о јавним набавкама.¹¹⁵⁷

Поништењем уговор о јавној набавци престаје, а уговорне стране су дужне вратити оно што су таквим уговором примиле, осим ако се оно што је примљено по уговору о набавци не може вратити или се природа оног што је примљено противи враћању. У том случају наручилац је дужан да савесном добављачу плати за испоручена добра, пружене услуге, односно изведене радове. Уколико би поништење

¹¹⁵³ Члан 138. Закона о јавним набавкама.

¹¹⁵⁴ Д. Миленковић, стр. 171. и 172; Видети и члан 159. Закона о јавним набавкама.

¹¹⁵⁵ Члан 158. Закона о јавним набавкама предвиђа рокове за доношење и достављање наведене одлуке.

¹¹⁵⁶ Члан 159. став 3. и 4. Закона о јавним набавкама.

¹¹⁵⁷ Члан 163. став 1. Исто.

уговора о јавној набавци имало несразмерне последице по рад или пословање наручиоца или интересе Републике Србије, Републичка комисија неће поништити уговор о јавној набавци, али може скратити рок важења уговора или изрећи новчану казну. Републичка комисија ће поднети тужбу за утврђивање ништавости уговора о јавној набавци када на било који начин сазна да је закључен уговор о јавној набавци ништав.¹¹⁵⁸ Закон предвиђа да су ништави уговори о јавној набавци:

1) који се закључе без претходно спроведеног поступка јавне набавке, а који је наручилац био дужан да спроведе према одредбама овог закона; 2) који су закључени супротно одредбама овог закона о спречавању корупције и сукоба интереса; 3) код којих наручилац овласти треће лице, које није наручилац да закључи уговор да би се на тај начин избегла примена овог закона; 4) који представљају измене и допуне првобитног уговора закључене у супротности са одредбама овог закона; 5) који су закључени противно одлуци Републичке комисије.¹¹⁵⁹

Правна заштита код јавних уговора о јавно-приватном партнерству и концесијама, обезбеђена је у различитим фазама у поступку који претходи закључењу уговора, у току, као и након престанка уговора. Поступак избора приватног партнера је или поступак јавне набавке одређен законом којим се уређују јавне набавке или поступак давања концесије одређен Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама, те се јавни уговор закључује као уговор о јавној набавци или као уговор о концесији. Ако реализација пројекта јавно-приватног партнерства подразумева давање концесије, односно пружање услуга са правом на експлоатацију конкретне услуге и правом на наплату, поступак избора приватног партнера спроводи се у складу са одредбама овог закона. Ако концесија која се додељује има претежно обележја концесије за јавне радове, на поступак одабира концесионара/приватног партнера

¹¹⁵⁸ Члан 163. став 3. - 6. Исто.

¹¹⁵⁹ Члан 168. Исто.

примењују се поступци јавне набавке, одређени законом којим се уређују јавне набавке.¹¹⁶⁰

Давалац концесије доноси одлуку о избору најповољније понуде за коју ће понудити потписивање јавног уговора о концесији. Ако је захтевом за заштиту права покренут поступак правне заштите, јавни уговор о концесији може се закључити по доношењу одлуке о одбијању, односно одбацивању захтева за заштиту права, у складу са законом којим се уређују јавне набавке. Ако давалац концесије не донесе одлуку о избору најповољније понуде и не достави је понуђачима у прописаном року, понуђачи могу поднети захтев за заштиту права, у складу са законом којим се уређују јавне набавке.¹¹⁶¹ У случају једностраног раскида јавног уговора од стране јавног партнера, јавни партнер има право на накнаду штете коју му је проузроковао приватни партнер у складу са општим правилима облигационог права. На последице превременог раскида јавног уговора због пропуста приватног партнера примењују се посебна правила утврђена јавним уговором као и општа правила облигационог права.¹¹⁶²

Правна заштита у поступку доделе јавног уговора обезбеђује се у складу са законом којим се уређују јавне набавке. 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.¹¹⁶³

О накнади штете лицима оштећеним незаконитом одлуком јавног тела у поступку доделе јавног уговора у складу са овим законом, решавају надлежни судови Републике Србије на основу општих прописа. Приватном партнеру се гарантују права утврђена законом, јавним уговором, уговором о финансирању пројекта, а страним

¹¹⁶⁰ Члан 20. Закона о ЈПП и концесијама.

¹¹⁶¹ Члан 40. и 41. Исто.

¹¹⁶² Члан 54. Исто.

¹¹⁶³ Члан 58. Исто.

лицима и права утврђена међународним уговорима о подстицању и заштити улагања који су на снази. Ако надлежни државни орган, применом прописа о експропријацији, донесе акт којим се одузима или ограничава право коришћења изграђених објеката који су предмет ЈПП са или без елемената концесије, приватни партнер има право на накнаду која не може бити мања од тржишне, и која се исплаћује без одлагања.¹¹⁶⁴

За спорове између страна, који настану на основу јавног уговора, стране могу уговорити арбитражно решавање спорова пред домаћом или страном арбитражом. Арбитража са седиштем у иностранству не може се уговорити ако се као приватни партнер јавља домаће правно или физичко лице, односно конзорцијум сачињен искључиво од домаћих правних и физичких лица. Ако стране нису уговориле арбитражно решавање спорова, искључиво су надлежни судови Републике Србије. У наведеним поступцима меродавно право је право Републике Србије.¹¹⁶⁵

Из наведених одредаба закона из области која уређују јавне уговоре у праву Србије, јасно произилази да је правна заштита у поступку који претходи закључењу ових уговора обезбеђена кроз двостепеност у одлучивању о одлукама које доноси јавно тело. Такође за одлуке јавних органа које су коначне у управном поступку, закон предвиђа могућност вођења управног спора пред надлежним судом. За све остале случајеве, као што су накнада штете која настане у вези са јавним уговорима, меродавно је облигационо право и надлежни су редовни судови опште надлежности.

Овакво решење није карактеристично за управне уговоре, за које су у случају спора, као што смо видели, надлежни управни судови. Ова карактеристика јавних уговора за разлику од осталих, које имају обележја управних уговора, показује да се област правног регулисања, али и јурисдикције уговорних односа између јавног и приватног сектора у Србији, врло споро трансформише. И предлог управног уговора у најновијем предлогу Закона о управном поступку осим што је овај институт уврстило као предмет управне ствари, у неким решењима представља корак уназад. Тако нпр.

¹¹⁶⁴ Члан 59. Исто.

Предлог Закона за разлику од Нацрта не даје јавном интересу централно место у управном уговору него га само наводи да садржина управног уговора „не сме бити противна јавном интересу нити правима трећих лица“. Оваква формулација наводи на закључак да управни уговор може да се закључи и када не постоји јавни интерес, ако му управни уговор није противан. Сматрамо да је јавни интерес кауза (основ, сврха, циљ) овог уговора и никако не може бити споредни елемент. Домаће законодавство и јурисдикција не уважавају у довољној мери ни нарастајуће потребе праксе за једним специјализованим управно-судским телом које би преузело решавање спорова у вези јавних уговора чији и сам назив упућује на надлежност суда који би решавао по правилима јавног права. Иако у Србији постоји Управни суд, он, због својих ограничених капацитета и надлежности, још увек није добио одговарајући третман и правни оквир који би му омогућио пуни замах и развој. Управни суд би требало да добије ширу надлежност која се односи на решавање уговорних облика делатности јавне управе, укључујући и спор у вези одредаба управног уговора, када буде и званично уведен у српско позитивно право, што би свакако било у складу са савременим концептом јавне управе и тенденцијама у упоредном управном праву.

ГЛАВА СЕДМА

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Као основни циљ научног истраживања у дисертацији предвиђено је уопштавање нових теоријских знања о институту управног уговора и његовог места у савременим системима јавне управе, одређивање могућег правца његовог даљег развоја, те формулисање предлога за унапређење управно-уговорног режима и могућности његове успешне примене у законодавству и пракси Србије. За постизање овог циља било је потребно пре свега анализирати релевантну научну грађу страних и домаћих аутора посвећену теорији управног уговора.

¹¹⁶⁵ Члан 60. Исто.

Стога је извршена анализа научне грађе, страних и домаћих аутора из области теорије управног уговора, али је посебно значајно истраживање и анализа практичних случајева из судске праксе, нарочито конкретних примера појединих врста управних уговора који се изричито или латентно појављују у различитим правним системима. Истраживање је омогућило да се прецизније дефинише место управног уговора у управноправном систему, однос према сличним институтима, те његов значај за развој и функционисање јавне управе.

Анализа најважнијих карактеристика управног уговора, али и разлика и сличности у теоријском концепту управног уговора два најзначајнија модела, француског као изворног и немачког, специфичног, али исто тако широко заступљеног модела управног уговора, послужиле су за јасније теоријско одређење овог института јавне управе путем кога она реализује своје одређене, специфичне делатности у односу са приватоправним лицима. Управни уговор одликује низ специфичности које га разликују од уговора приватног права, са једне, али и управног акта, са друге стране. Ово се односи најпре на специфичности у погледу: субјеката, циља, посебног правног режима, и присутности ванредних, дерогативних клаузула у односу на уговоре приватног права. Једна од најзначајнијих особина управног уговора која га карактерише је обавеза да је један субјекат управног уговора јавноправно тело, што овом институту даје карактер јавног уговора.

У складу са наведеним, изворно овлашћење за обављање јавних служби налази се на страни јавне управе. Реформа јавне управе и њена модернизација, довеле су до тога да се уочи неефикасност обављања јавних служби од стране управних органа, односно јавних предузећа која не могу да прате тржишни модел рада и због доминантног чиновничког и неспецијализованог, често и бирократизованог апарата који чини управу. Стога се развојем јавне управе, испоставило као неопходно усмеравање и пренос ових њених делатности на приватноправне субјекте којима је то основна делатност и који могу далеко ефикасније и економичније да обављају ове послове, нарочито услуге као облике обављања јавних служби. Међутим, управо због најважнијег циља, јавне службе, а то је остварење јавног, општег, интереса грађана, законом се не може предвидети да јавно лице самостално обавља јавну службу, па чак и

када се ради о приватизованим предузећима из ове области. Приватноправна лица јавну службу могу обављати само уколико ово овлашћење на њих пренесе надлежно јавноправно тело. То јавна управа чини путем управног уговора, којем по правилу претходи управни акт.

Управо се у овоме потврђује оправданост самог назива теме дисертације. Наиме, у домаћој, али и страниј правној теорији чији је предмет интересовања управни уговор, углавном се говори о управном уговору као једном од облика којим *управа* обезбеђује обављање неких делатности од највећег значаја за грађане као што су јавне службе, али и друге делатности од јавног интереса. При томе се за јавноправну уговорну страну користе различити називи јавноправно тело, јавни субјект, јавноправно лице и слично. Тема дисертације упућује на став да је управни уговор институт путем кога *јавна управа* обезбеђује обављање ових делатности. У англосаксонској, француској и немачкој стручној литератури, много чешће се користи управо појам „јавна управа“ (односно, „јавна администрација“). Наиме, појам „јавна управа“ је шири од појма „управа“. Ово због тога што се у овим земљама вршење управних активности не схвата искључиво као вршење управне власти, већ и као обављање других делатности које немају ауторитативних обележја. У теорији је углавном прихваћено становиште да јавна управа означава органе државне управе, али и недржавне вршиоце јавних овлашћења (јавне установе и јавна предузећа), а често и локалну самоуправу (нпр. општине и друге територијалне заједнице јавног карактера. Стога када говоримо о управном уговору као институту јавне управе, под тим подразумевамо инструмент путем кога не само органи државне управе, него и недржавни носиоци јавних овлашћења, укључујући и локалну самоуправу, могу да остварују делатности од јавног интереса, пре свега од интереса за грађане. Ово је од суштинског значаја за модернизацију и реформу (јавне)управе и њено прилагођавање новим тржишним условима рада, као и за успешно обављање оних послова јавноправног сектора који немају ауторитативни карактер.

Анализа француског концепта управног уговора показала је да је тај модел од пресудног значаја за развој овог института и његово прихватање у другим правним системима. Овоме је свакако основни печат дала теорија јавних служби на којој се заснива француска управна теорија, а тиме и управни уговор, те пракса француског

Државног савета. Немачка управноправна теорија која дуго није прихватала управни уговор и чија концепција се заснива на другачијим теоријско-правним основама је извршила снажан утицај на прихватање и обликовање овог института у упоредном праву. Карактеристике шпанског, италијанског и белгијског концепта управног уговора иако су настале на основама једног од два наведена концепта или њиховом комбинацијом, могу да послуже за превазилажење одређених карактеристика француског и немачког концепта управних уговора који традиционално нису компатибилни са правним системима Србије и земаља Региона.

Анализа ставова руске и украјинске теорије о управним уговорима такође је послужила бољем разумевању тешкоћа у превазилажењу негативног социјалистичког управноправног наслеђа које је карактерисало одбацивање института управног уговора као неприхватљивог за тадашњи модел управе са јаким прерогативама власти. Као што смо видели ово негативно наслеђе још увек ствара тешкоће у разумевању и прихватању овог института у овим земљама. Слични проблеми карактеришу и правни систем Србије и других држава насталих дисолуцијом социјалистичке Југославије.

Истраживање је дакле показало, нарочито кроз бројне примере судске праксе, да је француско управно право уобличио основне карактеристике управног уговора, који је уз немачки модел прихваћен у одређеном броју развијених земаља. Међутим, анализом појединих облика уговора јавне управе, као што су уговори о концесији, уговори о јавно-приватном партнерству, неке врсте уговора о јавним набавкама, и сл. установили смо да је већи број њих у ствари управни уговор иако често немају такав назив, или нису изричито предвиђени као такви позитивним законодавством. Упоредноправна анализа управног уговора у земљама региона, пре свега Хрватске и Македоније чије позитивни право одавно познаје овај институт, те Босне и Херцеговине, односно Републике Српске и Црне Горе, које немају изричито предвиђене управне уговоре, такође је потврдила да су управни уговори латентно присутни у праву ових земаља, иако под различитим називима, али са углавном истим основним карактеристикама.

Примери уговорних облика јавне управе и практична искуства, те правна регулатива англосаксонских земаља који регулишу јавноправне споразуме сличне

управним уговорима, показале су њихове специфичности у односу на европско континентално право и праксу, али и степен ефикасности тих модела. Посебно значајно је сазнање да и у земљама англосаксонског правног система, нарочито у САД, за које традиционално важи мишење да не познају управни уговор, поједини уговори о вршењу јавних услуга у ствари представљају уговоре о јавно-приватном партнерству или уговоре о концесији за вршење јавних служби, који се врло мало, а понекад нимало, не разликују од управних уговора. Ово показују подаци настали истраживањем неких карактеристичних комуналних услуга у градовима САД, за које можемо рећи да у упоредном праву, посебно земљама континенталне Европе, најчешће представљају услуге јавних служби које се обављају на основу управног уговора. Емпиријски приступ овом питању у америчкој пракси обезбедио је довољно аргумената за позитиван одговор на питање прихватљивости тезе да највећу ефикасност вршења услуга од јавног интереса у пракси, показују управо уговорни облици јавне управе са приватним сектором. Наиме, истраживање у САД је показало значајно боље резултате у обављању ових услуга када се оне заснивају на уговорима између јавне управе и приватних субјеката. То нас упућује на закључак да уговори са доминантним елементима управног уговора показују много веће ефекте, и по квантитету и по квалитету, у односу на остале облике вршења јавних служби, чиме се оправдава теза да ће се управни уговори у будућности даље развијати и много више користити у пракси замаља широм света. На основу спроведеног истраживања, дошло се и до закључка да је управни уговор врло економичан и ефикасан, институт за вршење делатности јавне управе од посебног значаја за целокупно друштво, нарочито кад је обављање јавних служби у питању.

Искуство и пракса управног уговарања показује да се управни уговор најчешће у позитивно право уноси путем три различита модела. Први начин је путем управнопроцесног законодавства, као што је и предвиђено предлогом новог Закона о општем управном поступку Србије. Овај модел је најједноставнији и прихваћен је у законодавству Немачке. Предности овог модела су што се на овај начин једноставно, релативно без већих процедуралних тешкоћа основне одредбе о управном уговору (појам, начин настанка и област примене, престанак и сл.) уводе у правни систем, а највећим делом уређење овог института се оставља судској пракси. Управо овај модел

је најчешће коришћен у земљама у транзицији чији правни систем га раније није познавао. На овај начин се отвара простор да се правни режим управног уговора постепено, прилагођава и обликује у складу са специфичностима правног система у који се уводи. Ипак, значајан недостатак овог система је у ограничениости управнопроцесног законодавства у погледу потпуног материјалног дефинисања овог института.

Други уобичајени начин увођења управног уговора у правни систем је путем неког материјалног закона као што је Закон о јавним службама. Овим путем се управни уговор уводи у законодавство путем материјалног закона, који се не односи искључиво на управни уговор, али га својим одредбама регулише. Пример оваквог решења имамо у македонском законодавству. Предност оваквог решења у односу на уношење путем процесног законодавства, је у могућности да се овај институт, преко материјалних прописа шире и комплексније уреди. Његов недостатак је што се на овај начин ограничава његова примена на област коју уређује материјални закон. У македонском случају су то јавне службе.

Трећи начин позитивноправног регулисања управног уговора је доношењем посебног закона који би искључиво регулисао институт управног уговора. Сматрамо да је овај начин најбољи са аспекта свеобухватности и могућности да се овим законом регулише примена управног уговора у различитим областима, чиме се на широка врата овај институт уводи у правни систем једне земље. Оваквим регулисањем се омогућава да се у старту отклоне све евентуалне баријере које би се могле испречити у његовој примени због немогућности његовог потпуног уређења другим законом. Истина, недостатак овог начина је у недостатку искуства у примени управног уговора, па самим тим и могућности грешака у његовом ширем правном регулисању. Ипак, предности овог модела су по нашем мишљењу свакако веће у односу на недостатке, па самим тим се може закључити да је ово најприхватљивији модел за земље у транзицији, па тако и Србију.

Посебан правни режим и надлежност управног судства за управне уговоре, по француском моделу, у пракси се показао као најоптималнији вид заштите управних уговора. Судије које су специјализоване за управне уговоре, далеко боље разумеју све

сложене аспекте овог института, па самим тим ефикасније и боље решавају ове спорове, него судови опште надлежности.

У складу са методологијом и правилима научног рада, у завршном делу ћемо ваљаност наведених закључака до којих се дошло истраживањем испитати и путем провере главне и споредних хипотеза дисертације. Главна хипотеза дисертације базирана је на претпоставци да је у процесу развоја јавне управе и даље демократизације друштва управни уговор важан институт, који у правној теорији, нарочито домаћој још увек није довољно истражен иако је латентно присутан, те је неопходно обезбедити правне и друге претпоставке да овај институт буде унапређен и формално-правно уведен у домаће законодавство. Да би се проверила ову главна хипотеза, потребо је сагледати исправност посебних хипотеза (подхипотеза).

Прва од њих је да у земљама континенталне Европе са развијеном јавном управом управни уговор заузима значајно место.

Управни уговор је производ практичне потребе да се ублажи пренаглашени утицај и једностраност управног акта, са једне стране и примена класичног грађанског уговора у остварењу пре свега привредних облика сарадње грађана и јавне управе са друге стране. Грађанима се преко овог института омогућава да учествују у вршењу најважнијих послова јавне управе који су од општег, јавног интереса, као што је обављање јавне службе. Осим тога управни уговори имају значајну улогу у економији, јер се овим уговорима често уређују уговорни односи између јавне управе и привредних субјеката у најзначајнијим инвестицијама за државу као што су улагања кроз јавноприватна партнерства или класичне облике давања концесија на природна богатства, јавна добра и друге ресурсе једне земље. Данас је неспорно да је француски управни систем родоначелник управног уговора, те да је институт управног уговора у различитим модалитетима познат у већем броју европских држава, као и неким државама у свету. При анализирању управног уговора у Француској, истакнуто је да је овај институт настао, развијао се и достигао своју пуну афирмацију пре свега захваљујући дугогодишњој пракси Државног савета. Он је својим одлукама пресудно утицао на развој управног уговора као инструмента специфичне управне делатности

која се не заснива на функцији управе као носиоца власти, него на споразумном односу јавне управе и привредних субјеката.

У немачком праву, управни уговор дуго година није био прихваћен. Ипак, временом, трансформацијом управе и „социјализацијом“ делатности јавне управе, управни уговор се све више афирмисао као неизбежни инструмент јавног права, нарочито у савременим условима, када деловање јавне управе поприма потпуно другачији облик, те уместо функције вршења власти преовладавају уговорни облици сарадње јавне управе са грађанима, односно приватним субјектима. Тако да и поред дугог опирања, прихватање нових теоријских концепција и модела јавне управе, довело је до увођења овог института и у немачко позитивно право. Управни уговор је у свом изворном облику или са различитим модификацијама прихваћен у одређеном броју земаља од којих су у дисертацији анализирани правни системи Белгије, Шпаније, Италије, а познат је и у Луксембургу, Аргентини, и низу других земаља у уверопи и свету. Управни уговор су прихватиле и Хрватска и Македонија, а у процедури је увођење и у правни систем Србије. Међутим, има низ развијених земаља које нису овај уговор изричито прихватиле у своје позитивно право. На основу наведеног можемо закључити да је ова хипотеза делимично потврђена.

Друга посебна хипотеза се заснива на тврдњи да је у бившим социјалистичким правним системима укључујући и правни систем Србије, управни уговор сматран непримереним за социјалистички тип државе, па није био формалноправно присутан у позитивном праву и веома мало је изучаван.

Социјалистички правни систем није прихватао управне уговоре, између осталог и јер су били у супротности са схватањима функције државе и њеног административног апарата као носиоца власти, као и ограничења у вези приватне својине, а уговори које заључују држава и организације којима су поверена јавна овлашћења, подведени су под општи режим грађанског права. Ово је случај и са појединим облицима латентних уравних уговора као што су неке врсте концесија. Земље социјалистичког управноправног наслеђа је карактерисало неприхватање института управног уговора као супротног тадашњем моделу управе са јаким прерогативама власти, а које је карактерисало између осталог и земље бившег Совјетског савеза као што су Русија и

Украјина, али и правни систем Србије и држава социјалистичке Југославије. Стога можемо закључити да је ова хипотеза потврђена.

Трећа подхипотеза се заснива на ставу да управни уговор има елементе управног акта, али се од њега јасно разликује.

Управни уговор је, исто као и управни акт, облик управноправног регулисања конкретног случаја, којим се производе извесни управноправни ефекти. Из овог разлога су и један и други дефинисани као „акти којима се окончава управни поступак“. Оба постоје у границама јавног права, „изазивајући спољне управноправне последице на појединачне животне догађаје и са њима повезане, шире појаве“. Насупрот заједничких одлика, постоји и кључна разлика између ова два акта – манифестује се у начину, односно методу њиховог остваривања. Управни акт се доноси на основу једностране воље јавне власти, док је за настанак управног уговора неопходна сагласност јавне власти и грађана. Другим речима, основни атрибут управног акта је његова једностраност, насупрот двостраности управног уговора. Држава се при закључивању приватноправних уговора јавља у улози приватноправне личности са истим правним статусом као и појединац, док се пак, при доношењу управних аката она јавља у својству јавноправног субјекта са јачом вољом. И код управних уговора постоји јача воља јавноправног субјекта. Ипак, за разлику од управног акта код управног уговора су увек присутне две воље, од којих је једна јавноправна, а друга приватноправна и којима се регулишу њихови међусобни односи. То значи да без њиховог међусобног прожимања нема ни управног уговора. Дакле, можемо закључити да су две основне карактеристике управног акта које су неспојиве са појмом управног уговора - једностраност и ауторитативност. Једностраност управног акта није квантитативне природе, него садржинске. Управни акт је наметнут од стране његовог доносиоца, а у његовом доношењу не учествује лице на које се тај акт односи. За разлику од управног акта, управни уговор управа не може сама да донесе. Све ово указује да се и поред одређених сличности ради о два различита правна института. Наведене разлике су више него довољне да утичу на, не само сасвим другачији појавни облик управног уговора у односу на управни акт, већ и да обележе знатну различитост правних последица које производи, односно које га карактеришу.

Значај разликовања управних аката и управних уговора огледа се пре свега у одређивању правне заштите при вршењу управних делатности. Ово се односи на одређивање надлежност за јавноправну заштиту како јавног интереса тако и права и интереса грађана у поступцима пред органима управе. То се остварује кроз правна средства предвиђена у управном поступку, као и судској заштити. С друге стране управни уговор у свом класичном значењу најчешће представља правни акт – средство за обезбеђивање јавних служби, карактеристично за постојање тржишних услова у друштву. Реч је о јавноправним, односно управним уговорима које јавна управа закључује споразумно са другим субјектима ради функционисања јавне службе при чему у том односу ужива формално привилеговани статус. Реч је о „интерференцији“ ауторитативних и неауторитативних аката у сложеним друштвеним односима, односно у ситуацији када је управни акт и уговор делују на исти предмет и тако утичу један на другог. Комбинација методе доминације (ауторитативности) и методе координације (неауторитативности), постоји на посебан начин и код закључка о обустављању поступка услед закљученог поравнања. Дакле, на основу наведеног, можемо рећи да је истраживањем потврђена и трећа подхипотеза.

Наредна споредна хипотеза коју је требало проверити је да је управни уговор специфична врста споразума која има особине приватноправног и јавноправног уговора.

Као што је раније наведено, у управној теорији су присутна два супростављена схватања правне природе управних уговора. По једном управни уговор је увек само уговор, било као обичан грађанскоправни уговор, или као специфичан правни институт за који важи специфичан правни режим јавног права који га издваја из категорије обичних приватноправних уговора. У међувремену је ово схватање превазиђено. У савременој правној теорији је углавном прихваћен став да све управне уговоре одређује неколико основних обележја који се односе на субјекте уговора, циљ уговора и дерогативност одредаба, али и на посебан поступак и посебне услове за закључење управних уговора, специфичан начин реализације права и обавеза уговорних страна. На основу ових обележја управног уговора можемо издвојити најважније опште карактеристике управног уговора. То су: 1) најмање једна уговорна страна је увек

субјект јавног права (јавноправно тело); 2) сврха и циљ управног уговора је испуњење неког ширег друштвеног интереса; 3) према критеријуму „посебних овлашћења“ јавноправно тело као уговорна страна има посебна, већа овлашћења; (нпр. да једнострано мења уговорне одредбе или једнострано раскине уговор, при чему друга уговорна страна има право на новчану компензацију); 4) управни уговори садрже дерогативне одредбе, тј. одредбе којим се одступа од општег режима приватног права у корист режима управног права, (*clauses exorbitantes du droit commun*) чија је сврха обезбеђење јавног интереса у поступку закључења, начина извршења, раскида уговора и решавања спорова до којих дође у вези са тим уговором; 5) поступак и услови закључења управног уговора су такође специфични и њиховом закључењу углавном претходи поступак јавног конкурса или истицања позива о достављању понуда; 6) спорове који произлазе из управних уговора решавају специјализовани управни судови или независна управна тела. Према француском управном праву као ствараоцу института управног уговора, циљ закључења управног уговора превасходно је везан за обезбеђење функционисања одређене јавне службе, као што је: набавка одређених добара, извођење радова, услуга, уступање јавне службе (концесионирана јавна служба), и сл. Бројна одступања у карактеристикама управног уговора у односу на уговор приватног права, указују на њихову специфичност и самосталност, иако се у недостатку одредаба које изричито регулишу управни уговор, супсидијарно могу примењивати одредбе приватног, облигационог права. Можемо закључити да управни уговор свакако припада категорији уговора, али како неки аутори наводе ради се о уговору *sui generis*, посебној врсти уговора који има елементе класичног грађанског уговора, али и низ карактеристика који га чине специфичним.

Следећа посебна хипотеза је да је до доношења новог Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама у Србији, правни оквир за управне уговоре био је неадекватан и контрадикторан;

Закон о концесијама из 2003. године је врло мало коришћен у закључењу уговора са елементима јавно-приватног партнерства, иако је заједно са другим посредним законима требао представљати основу за успешну сарадњу у овој области. Као разлоге изостанка очекиване сарадње јавног и приватног партнера коју је требао да

олакша овај закон, потенцијални актери углавном су наводили: компликовану и дуготрајну процедуру доделе концесије, недостатак подзаконских аката, сложен и компликован поступак и недефинисане процедуре у спровођењу концесионих пројеката, недовољну заштиту капитала приватног улагача. Проблем за правну праксу представљало је и то што су позитивноправни прописи омогућавали доделу уговора за исту делатност, а да није прецизно разграничено по ком пропису се поступак има спровести. То је био основ за различиту праксу државних органа у погледу избора важећег закона који треба применити, те могућност да државни орган опортуно и дискреционо одлучи да примени процедуру која му је једноставнија, чиме би се могло доћи до повреде начела транспарентности, али и других начела поступка који се спроводи ради одабира партнера. Свакако је и неуређена правна регулатива један од разлога што је од пет закључених уговора о концесији у области рударства и изградње аутопутева, само један остао на снази, док су преостала четири уговора раскинута. Бројни потенцијални пројекти уопште нису реализовани или су започети, а нису окончани. Из овога се може се закључити да пројекти за концесије и јавно-приватна партнерства започети по прописима пре доношења новог Закона о ЈПП и концесијама, на републичком нивоу нису заживели. Закон о локалној самоуправи из 1997. године је обезбеђивао општи правни основ за формирање јавно-приватних партнерстава на локалном нивоу у Србији тако што је омогућио јединицама локалне самоуправе (градовима и општинама) да уговором повере обављање комуналних услуга правном или физичком лицу. Закон је предвиђао могућност да органи локалне самоуправе у ову сврху оснују јавно-комунална предузећа или друге организације за пружање ових услуга. Међутим, ако обављање комуналне делатности од стране јавног предузећа не би било "рационално", јединица локалне самоуправе је могла поверити ову делатност приватном инвеститору. То значи да орган локалне самоуправе може дозволити приватним партнерима да обављају комуналне делатности као природне монополе само ако обављање тих делатности од стране управе не би било економски рационално с обзиром на обим послова и број корисника. Закон предвиђа услове и начин поверавања комуналних делатности, као и начин контроле тих делатности. У претходном Закону о концесијама давалац концесије је могла да буде само Влада Републике Србије, што није било у складу са принципима Европске повеље о локалној самоуправи и начелима

децентрализације и супсидијарности. Овај период карактерише компликована административна процедура у којој је и за најједноставније инвестиције као што је на пример изградње градске тржнице, неопходно обезбедити мноштво документације, разних дозвола и одобрења укључујући и сагласности бројних министарства. Узимајући у обзир наведене недостатке, можемо закључити да је хипотеза о неадекватности и контрадикторности правног оквира за управне уговоре, пре доношења Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама у Србији, потврђена.

Требало је проверити и хипотезу да правне системе већине постјугословенских држава укључујући и Србију, карактерише латентна присутност управних уговора, али ради њихове успешне примене, неопходно је њихово експлицитно увођење у позитивно законодавство.

У позитивном праву Републике Србије прописи који су у вези са управним уговорима, могу се наћи првенствено у Закону о јавним службама и Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама. Слично је и са осталим државама Региона, с тим да је у Хрватској и Македонији управни уговор експлицитно уведен у позитивно законодавство, у првом случају преко Закона о општем управном поступку, а у другом преко Закона о јавној служби. Ово као што смо видели није случај са Србијом, Црном Гором и Босном и Херцеговином. Закон о јавним службама Србије, иако не дефинише изричито појам управног уговора и не одређује његово постојање као такво, ипак предвиђа да се поверавање послова од стране Републике, аутономне покрајине и града другим правним и физичким лицима уређује уговором. Слично је регулисано и у праву Црне Горе и Босне и Херцеговине, односно Републике Српске. Ови уговори имају битне елементе управног уговора, иако нису као такви именовани у закону. Ово се односи на право Србије, и земаља у Региону, јер чак и оне земље које су увеле овај институт у своје право, нису обухватиле све његове облике као што су нпр. неки уговори о концесијама или јавно-приватном партнерству. Други закон, којим се посредно уређује институт управног уговора је Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама. У правној теорији углавном постоји општа сагласност да концесије за јавне службе представљају облике управног уговора, али у упоредном и домаћем праву постоје и ставови да су концесије без обзира на њихове облике управни уговори.

Анализом законодавства које регулиште концесије и јавно-приватна партнерства, као и низа примера из праксе, истраживање је показало да уговори о јавно-приватном партнерству са или без елемената концесије, чији је предмет вршење одређених услуга које имају карактер јавних служби испуњавају све критеријуме који су у теорији општеприхваћени као елементи управног уговора. Тако се долази до закључка да су управни уговори на овај начин дужи низ година, латентно присутни у праву ових земаља.

Једна од подхипотеза на почетку истраживања била је да, иако су у предлогу новог Закона о општем управном поступку Републике Србије управни уговори предвиђени као законска категорија, изостала је њихова прецизна разрада и усаглашавање са другим законима.

У Предлогу Закона о општем управном поступку управни уговор се врло скромно регулише. Дата је само његова дефиниција која се ослања на немачки модел, као и основни елементи, а да при томе није предложено одговарајуће усаглашавање ових одредаба са одредбама других закона нити проведбених аката који се односе на ову материју. Тако се у Предлогу Закона дефинише управни уговор, као „двострано обавезан“ писани акт, „којим се ствара, мења или укида правни однос у управној ствари“. Посебно је наглашена писана форма, предвиђена је могућност измене уговора услед промењених околности, могућност једностраног раскида од стране јавноправног тела ради заштите јавног интереса. У Предлогу Закона о општем управном поступку, потпуно су изостале неке одредбе које су биле предвиђене у Нацрту Закона. Предлогом новог Закона, предвиђено је да „Орган може да закључи управни уговор, поступајући у јавном интересу, без нарушавања права трећих лица, у области јавно-приватног партнерства, концесија, јавних служби, као и у другим областима предвиђеним законом“. Уважавајући опрез предлагача, према овом за наше позитивно право новом институту, сматрамо ипак, да значајно редиговање првобитног предлога, који је садржавао Нацрт Закона, по нама није добро решење, јер је јавни интерес основа на којој се заснова већина уговора јавне управе. Сматрамо да јавни интерес треба дефинисати као конститутивни елемент за настанак јавног уговора, те предложено законско решење по коме „уговор не сме бити противан јавном интересу“ није

адекватно значају који јавни интерес треба да има у уговорима јавне управе и приватног субјекта. Изостанак ових и других битних одредаба, те регулисање управног уговора са свега неколико чланова, предлог законског дефинисања управног уговора чини доста скромним. Закључујемо исто тако да је приметна опрезност предлагача Закона вероватно последица намере да се за почетак регулишу само најважније одредбе о управном уговору, а да се управној пракси препусти да усмери законодавца на доградњу правног режима управног уговора који ће дати примеренију форму и садржај овом важном институту. Сматрамо да је управни уговор потребно квалитетније уредити и то материјалним законодавством. Ипак, и овако регулисање управног уговора, које је предложено у оквиру новог Закона о општем управном поступку, има своју вредност јер коначно омогућава да се управни уговор изричито уведе у правни систем Србије, те да се кроз управноправну и судску праксу касније дограђује. На основу приказаних аргумената у погледу ове посебне хипотезе, можемо закључити да је она потврђена.

Последња посебна хипотеза предвиђа да је за постојање управних уговора у Србији и заштите права из овог уговора, неопходно посебно управно судство и одговарајући материјалноправни и процесно правни оквир за његово функционисање.

Сматрамо, а то потврђују и ставови правне теорије, али и праксе, да управни уговор не мора нужно да буде само уговор којим се обезбеђује вршење јавне службе, већ и сваки други уговор закључен између јавноправног и приватноправног лица у коме, због остварења ширег друштвеног интереса, јавноправно лице као уговорна страна има посебна овлашћења. Јавноправни субјект у овом уговорном односу у односу на другу уговорну страну има јачу правну позицију, иступа са „јачом вољом“, без обзира да ли се на овај начин обезбеђује вршење јавне службе или не. Пример управног уговора у пореском закону Хрватске то најбоље показује. Уколико бисмо прихватили концепт управних уговора који се своди стриктно на примену управних уговора као инструмента за вршење јавних служби, при томе игноришући друге облике управног уговора, значајно би осиромашили управну теорију и праксу јер се проширењем друштвене функције управе значајно проширио круг могућих делатности јавне управе у којима се може са успехом применити управно уговарање као облик сарадње између

јавног и приватног сектора. Стога нема разлога да позитивно законодавство не дефинише када се неки уговор или споразум може сматрати управним уговором. Ипак, уколико би увођење управног уговора било условљено потпуним обезбеђењем свих материјалних и процесних услова у погледу надлежности управних судова у споровима у вези са овим институтом, то би могло значајно успорити сам процес. Стога у недостатку одговарајуће правне регулативе, ово питање може да се решава кроз праксу органа управе и судску праксу управних судова у чију надлежности треба изменама закона обухватити и решавање питања, односно спорова у вези управних уговора. Дакле за ову хипотезу можемо констатовати да је делимично потврђена кроз истраживање.

На крају можемо рећи да је истраживање показало да су све посебне хипотезе углавном потврђене. Стога се неминовно намеће закључак и да је и основна, (главна) хипотеза дисертације - *да је у процесу развоја јавне управе и даље демократизације друштва управни уговор важан институт, који у правној теорији, нарочито домаћој још увијек није довољно истражен иако је латентно присутан, и да је неопходно обезбедити правне и друге претпоставке да овај институт буде унапређен и формално-правно уведен у домаће законодавство - у потпуности потврђена.*

ЛИТЕРАТУРА:

Литература из Србије и региона:

Авиани, Д. *Посебности управних уговора и њихове судске контроле у хрватском праву*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 50, 2/2013.

Авиани, Д. *Правна заштита у поступку додјеле јавних уговора - хармонизација хрватског права са Acquis communautaire*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год 45, 1/2008. 175. - 195.

Авиани, Д. *Тржишно дјеловање јавноправних тијела и јавни уговори према правној стечевини Европске заједнице*, Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Правни факултет, Мостар, 2007.

Авиани, Д. Ђерђа, Д. *Актуална питања правног уређења управних уговора у хрватском праву*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 48, 3/2011.

Алексић, М. *Карактеристике структуре неких јавно-приватних партнерстава у области управљања чврстим отпадом у Србији*, у оквиру Програма подршке развоју инфраструктуре локалне самоуправе, одржаног 17. и 18. јуна 2009. МИСП пројекат (*Municipal Infrastructure Support Program*).

Амовић, М. *Јавно-приватно партнерство у концесијама и јавним набавкама*, Синергија, 2009.

Амовић, М., Иванић, М., Слијепчевић, Ђ. *Јавно-приватно партнерство и концесије, теоријски аспекти и примјена концепта*, Б. Лука, 2014.

Антић, О. *Облигационо право*, Београд, 2008.

Аћимовска-Малетић, И. *Јавне установе у упоредном праву*, докторска дисертација, Ниш, 2008.

Бабац, В. *Управно поступовно право – одабрана поглавља*, Правни факултет у Осиеку, Осиек, 1988.

Бачић, В. Томић З., *Коментар Закона о управним споровима*, Београд, 1989.

Борковић, И. *Концесионирана јавна служба у француском праву*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 1. год. 30, Сплит, 1993.

Борковић, И. *Управни уговори*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 2. вол. 30, Сплит, 1993.

Борковић, И. *Управно право*, Загреб, издања: 1981/1987/1995/2002.

Борковић, И. *Концесионирана јавна служба у француском управном праву*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 30/1, 1993.

Борковић, И. *Управни уговори*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 30, бр. 2, 1993.

Буковић, В. *Примена модела јавно-приватног партнерства у Републици Српској*, *Анали пословне економије*, бр. 10. 2014.

- Васиљев, В.** *Јавно-приватна партнерства у Европској унији и Србији – Развој модела, тржишта и законског оквира*, докторска дисертација, ФПН, Београд, 2015.
- Васиљев, В.** *Основне карактеристике јавно-приватних партнерстава*, Јавне политике.
- Водинелић, В.** *Јавно и приватно право*, докторска дисертација, Правни факултет, Београд, 1986.
- Вучетић, Д.** *Децентрализација у континенталним правним системима*, докторска дисертација, Ниш, 2012.
- Вујаклија, М.** *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1980. стр. 412.
- Вукмир, Б.** *Правни аспекти концесија*, *Право и порези*, бр. 12, вол. 9, Загреб, 2000.
- Гелевски, С. Гризо, Н., Давитковски, Б.** *Управно право*, Скопје, 1997.
- Горенц, В.** *Уговор о концесији*, Економски факултет Загреб, 2/1989.
- Гризо, Н., Давитковски, Б.** *Приватизација во светот*, Куманово, 1994.
- Давитковски, Б.** *Појам управних уговора и њихово место у македонском правном систему*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Тематски број посвећен Славољубу Поповићу, LVII, Ниш, 1-20, 2011.
- Давитковски, Б., Давитковска, Е., Гоцевски, Д.** *Однос између управног (јавног) права и грађанског (приватног) права vs. кодификације грађанског права*, Зборник радова хармонизација права у региону, 2013.
- Давитковски, Б., Павловска-Данева, А.** *Правната природа на договорите за јавни набавки во Република Македонија и компаративно*, Зборник радова у част проф. др Миле Хаџивасилев, Скопје 2004.
- Дамјановић, М.** *Уводне напомене, Упоредна искуства државних управа*, Београд 2003.
- Денковић, Д.** *Јавна служба у француском управном праву*, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 5, 1970.
- Диги, Ј.** *Преображаји јавног права*, Геца Кон, Београд, 1929.
- Димитријевић, П.** *Правоснажност управних аката*, Београд, 1963.
- Димитријевић, П.** *Основи науке о јавној управи*, Ниш, 1967.
- Димитријевић, П.** *Елементи управног права*, Београд, 1980. и 1983.
- Димитријевић, Предраг,** *Управно право општи део*, Ниш, изд. 2008. и 2013.
- Димитријевић, Предраг,** *Јавни интерес и креативности управне функције*, у: *Стварање права*, Трећи скуп Југословенског удружења за теорију, филозофију и социологију права, Милочер, 24-25. Октобар, 1999. Београд, 2000.
- Дмичић, М.** *Модернизација, професионализам и усавршавање локалне самоуправе у систему уставних промјена у БиХ*, *Модерна управа*, часопис за управно-правну теорију и праксу, бр. 1. 2008.
- Ђерђа, Д.** *Правила управног поступка у еуропском праву*, Правни факултет Свеучилишта Ријека, 1991.
- Ђерђа, Д.** *Уговор о концесији*, Хрватска јавна управа, год. 6. бр. 3. 2006.
- Ђерђа, Д.** *Управноправни аспекти концесија*, докторска дисертација, Сплит, 2005.
- Ђорђевић, С.** *Власти у акцији - свет јавних услуга*, Београд, 2008.

- Живић, Ј.** *Управни уговор*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број посвећен Славољубу Поповићу, LVII.
- Јанковић, Ј.** *Гласник права*, Крагујевац, 2012.
- Јелић, З.** *У трагању за идентитетом управне ствари*, Правни живот, 9, 1996.
- Јефтић, Јб.** *Судска контрола законитости управних аката*, Београд, 1960.
- Јовановић А.** *The Role and Importance of the Public Private Partnership in the Republic of Serbia in Financing Local Economic Development*, Зборник *Local Economic and Infrastructure Development of SEE in the context of EU*, Академија наука и уметности Босне и Херцеговине, Сарајево, 2013. године, 415. - 425.
- Јовановић, С.** *Држава - појам државе и државне функције*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон А. Д. Београд, 1936.
- Јоноски, Ј.** *Моделот на јавно-приватно партнерство реално остварлив и применлив*, јули, Скопје, 2014.
- Јурлина-Алибеговић, Д.** *Институционално јавно-приватно партнерство у Хрватској*, Партнерство јавног и приватног сектора, добра и лоша искуства у одабраним земљама у транзицији, ПАЛГО центар, 2010.
- Кавран, Д.** *Управни уговори, обележја, врсте и развој*, Правни живот, бр. 11-12. 1993.
- Кавран, Д.** *Јавна управа: реформа, тренинг, едукација*, Удружење за јавну управу, Факултет организационих наука, Београд, 2003.
- Келзен, Х.** *Опита теорија права и државе*, Београд, 1951.
- Кнежевић, М.** *Значај концесија за страна улагања у Републици Србији*, Економски хоризонти, 12. 2010.
- Кнежевић, Т.** *Специфична својства уговора о концесији*, Правни живот, бр. 11. Београд, 2002.
- Костић, Ј.** *Административно право Краљевине Југославије I – устројство управе*, Београд, 1933.
- Костић, М.** *Управни уговор у немачком праву*, Актуелна питања савременог законодавства - Зборник радова са Саветовања правника у Будви, Правни живот, Савез удружења правника Србије и Републике Српске, вол. 57, бр. 7-8, Београд, 2008.
- Кошутић, Б.** *Судска пресуда као извор права*, Београд, 1973.
- Крбек, И.** *Концесионирана јавна служба*, Мјесечник, бр. 2-3, 1930. Загреб.
- Крбек, И.** *Управно право, II књига, организација управе*, Југословенска штампа, Загреб, 1932.
- Крбек, И.** *Судска контрола наредбе*, Загреб, 1939.
- Крбек, И.** *Управно право ФНРЈ*, Београд, 1955.
- Крбек, И.** *Основи управног права ФНРЈ*, Загреб, издање: 1950, 1957.
- Крбек, И.** *Управни акт*, Загреб, 1957.
- Лилић, С.** *Административни уговори и јавне службе*, Правни живот 11/12. 1993.
- Лилић, С.** *Организациони појам управе*, Правни зборник, Удружење правника Црне Горе, бр. 2/3, 1995.

- Лилић, С.** *Државна управа-иструмент власти или јавна служба*, Упоредна искуства државних управа, Београд, 2003.
- Лилић, С.** *Европски суд правде и управно право Европске уније; Правни капацитет Србије за европске интеграције*, Правни факултет, Београд, 2007.
- Лилић, С., Голубовић, К.**, *Европско управно право*, Правни факултет, Београд, 2011.
- Лилић, С., Кунић, П., Димитријевић, П. Марковић, М.** *Управно право*, Савремена администрација, Београд, 1999.
- Лилић, С., Миленковић, Д.** *Јавне службе у југословенском праву*, Београд, 1999.
- Лончар, З., Вучетић, Д.** *Принцип сразмерности у европском и српском праву, управноправни аспекти*, часопис за друштвене науке „Теме“, Ниш, 2013.
- Лукић, Р.** *Теорија државе и права II* Београд, 1954.
- Лукић, Р.** *Општи акти управе*, Београд, 1963.
- Љубановић, Б.** *Управни уговори и управно судовање*, Зборник Правног факултета у Сплиту, год. 47. 1/2010.
- Мајсторовић, Б.** *Коментар Закона о управним споровима*, Београд, 1965.
- Мартинковић, А., Поповић, С.** *О јавној управи*, Зборник радова правног факултета у Нишу, Тематски број посвећен Славољубу Поповићу, LVII, Ниш, 2011.
- Матовић, И.** *Да ли је ауторитативност нужно својство ствари о којој се решава у управном поступку*, Загреб, 1971.
- Медведовић, Д.** *Битне разлике новог ЗУП-а према пријашњем ЗУП-у*, Примјена Закона о опћем управном поступку, Информатор, Загреб, 2010.
- Медведовић, Д.** *Ново правно уређење концесија*, у Зборнику 47. Сусрета правника, Загреб, 2009.
- Миленковић, Д.** *Управни уговори - теорија, законодавство, пракса*, Центар за јавну управу, локалну самоуправу и јавне политике Факултета политичких наука у Београду, 2014.
- Милков, Д.** *Појам управног акта*, Нови Сад, 1983.
- Милков, Д.** *Управна ствар*, Анали Правног Факултета у Београду, бр. 5. 1986.
- Милосављевић, Б.** *Управно право*, Правни факултет универзитета Унион, Београд, 2010.
- Мораит, Б.** *Облигационо право, књига прва*, Бања Лука, 1997.
- Мук, С., Маровић, Ј., Цанкић, Ј., Поповић, М., Сошић, М., Драгојевић, М.** *Јавно-приватна партнерства у Црној Гори – одговорност, транспарентност и ефикасност*, Институт Алтернатива, Подгорица, 2010.
- Отајагић, Ф.** *Савремене тенденције у јавној управи*, Анали Правног факултета у Зеници, бр. 8. год. 4.
- Павловић-Крижанић, Т.** *Локална јавно-приватна партнерства у Србији-између прописа и реалности*, ПОЛИС, Часопис за јавну политику, 2012. бр. 2.
- Павловић-Крижанић, Т., Брдаревић, Љ.** *Партнерство јавног и приватног сектора у Србији: Оријентација ка правичној подели ризика и исплативости инвестиција*,

- Партнерство јавног и приватног сектора, добра и лоша искуства у одабраним земљама у транзицији, ПАЛГО Центар, 2010. Београд.
- Павловски-Данева, А.** *Управни договори*, докторска дисертација, Скопје, 2003.
- Пађен, И.** *Јавно и приватно право: Трансфер правних теорија*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 44. 3-4/2007.
- Перовић, С.** *Облигационо право*, Београд, 1986.
- Петери, Г.** *Партнерство јавног и приватног сектора - добре и лоше стране* Партнерство јавног и приватног сектора – добра и лоша искуства у одабраним земљама у транзицији, ПАЛГО Центар, Београд. 2010.
- Петровић, М. Прица, М.** *Посебно управно право са међународним управним правом*, СВЕН, Ниш, издање, 2012. и 2014.
- Петровић, М. Прица, М.** *Увод у велике правне системе*, Ниш 2013,
- Пирнат, Р.** *Управни уговор и управни поступак, Модернизација опћег управног поступка и јавне управе у Хрватској*, Сувремена јавна управа, Загреб,
- Поповић, С.** *Нека питања у вези са појмом јавне службе*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 2, 1954. Београд.
- Поповић, С.** *О потреби увођења института управних уговора у наше право*, Архив, бр. 1-3, Београд, 1996.
- Поповић, С.** *О управним уговорима, Управно право – студије и чланице*, Књижевне новине, Београд, 1973. године.
- Поповић, С.** *Специфичности управних уговора у романском праву*, Правни живот, бр. 11-12, Београд 1993.
- Поповић, С.** *Управно право*, Београд, издање, 1966, 1982. и 1989.
- Пусић, Е.** *Наука о управи*, Школска књига, Загреб, издање 1975, 1978. и 1996.
- Радишић, Ј.** *Облигационо право, (Општи део)*, Београд, 2004.
- Радовановић, Љ.** *Управни уговор*, Архив за правне и друштвене науке, књ. XXX. бр. 4. Београд, 1926.
- Ромац, А.** *Извори римског права, латински текстови са преводом*, Загреб Информатор, 1973.
- Рудић, Д., Боговић, Ћ. Д.** *Отпис и одгода доспјелости порезног дуга – прије и сада*, Порески вјесник 7-8/2015.
- Русо, Ж. Ж.** *Друштвени уговор*, Ф. Вишњић, Београд, 1993. година,
- Трбовић, С. А., Ђукановић, Д., Кнежевић, Б.** *Јавна управа и европске интеграције Србије*, ФЕФА, Београд, 2010
- Стјепановић, Н., Лилић, С.** *Управно право*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1991.
- Стјепановић, Н.** *Управно право ФНРЈ*, Београд, 1958.
- Стјепановић, Н.** *Управно право у СФРЈ општи део*, Београд, 1978.
- Стојановић, В., Антић, О.** *Увод у грађанско право*, Београд, 2004.

Тасић, Ђ. *Један покушај поделе државних функција у формалном и материјалном смислу*, Београд, 1984.

Томић, З. *Правна природа управних уговора*, Правни живот, бр. 11-12, Београд, 1993.

Томић, З. *Управно право*, Драганић, Београд, 1995.

Томић, З. *Управно право, систем*, ЈП Службени лист СРЈ, Београд, 1998.

Филиповић, З. *Управно-правни аспект начела сразмерности и заштите легитимних очекивања*, Правна ријеч, бр. 39/2014.

Цветковић, П. *Регулаторни оквир јавно-приватног партнерства, преглед нових решења*, ПОЛИС, Часопис за јавну политику, 2012. бр. 2.

Цветковић, П., Миленковић-Керковић, Т. *Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања*, *Право и привреда*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2011. бр. 4-6.

Цветковић, П., Здравковић, У. *Јавно-приватно партнерство у правном систему Републике Србије – полазна разматрања*, Зборник радова правног факултета у Нишу, LXIII, 2012.

Цвијовић, М. *Реформа јавне управе и локална самоуправа*, докторска дисертација, Факултет политичких наука, Београд, 2013.

Шикић, М. Станичић Ф., *Правна нарав уговора о концесији*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 48, 2/2011.

Страна литература:

Amirkhanyan, A. *Collaborative performance measurement: Examining and explaining the relevance of collaboration in state and local government contracts*, Journal of Public Administration Research and Theory, 19 (3), 2009.

Antoine, J. *La mutabilite contactuelle nee de faits nouveaux exterieurs aux parties*, RFDA, 2004.

Auby, J. M. *Droit administratif special*, Deuxieme Edition, Paris, Sirey, 1966.

Barber, B. *Privatization, Not just Garbage*, Recycling Times, September 1, 1998.

Bartscher, *Der Verwaltungsvertrag*, in Behoerden-praxis, 1997.

Battis, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Auflg., 2002.

Benabent, A. *Droit civil*, Montchrestien, Paris, 1999.

Brown, N., Bell, J. S. *French Administrative Law*, Clarendon press, Oxford, 1998.

Buffelan, J. P. *Les grandes théories de base du droit administratif Francais*, Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d' Etat, Bruxelles, 1967. No. 4.

Burton, S. J. *Breach of Contract and the Common law Duty to Perform in Good Faith*, Harv L. Rev. No 90, 1980.

Canedo, M. *Le mandat administratif*, Bibliotheque de drit public, LGDJ, 2001.

Chandler, A. *Comparative Public administration*, London, Routledge, 2000.

Claybrook, F. W. Jr. *Good Faith in de Termination and Formation of Federal Contract* 56 MD. L. REV, 1997.

- De Enterria, E. G., Fernandez, T-R.** *Curso de Derecho Administrativo I.*, Thompson Civitas, Madrid, 2006.
- De Valles, Arnaldo.** *Concessioni, Nuovo digesto Italiano*, sv. 3, Unione tipograficoeditrice torinese, Torino, 1937.
- Debbach, C.** *Institutions et Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1978.
- Detterbeck, S.** *Öffentliches Recht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2009.
- Dimock, M.** Dimock G, Fox D., *Public Administration, Fifth Edition*, 1983,
- Dupuis, G.** Guedon M – J, Chretien, *Droit administratif*, Sirey, Paris, 2009.
- Epstein, W. N.** *Contract Theory and the Failures of Public - Private Contracting*, Chicago-Kent College of Law, 2013.
- Farnham, D.** Horton S, Barlow J., Hondeghem A. (eds), *New Public Managers in Europe: Public Servants in Transitions*, Macmillan Business, London, 1996.
- Fischer, P.** *Die internationale Konzession*, Wien-New York, 1974.
- Forsthoff, E.** *Traite de droit administratif allemand*, Bruxelles, 1960.
- Galligan, D. J.** *Due Process and Fair Procedures; Study of Administrative Procedures*, Clarendon, Press, 1996.
- Georg, J.** *Allgemeine Staatslehre*, ed. 3, Berlin, 1921.
- Giannini, M. S.** *Droitto amministrativo II*, Giuffre, Milano, 1988.
- Gordon, J. G., Milakovich, E. M.** *Public Administration in America*, 1995.
- Grotius, H.** *De iure belli ac pacis*. Hagae Comitum, 1680. 2. Ausgabe, Leiden, 1965.
- Guettier, C.** *Droit des contrats administratifs*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008.
- Halbach, G.** et al., *Labor law in Germany – an overview*, Bonn, 1994.
- Harney, D. F.** *Service Contracting – A local Government Guide*, International City/County Aanagement Asociation – ICMA, Washington DC 1992.
- Hoogland, DeHoog R.** *Competition negotiation, or cooperation: Three models for service contracting*, Administration and Society, 22 (3), 1990.
- Kettl, D. F., Milward, H. B.** (eds.), *The State of Public Management*, The John Hopkins University Press, Baltimore, London, 1996.
- Kopp, R.** *VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz - Kommentar*, 9. Auflg. C.H. Beck Vrlg, Muenchen, 2005.
- Kreb, Grundfragen des oeffenrechtlichen Vertrages**, Ehlers / Krebs (Hg.): *Grundfragen des Verwaltung-srechts und Kommunalrecht*, 2000.
- Lamothe, M. Lamothe S.** *Wat Determines the formal Versus Relational Nature of Local Governmetnt Contracting?* Urban Affair Review, 48 (3), 2012.
- Lange, K.** *Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1983.
- Laubadere, A., Moderne, F., Delvolve, P.** *Traite des Contracts Administratifs*, Paris, L.G.D.J. 1983.
- Loubader, A.** *Traite plementarie de droit administratif*, Tome I
- Malberg, C.** *Theorie geneale de l'Etat*, Paris, 1920.

Massera, A., Chiara, T., *L'uso del contratto nel diritto nei servizi pubblici*, p. 6-8, 2009,

Massot, J. *La place de la conciliation dans le reglement des litiges en materie de marches publics*, 1994. 6p. 283.

Melián, J. L. G. *Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Admistracion*, Prologo al libro de J. Rodriguez-Arana, *La suspension del acto admiistrativo*, Madrid, 1986.

Myers, P. *An Introduction to Public Administration*, London, 1970.

Nicholas, B. *French Law of Contract*, Oxford, 1992.

Osborne, D., Gaebler, T. *Reitventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, 1992.

Parada, R., *Derecho Administrativo*, Marcial pons, Barcelona, 2004.

Pietri, M. *Les comites consultatifs regionaux ou interregionaux de reglement amiable des litiges*, Contrats et Marches publics, 2001.

Richard, J. Stillman II, *Public Administration: Concepts and Cases*, Houghton Miffl in Company, Boston, Toronto, 1996.

Richer, L. *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J. Paris, 2008.

Rivero, J. *Droit administratif*, 2. ed., Paris, 1962.

Rodriguez-Arana, J. *Las prerrogativas de la administraciion en los contratos de las administraciones publicas*. AFDUDC, 12, 2008.

Rowand, W. D. Jr. *The Meaning of „The Public Interest'in Communications Policy, Part I: Its Origins in State and Federal Regulation*, *Comunication Law & Policy*, 2-3. 1997.

Santaniello, G. *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, 1999.

Savas, E. S. *Privatization in State and Local Government, in Restructuring State and Lokal Sevies; Ideas propozals and Exeriments*, Arnold H. Rephaelson ed. Greenwood Publishing Group, 1998.

Savas, E. S. *Policy Analysis for Local Government Policy Analysis 3* (Winter 1977).

Savas, E. S. *An Empirical Studi on Competition in Municipal Servise Delivery*, *Public Administration Review* 37, November/December 1977.

Segal, G, Moor, A. *Privatizing Landfills: Market Solutionis for Solid Waste Disposal*, Policy Study Number 267. Reason Foundation's Public Policy Institute, Los Angeles, California, 2000.

Sing, M. P. *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Max-Planck Institut, Springer, 2001.

Singler, J. W. *No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property* *Northwestern University Law Review*, 1996. No 90.

Smith, B. S. *Contract Theory*, Oxford Univerzity Press 2004.

Stevens, B. *Comparing Public and Private Sector Privatization Efficinenci: An Analysis of Eight Activities*, *National productivtyi Review* (authomn 1984).

Szladits, C. II. *The Civil Law System, in International Encyclopedia of Comparative Law, vol. 2, ch. 2* ,Tübingen: Mohr, 1974.

- Schawrdz, B.** (Шварц Б.) *Америчко административно право*, Научна књига, Београд, 1956.
- Vera, J. B.** *Derecho administrativo basico, parte general*, Thomson civitas, Madrid, 2008. 149.1.18. CE, BOE 311/1978.
- Virally, M.** *Acte administratif, Repertoire de droit public et administratif I*, Paris, 1958.
- Wade, E. C. S., Bradley, A. W.** *Constitutional and administrative Law*, 10th edition, London- New York, 1985.
- Waline, M.** *Traité élémentaire de droit administratif, Recueil Sirey*, Paris, 1951.
- Wolff, H. J.** *Verwaltungsrecht I*, Berlin, 1965.
- Zamir, E.** *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, L. REV, 1997.
- Александров, Н. Г.** *К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений*. Учёные записки ВШЮН. М., 1947.
- Дёмин, А. В.** *Нормативный договор как источник административного права*, Государство и право, 1988. №2
- Иванов, В. В.** *Некоторые вопросы теории нормативного договора*, Право и политика. 2000. №4.
- Кикоть, В. А.** *О договорных формах управления государственными и общественными делами. В сб.: Договорные формы управления: постановка проблемы и пути решения*. М., 1981.
- Коренев, А. П., Абдурахманов, А. А.** *Административные договоры: понятие и виды*, Журнал российского права. 1998. №7.
- Магазинер, Я. М.** *Общая теория права на основе советского законодательства*, Правоведение, 1998. № 2.
- Манов, Г. Н.** *Теория права и государства*, М. 1996.
- Митков, В.** *Прилог кон прашањето за определување, поимот на општествената служба*, годишњак на Правен Факултет – Скопје, 1966.
- Николаевич, К. А.** *Теоретические концепции административного договора в Российской Федерации*, Диссертация на соискание учёной степени кандидата юридических наук, Тюмень, 2009.
- Петров, Г. И.** *Источники советского административного права*, Правоведение. 1958. №4. С. 34-45. Сазонов Б. Е., Государственно - частное партнерство: гражданско-правовой и, административного-правовой и финансового-правовой аспекты, Москва, 2012.
- Старилов, Ю. Н.** *Административный договор: опыт законодательного регулирования в Германии*, Государство и право. 1996. №12.
- Степанюк, А.** *Что такое административный договор*. Юридическая практика. №3 (421). 2006.

Правни прописи, судска пракса и др.

АС Рен, 8. Фебруар, 2007. Enterprise GTS, AJDA, 2007.

AAS Paris, 9. 7. 1991. Societe Cauthouc Manufacture et Pastiques Kleber-Industrie, RFDA, 1992.

Відомості Верховної Ради України. 1997. №13. стр.112; Офіційний вісник України. 1997. №9. стр. 3

Case C-243/89, Storebaelt.

Case C-87/94, Walloon Buses.

Code de Justice Administratif, Livre II.

Conseil d'Etat, Recueil de jurisprudence 14. février 1936. Ville de Paris,

Conseil d'Etat, Recueil de jurisprudence 9. March 1928. Compagnie des scieries africaines

Conseil d'Etat, Recueil de jurisprudence 2. April 1960. Pedard.

Conseil d'Etat, Recueil de jurisprudence 21. March 1910., Compagnie générale française.

Court of First Instance, Case T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV.

Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004.

Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004.

EC Interpretative Communication on IPPP, 5. februar 2008. godine, C (2007) 6661.

Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30. 4. 2004.

Guidelines for Successful Public – Private Partnerships, European commission, March 2003.

Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, Texto Refundido de 16. de junio de 2000, BOE.

Protocol on Services of general Interests Official Journal of the European Union C - 306/159.

SIGMA - Montenegro Public Procurement System, Assessment May 2009.

SIGMA, Montenegro assesment 2010.

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007,

Документ о политици додјеле концесија, Службени гласник Републике Српске бр. 31/06.

ДС, 22. Март 1995. године, Dadillon, Leb, стр. 138,

ДС, 4. август 1905. година, Martin, Leb, закључци Romieu; GAJA, Dalloz, 16-то издање, 2007. бр. 16.;

ДС, асс, 20. април, 1956. година, Eroux Vertin, GAJA, Dalloz, 16. - то издање, 2007. год. бр. 74.

ДС, асс, 20. април, 1956. година, Ministre de l Agriculture c/ Grimouard, GAJA, Dalloz, 16. - то издање, 2007. год. бр. 74

Закон за Владата на Република Македонија, Службен весник на РМ, бр. 59/2000.

Закон за локалната самоуправа, Службен весник на РМ, бр. 5/2002.

Закон за установи, Службен весник на РМ, бр. 32/05.

Закон о Агенцији за приватизацију, Службени гласник РС, бр. 38/2001, 135/2004 и 30/2010.

Закон о ауторским и сродним правима., Службени лист Републике Србије,“ бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УС.

Закон о Државној комисији за контролу поступака јавне набавке, Народне новине, бр. 21/2010.

Закон о енергетици, Службени гласник РС, бр. 57/2011.

Закон о извршавању државног прорачуна за 2010. годину Народне новине 151/09.

Закон о изменама и допунама Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, Службени гласник РС бр. 15/2016.

Закон о изменама и допунама Закона о државном рачуноводству, Службене новине КСХС, број 35 - V /1922.

Закон о изменама и допунама Опћег порезног закона, Народне новине бр. 26/15.

Закон о јавним набавкама Службени гласник БиХ бр. 39/014.

Закон о јавним набавкама, Сл. весник на РМ бр.136/2007.

Закон о јавним набавкама, Службени гласник РС. бр. 124/12 и 14/15.

Закон о јавним путевима, Сл. весник на РМ. бр. 84/2008.

Закон о јавним службама, Службени гласник РС. бр. 71/1994.

Закон о јавној набави Народне новине, бр. 110/07. и 125/08.

Закон о јавној набави, Народне новине бр. 90/2011.

Закон о јавној својини РС, Службени гласник РС. бр. 72/2011 и 88/2013.

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, Службени гласник РС бр. 88/2011.

Закон о јавно-приватном партнерству, Народне новине бр. 129/08.

Закон о јавно-приватном партнерству, Службени гласник Брчко Дистрикта, бр. 7/2010.

Закон о јавно-приватном партнерству, Народне новине РХ, бр. 78/12.

Закон о комуналним делатностима, Службени гласник РС, бр. 88/2011.

Закон о концесијама и јавно-приватном партнерству, Службен весник на РМ, број 6/2012,

Закон о концесијама Народне новине, бр. 125/08.

Закон о концесијама Републике Српске, Службени гласник бр. 59/13.

Закон о концесијама Црне Горе - Службени лист Црне Горе, бр. 08/09.

Закон о концесијама, Народне новине бр. 89/92.

Закон о концесијама, Сл.весник на РМ, бр.25/2002.

Закон о концесијама, Службени гласник РС. 55/03

Закон о локалној самоуправи, Службени гласник РС, бр. 129/07.

Закон о обвезним односима, Народне новине, бр. 35/05. и 41/08.

Закон о облигационим односима, Службен весник на РМ. бр.18/2001

Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ 29/78, 39/85 и 57/89, и Службени лист СРЈ бр. 31/93.

Закон о општем, управном поступку Републике Српске, Службени гласник РС, број 13/02.

Закон о организацији и раду органа државне управе, Службен весник на Република Македонија, бр. 58/2000.

Закон о основама својинскоправних односа, Службени лист СФРЈ, бр. 6/80 и 36/90, Службени лист СРЈ, бр. 29/96 и Службени гласник РС, бр. 115/2005.

Закон о преузимању акционарских друштава, Службени гласник РС, бр. 46/2006, 107/2009 и 99/2011. - примењује се од 04. фебруара 2012. године.

Закон о приватизацији, Службени гласник РС, бр. 83/2014.

Закон о прорачуну, Народне новине број:87/08.

Закон о страним улагањима Републике Српске, Службени гласник Републике Српске бр. 25/02), са Изменама и допунама, Службеним гласник Републике Српске бр. 24/04 и 52/11)

Закон о страним улагањима, Службени лист СРЈ, бр. 3/2002 и 5/2003.

Закон о тржишту капитала Службени гласник РС, бр. 31/2011.

Закон о управљању отпадом, Службени гласник РС, бр. 36/09, 88/10.

Закон о учешћу приватног сектора у вршењу јавних услуга, Службени лист РЦГ, бр. 30/02 од 26.06.2002. год.

Закон од 16-24. августа 1790. Француске.

Законом о облигационим односима, Службени гласник Републике Српске бр. 17/93 и 3/96.

Кодекс административног судочинства Украјини от 06 июля 2005 года. №2747-IV.

Коментар Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, Службени гласник РС, бр. 88/2011, Paragraf lex.

N. Ley de Contractos del Sector Publico (LCSP) de 22 de junio 2007), BOE 261/2007.

Немачки Грађански законик (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB).

Одлука Владе Републике Србије о образовању Комисије за јавно-приватно партнерство од 09. фебруара 2012. године, Службени гласник РС, бр.13/12.

Одлука о оснивању Комисије за концесије и БОТ аранжмане, Службени лист РЦГ, број 48/03.

Опћи порезни закон Народне новине бр. 147/08.

Правилник за извршење одредаба из одјелка Б (уговори и набавке), Закона о државном рачуноводству, Службене новине КСХС бр. 265/1921.

Правилник о начину вођења и садржини Регистра јавних уговора, Службени гласник РС, бр. 57/2013.

Правна енциклопедија, 1 и 2. Савремена администрација, Београд, 1989,

Пресуда Врховног суда од 15. јуна 1972. године.

Пресуда Вишег управног суда Рајнландије – Фалачке, од 14. фебруара 1924. године.

Пресуда Савезног управног суда од 12. јуна 1992. године

Привремени Закон о државном рачуноводству, Службене новине КСХС, бр. 161/1921.

Савезни Закон о управном поступку (Verwaltungsfahrengesetz – VwVfG) 1976. године.

СВ, 9. фебруар, 2002.

Трећи извештај Европске Комисије Европском парламенту и Већу, о provedби Акционог плана за либерализацију визног режима у Украјини.

ТС, 21. мај 2007. SA Codiam бр. Dr. adm. 2007. Comm. 100. бел. А. Menemenis.

Уредба бр. 2001. – 797 од 3. септембра 2001. године, СБ, 5. септембар, М. Pietri, Les comites consultatifs regionaux ou interregionaux de reglement amiable des litiges, Contrats et Marches publics, 2001.

Уредба бр. 2001. – 797 од 3. септембра 2001. године, СБ, 5. Септембар.

Уредба о изобразби судионика у поступцима припреме и provedбе пројеката јавно-приватног партнерства, Народне новине број: 56/09).

Уредба о критеријима оцјене и одобравања пројеката јавно-приватног партнерства, Народне новине број: 56/09.

Уредба о надзору над реализацијом јавних уговора о јавно-приватном партнерству, Службени гласник РС 047/2013 од 29.05.2013.

Уредба о надзору provedбе пројеката јавно-приватног партнерства, Народне новине број: 56/09)

Уредба о садржају уговора о јавно-приватном партнерству Народне новине број: 56/09.

Уредба одобрена председничким указом од 12. марта 1996. год, №370.

Устав Руске Федерације од 12. децембра 1993. године.

Француски грађански законик (Code civil).

Интернет извори:

<http://www.teme.junis.ni.ac.rs/teme4-2013/teme%204-2013-07.pdf>

<file:///C:/Users/Slobodan/Downloads/SN%20-%20Javno%20privatno%20partnerstvo%20u%20koncesijama%20i%20javnim%20nabavkama.pdf>

<https://www.lawmix.ru/comm/7944/>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52013DC0809>

<http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2004/18/oj>

<http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2004/17/oj>

<http://www.ijf.hr/upload/files/file/PV/2015/7/rudic.pdf>

<http://www.pravdiko.mk/wp-content/uploads/2014/08/strucna-statija.pdf>

http://www.pelagonijabiznis.mk/index.php?option=com_content&view=article&id=29&Itemid=15&lang=mk

<http://koncesije-rs.org/cir/index.php?prikaz=stranica&id=17>

<http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/912.htm>

<file:///C:/Users/Win8/Downloads/%C4%8CAS%20X-Pojam%20i%20ugovori%20OBLIGACIONOG%20PRAVA.pdf>

http://koncesije-rs.org/dokumenti/zakoni/Politika_dodjela%20Cir.pdf

http://www.pravst.unist.hr/dokumenti/novosti/blog/blog_dodfile_trzisno_djelovanje_javnopravnih_tijela.pdf

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52004DC0327>

http://koncesije-rs.org/dokumenti/zakoni/Politika_dodjela%20Cir.pdf

<http://www.fpn.bg.ac.rs/wp-content/uploads/Vladimir-Vasiljev-%E2%80%93-Osnovne-karakteristike-javno-privatnih-partnerstava.pdf>

http://www.025info.rs/vesti/ekonomija_11/sta-je-javno-privatno-partnerstvo-primeri-u-svetu_16672.html

<http://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080216/080216-vest19.html>

<http://www.ppp.gov.rs/>

<http://www.ppp.gov.rs/izvestaji-komisije>

<http://www.ppp.gov.rs/misljenja-komisije>

<http://www.ppp.gov.rs/dok/38/Metodologija%20za%20analizu%20dobijene%20vrednosti%20u%20odnosu%20na%20ulo%20C5%BEeni%20novac%20u%20javno-privatnom%20partnerstvu%20i%20koncesijama.pdf>

<http://www.blic.rs/Vesti/Politika/501305/Mihajlovic-Drzava-menja-Zakon-o-partnerstvu-i-koncesijama>

<http://www.ppp.gov.rs/misljenja-komisije>

<http://www.ppp.gov.rs/izvestaji-komisije>

www.arhiva.srbija.gov.rs/g/dokvlada/pred_zakona_koncesije122.doc

<http://ipf.rs/privatno-javno-partnerstvo-u-srbiji/>

<http://www.gradjanske.org/wp-content/uploads/2014/10/070-Brosura-o-javno-privatnim-partnerstvima.pdf>

<http://www.capital.ba/pijaca-u-apatinu-uspjesno-javno-privatno-partnerstvo/>

<http://www.mreza.rs/evronet/previous-episodes/Srbija/75956/javno-privatno-partnerstvo-za-javni-prevoz-u-loznici.html>

<http://www.mreza.rs/evronet/previous-episodes/Srbija/75956/javno-privatno-partnerstvo-za-javni-prevoz-u-loznici.html>

<http://www.busplus.rs/index.php>

<http://www.nsinfo.co.rs/lat/javno-privatno-partnerstvo>

Биографија аутора

Зоран Филиповић је рођен, 31. 08. 1965. год. у Лопарама, у Босни и Херцеговини. Основну и средњу управну школу завршио је у Тузли са максималним успјехом. Основне и дипломске студије права, завршио је на јавним универзитетима у Сарајеву, И. Сарајеву и Београду, те стекао звања: правник, дипл. правник и мастер правник. Постдипломске мастер студије завршио је на Правном факултету у Београду (2009. год.) са просјеком оцјена 8,5 одбранивши завршни рад на тему „Уговор о наслеђу које није отворено и питање његове одрживости у савременом праву,“ са оцјеном 10.

На Правном факултету у Нишу у року је завршио трогодишње докторске студије с просеком оцјена 9,71, те 2016. год. предао за одбрану докторску дисертацију под називом: „Управни уговор као институт јавне управе“. Као аутор објавио пет научних радова из области јавне управе, а као коаутор, једну књигу и три рада из области примјене ИТ у јавној управи, те е-управе. Учествовао је са радовима и рефератима на већем броју домаћих и међународних научних и стручних скупова у Србији, БиХ и Црној Гори.

Прије рата је радио као приправник у адвокатској канцеларији, затим као власник и директор предузећа, а у току рата је обављао је дужност официра за опште и правне послове у команди Корпуса и секретара Војно-дисциплинског суда. Двије године је био подпредседник Надзорног одбора Нафтне индустрије РС.

Од 2006. до 2010. год. је био професионални делегат у Вијеће народа РС. Био је и члан Заједничке комисије за усаглашавање правних аката, Народне скупштине и Вијећа народа; члан комисије за израду Пословника Вијећа народа; те радних тијела за припрему и израду системских закона као што су: Закон о републичкој управи, Закон о локалној самоуправи, Закон о спречавању сукоба интереса [...] и др. Три године је био правни савјетник и прокуриста холдинг компаније NPCO из Београда за БиХ.

Од новембра 2010. до краја 2011. год. био је на функцију савјетника, а затим је вршио дужност помоћника министра за ресор управе у Министарству управе и локалне самоуправе РС. Од 2012. до 2015. године, након избора у Вијећу Народа обављао је функцију генералног секретара.

Октобра 2015. год. након конкурса Владе РС, именован је од стране Народне Скупштине РС за члана Комисије за концесије РС у професионалном статусу, а на тој позицији је и сада. Говори руски језик, а служи се и енглеским. Ожењен је и отац двоје дјеце.

Изјава 1.

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Изјављујем да је докторска дисертација, под насловом :

„Управни уговор као институт јавне управе“

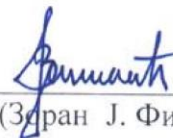
која је одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу:

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да ову дисертацију, ни у целини, нити у деловима, нисам пријављивао/ла на другим факултетима, нити универзитетима;
- да нисам повредио/ла ауторска права, нити злоупотребио/ла интелектуалну својину других лица.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци, који су у вези са ауторством и добијањем академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада, и то у каталогу Библиотеке, Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Нишу, као и у публикацијама Универзитета у Нишу.

У Нишу, 14. фебруара 2017. год.

Потпис аутора дисертације:



(Зоран Ј. Филиповић)

Изјава 2.

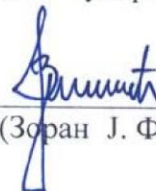
**ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ЕЛЕКТРОНСКОГ И ШТАМПАНОГ ОБЛИКА
ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ**

Наслов дисертације: „Управни уговор као институт јавне управе“

Изјављујем да је електронски облик моје докторске дисертације, коју сам предао/ла за уношење у **Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу**, истоветан штампаном облику.

У Нишу, 14. фебруара 2017.

Потпис аутора дисертације:



(Зоран Ј. Филиповић)

Изјава 3:

ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Никола Тесла“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу унесе моју докторску дисертацију, под насловом: **„Управни уговор као институт јавне управе“.**

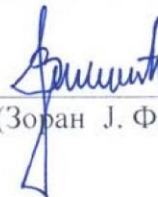
Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском облику, погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију, унету у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу, могу користити сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons), за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
- (3.) Ауторство – некомерцијално – без прераде (CC BY-NC-ND)**
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прераде (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)⁷

У Нишу, 14. фебруар 2017. год.

Потпис аутора дисертације:



(Зоран Ј. Филиповић)

⁷ Аутор дисертације обавезан је да изабере и означи (заокружи) само једну од шест понуђених лиценци; опис лиценци дат је у наставку текста.