

**MANDATORY RULES OF THE LAW ON CONCESSIONS AND  
PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP AND THE PRINCIPLE OF  
FREEDOM OF CONTRACTING**

**Goran Koevski, PhD,**

Full Professor, University „Ss. Cyril and Methodius”,  
Faculty of law „Iustinianus Primus”, Skopje, North Macedonia,  
e-mail:[g.koevski@pf.ukim.edu.mk](mailto:g.koevski@pf.ukim.edu.mk)

**Borka Tushevska Gavrilovik, PhD,**

Associate Professor, Faculty of law, University“Goce Delcev”,  
Shitp, North Macedonia,  
e-mail:[borka.tusevska@ugd.edu.mk](mailto:borka.tusevska@ugd.edu.mk)

**Darko Spasevski, PhD,**

Associate Professor, University „Ss. Cyril and Methodius”,  
Faculty of law „Iustinianus Primus”, Skopje, North Macedonia,  
e-mail:[d.spasevski@pf.ukim.edu.mk](mailto:d.spasevski@pf.ukim.edu.mk)

**Abstract**

The Law on Concessions and Public Private Partnership contains provisions that regulate the relations between the public partner and the private partner. These are basically mandatory provisions. In this regard, the party autonomy principle is quite limited. At the same time, the Law on Concessions and Public Private Partnership refers to the complementary application of the Law on Obligations as a *lex generalis* legislation. The purpose of this paper is to analyze the degree of freedom of contracting in the contracts for public-private partnership. This analysis will be useful in the process of negotiating and drafting a specific public private partnership contract, which will provide appropriate guidance for the parties how to act in that process.

**Keywords:** contract for public-private partnership, freedom of contracting, mandatory provisions

**ДОГОВОРОТ ЗА ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО ПОМЕЃУ  
ИМПЕРАТИВНИТЕ ПРАВИЛА НА ЗАКОНОТ ЗА КОНЦЕСИИ И ЈАВНО  
ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО И НАЧЕЛОТО НА  
СЛОБОДАТА НА ДОГОВАРАЊЕ**

**д-р Горан Коевски,**

редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први”,

при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј”-Скопје,

е-маил: [g.koevski@pf.ukim.edu.mk](mailto:g.koevski@pf.ukim.edu.mk)

**д-р Борка Тушевска Гавриловиќ,**

вонреден професор на Правниот факултет

при Универзитетот “Тоце Делчев”-Штип

е-маил: [borka.tusevska@ugd.edu.mk](mailto:borka.tusevska@ugd.edu.mk)

**д-р Дарко Спасевски,**

вонреден професор на Правниот факултет „Јустинијан Први”,

при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј”-Скопје,

е-маил: [d.spasevski@pf.ukim.edu.mk](mailto:d.spasevski@pf.ukim.edu.mk)

**Апстракт**

Во Законот за концесии и јавно приватно партнерство се содржани одредби со кои се уредуваат односите помеѓу јавниот партнер и приватниот партнер. Во основа се работи за императивни одредби. Во таа насока, начелото на автономија на волја на договорните страни е прилично ограничено. Истовремено, Законот за концесии и јавно приватно партнерство редвидува и комплентарна примена на Законот за облигационите одредби како *lex generalis* пропис. Целта на овој труд, е да направи анализа на степенот на слобода на договарање кај договорите за јавно-приватно партнерство. Вака поставената анализа ќе биде од корист во процесот на преговарање и подготвување на конкретни договори за јавно-приватно партнерство, со што ќе им се овозможат соодветни насоки за постапување на договорите страни.

**Клучни зборови:** договор за јавно-приватно партнерство, слобода на договарање, императивни одредби

**ДОГОВОРОТ ЗА ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО ПОМЕЃУ  
ИМПЕРАТИВНИТЕ ПРАВИЛА НА ЗАКОНОТ ЗА КОНЦЕСИИ И  
ЈАВНО ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО И НАЧЕЛОТО НА  
СЛОБОДАТА НА ДОГОВАРАЊЕ**

**I. ДОГОВАРАЊЕ НА ДОГОВОР ЗА ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО  
– МЕЃУНАРОДНО ИСКУСТВО**

Основен правен документ со кој се уредуваат договорните односи помеѓу јавниот партнер и приватниот партнер е самиот договор. Во основа се работи за сложен правен однос, кој покрај класичните правила на приватното право

(поконкретно, договорното право) зависи, примарно, од правилата на јавното право. Оттука, преку императивните правила со кои се уредува воспоставувањето на јавното-приватно партнерство се влијае и на неговиот договорно-правен карактер.

Сложеноста и спецификите кај овие договори се огледуваат во самите учесници во договорниот процес (по правило, едниот субјект е јавно-правен субјект), начинот на нивно склучување, спецификите на предметот на договорот, итн.<sup>1</sup>

Најчесто, кај проектите за јавно-приватно партнерство, покрај приватниот партнер и јавниот партнер, се јавуваат и следните субјекти: финансиер (заемодавач): т.н. спонзори односно сопствениците на приватниот партнер и подизведувачи врз кои приватниот партнер пренел дел од обврските за изградба на работи или за обезбедување на дел од потребните услуги за реализација на проектот.<sup>2</sup>

Многу често, со цел да се олесни процесот на договарање, како на ниво на поедини држави така и од страна на различни меѓународни организации се подготвени различни теркови односно модели на договори за јавно-приватно партнерство. Во таа смисла може да се наведат следните: Модел договори за проекти за сместување (Template Project Agreement for accommodation projects), Ирска, 2007, Модел DBFMO договори (Model DBFMO Agreement) Холандија (2021), Стандарден образец за проектни договори (ДФМ проекти) (Standard Form Project Agreement (hub DBFM projects) Шкотска (2018), Упатство за техничка докуменација за инвестиционен модел (*Mutual Investment Model technical documents, UK*) Велс (2018), Водич на приватно финансирање 2 (*Private Finance 2 (PF2) Guidance*), Англија (2012), Водич за договори за јавно-приватно партнерство (*Guidance on PPP Contractual Provisions*), Светска Банка (2017) итн.<sup>3</sup> Дополнително, се забележува и креирање на посебни модели на договори, наменски направени за различните видови на проекти: патишта, железници, пристаништа итн.<sup>4</sup> Во 2015 година е направен обид да се направат унифицирани договорни клаузули применливи на глобално ниво за најважните делови на договорот за јавно-приватно партнерство, во кои се содржани модел договорни клаузули кои ги уредуваат следните прашања: виша сила, материјално дејствја на

<sup>1</sup> Повеќе за ова види: European Commission, Directorate-general, Regional Policy, (2003) "Guidelines for successful public-private partnership" стр. 36-48, достапно на [http://europa.eu.int/comm/regional\\_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm](http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm), пристапено на 15.3.2021 година.

<sup>2</sup> Види: European PPP Expertise Center, (2018) "A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract - Public-Private Partnerships in the Western Balkans", стр. 8, достапно на: <https://www.wbif.eu/storage/app/media/Library/8.%20Public%20Private%20Partnership/5.%205-Main-Provisions-of-an-Availability-based-PPP-Contract-FINAL-310818.pdf>, пристапено на 15.4.2021 година.

<sup>3</sup> *Ibid.* 2018, стр. 19.

<sup>4</sup> Види: World Bank Group (2015) "Report on Recommended PPP Contractual Provisions", стр. 6, достапно на <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/wbg-report-recommended-ppp-contractual-provisions>, пристапено на 11.3.2021 година.

државата, промена на прописите, надомест при раскинување, рефинансирање, права на финансирер (кредитор), одредби за доверливост и транспарентност и решавање на споровите (Steven Shrybman, Scott Sinclair, 2015). Овие предлог модел - одредби се подготвени од страна на Светската Банка (World Bank) и Советодавното дело за инфраструктурни проекти за јавно-приватно партнерство (Public-Private Infrastructure Advisory Facility PPIAF) во 2015 година. Покрај изработката на ваквите договорни одредби, целите на овие две тела е да се подготват и стандардизирани модели на физибилити студии, техничка документација и технички спецификации, кои треба да резултираат со намалување на трошоците и времето потребно за преговарање и склучување на договорот за јавно-приватно партнерство, кое во просек трае три години (Shrybman & Sinclair, 2015). По правило договорот за јавно-приватно партнерство се состои од три сета на одредби и тоа: првиот сет се однесува на делот за извршување на одредени градежни работи, вториот се однесува на одредби со кои се уредува функционирањето, односно операционализирањето на самата услуга и третиот сет на одредби ги содржи оние одредби кои се заеднички за двата претходно опишани сетови на одредби<sup>5</sup>. Па, така:

- Во првиот сет на одредби (т.н. градежниот сет) се вклучени: изградбата на инфраструктурата од јавен интерес согласно со техничката спецификација и тендерската документација, рокот за завршување на работите, можноста и механизмите за продолжување на рокот за завршување на работите, одредби за договорна казна, предвремено раскинување на договорот, претходните обврски на јавниот партнер со цел да овозможи извршување на проектот (пример, обврска за експропријација и слично);
- Во вториот сет на одредби (т.н. оперативен дел) се вклучени: обврска за обезбедувањена одредено ниво и квалитет на услуги, правото на јавниот партнер да ги надгради извршените работи, моделот на плаќање, преносот на правото на сопственост врз изведените градежни работи, односно објекти по истекот на договорот за јавно-приватно партнерство, како и обврската овие работи да се пренесат на јавниот партнер во функционална состојба, согласно со предвидените стандарди;
- Во третиот сет на одредби, кои се заеднички за двете фази, се вклучени: начинот на уредување на прашањето за рефинансирање помеѓу приватниот партнер и јавниот партнер, алокација на ризикот поради непредвидени настани и предвремено раскинување на договорот, како и правата за надомест на шетата поради предвремено раскинување на договорот (Timothy, 2003).

При изработката на договорот едно од најважните работие детално да се земе во предвид и соодветно да се распредели потенцијалниот ризик. При

---

<sup>5</sup> Види: European PPP Expertise Center, (2018), “A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract - Public-Private Partnerships in the Western Balkans”, стр 10.

распределбата на ризикот кај договорот за јавно-приватно партнерство треба да се започне од претпоставката дека јавниот партнер ќе го преземе ризикот кој е во негов домен и обратно, приватниот партнер да го преземе сопствениот ризикот, кој е во негова контрола. Истовремено, приватниот и јавниот партнер ќе го споделат сразмено секој ризик надвор од овие две категории. (Iossa & Giancarlo & Mercedes, 2007).

Во рамките на публикацијата, “A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract - Public-Private Partnerships in the Western Balkans”, е презентирана матрица за распределба на ризик, според која, ризици кои се алоцираат на страната како на страна на јавниот партнер, Така, на страната на приватниот партнер, по правило, се следните ризици: ризик за земјата, односно овозможување пристап до локацијата, како и преземање на потребни правни процедури (пример, експортпријација), регулаторен ризик кој се однесува на промена на прописи кои се со директно влијание на самиот проект за јавно-приватно партнерство, овозможување, без ограничувања, на користење на нови технологии, како и обезбедување на побарувачката, односно лица кои ќе ја користат услугата на која се однесува конкретното јавно-приватно партнерство, и други. Ризици кои се алоцираат на страната на приватниот партнер се: ризик поврзан со проектирање и изведување на работите, ризик поврзан со навременозавршување на работите, ризик поврзан со одржување на работите, ризик поврзан со исполнување на одредените стандарди на работите, ризик поврзан со овозможување на услугите, согласно со договорените стандарди, ризик поврзан со безбедност на овозможените услуги, и други. Како заеднички ризици, вообичаено се наведуваат: ризик поврзан со приходите, ризик поврзан со предвремено, еднострано раскинување на договорот и надомест на штета, општествени ризици (протести, влијанија од трети лица), ризик поврзан со животната средина, ризик поврзан со осигурување, ризик поврзан со виша сила, ризик произлезен од инфлација, ризик поврзан со археологија (на пример на локацијата се пронајдени археолошки откритија во текот на работите), и ризик поврзан со стекнување на одредени дозволи и лиценци.

Еден од клучните ризици е ризикот од побарувачка, односно степенот на потенцијални корисници на одредена услуга, која треба да се овозможи и пружи соконкретниот проект, т.е. дали и во кој обем ќе има корисници/потрошувачи на одредената услуга. Всушност целиот проект е детерминиран од овој параметар, затоа што од него зависи и економската интерес и корист од проектот. Претпоставката е дека уште на почетокот со изработката на различните физибилити студии од страна на јавниот партнер, односно различните *due diligences* (длабински анализи), двете страни направиле прецизна проценка колкав би бил бројот на потрошувачи/корисници. Ризикот од побарувачка е и клучен фактор за определување на механизмот за плаќање кој ќе биде избран во конкретниот договор.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> *Ibid.* Види и: US Department of Transportation, Federal Highway Administration, “Risk Assessment

Клаузулите за виша сила се од посебен интерес кај договорите за јавно-приватно партнерство. При креирањето на одредбите за виша сила во договорот, договорните страни пред сè треба да ги земат во предвид одредбите на меродавното право.<sup>7</sup> Токму од содржината на одредбите од меродавното право ќе се определи и степенот на слобода на договарање во однос на ова прашање. Искуствата, исто така, покажуваат и различен пристап по однос на дилемата дали да се вклучи во договорот одредба која ќе содржи листа на настани кои ќе имаат карактер на виша сила. Во одредени ситуации ваквиот пристап е прифатен, додека во други договори само се вклучува дефиниција за виша сила.<sup>8</sup>

Она што е важно кај договорите за јавно-приватно партнерство е како ќе бидат третираны оние настани од политички карактер, за кои се претпоставува дека јавниот партнер ќе има поголема контрола врз нив. Во таа смисла се развива концептот на Material Adverse Government Action”или т.н. „политичка виша сила“.<sup>9</sup>Целта на овој концепт е да се алоцираат одредени ризици, кои вообичаено ќе бидат на страната на јавниот правен субјект. Во основа, доколку се случи настан кој може да се третира како т.н. политичка виша сила (Material Adverse Government Action), приватниот партнер може да се стекне со правото да бара ослободување од обрските од договорот.<sup>10</sup>

Посебни договорни клаузли од интерес за ова истражување се одредбите кои се однесуваат на промена на прописите. Кога се зборува за пормени во прописите, во основа се мисли на сите пормени кои се случени после поднесувањето на понудата. Целта на вклучувањето на одредби за промена на прописите во договорите е: 1) да се овозможи правна сигурност на приватниот партнер, со цел да може да се ослони на прописите кои важеле во времето кога тој правел *due diligence* и кога ја подел понудата, односно сесклучил договорот, 2) јавниот партнер по правило, но не секогаш, ќе биде во подобра позиција во однос на можноста да ги контролира ризиците настанати со промена на прописите, 3) промената на прописите е важна и за финансиерот(заемодавачот), доколку проектот се финансира со кредити.<sup>11</sup> Промената на прописите треба да има карактер на непредвидлив настан, што значи дека се очекува во време на поднесување на понудата, приватниот партнервеќе да направил проценка и for Public-Private Partnership: A Primer”, достапно на [https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3\\_guidebook\\_risk\\_assessment\\_030314.pdf](https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3_guidebook_risk_assessment_030314.pdf), пристапено на 13.3.2021 година.

<sup>7</sup> Види: “A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract - Public-Private Partnerships in the Western Balkans”, оп.цит. стр. 8.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Види: World Bank Group, (2015), “Report on Recommended PPP Contractual Provisions”, стр.15., достапно на <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/wbg-report-recommended-ppp-contractual-provisions>, пристапено на 10.3.2021 година.

<sup>10</sup> Ibid. стр.16.

<sup>11</sup> Ibid. стр. 19.

на потенцијални промени во прописите. Особено, ова се однесува на промени во прописи кои се веќе во нацрт или предлог верзиите (пример, предлог закони) се веќе објавени во време на подготвување на понудата.<sup>12</sup> Надомест во случај на раскинување на договорот за јавно-приватно партнерство пред неговото исполнување е исто така едно од клучните прашања кои се поставуваат во овој процес. Овој надомест произлегува или од 1) неисполнување на обврските на страна на јавниот партнер, 2) од неисполнување на обврските на страната на приватниот партнер, 3) неисполнување на обврските поради виша сила. Основите за раскинување на договорот ќе бидат различни од пример до пример и, секако, ќе зависат од меродавното право.<sup>13</sup>

Во однос на механизмите за плаќање се забележува тнр. модел *pay-for-performance principle* или *плаќање според перформансите (учиноците)*, кој може да се каже дека е конзистентен како за јавниот, така и за приватниот партнер. Ваквиот модел треба да биде заснован на мерливи критериуми, кои ќе ја докажат исполнетоста на стандардите на услугата која се нуди, а врз основа на тендерската документација. Во основа тоа значи дека исполнетоста на стандардите ќе се оцени врз основа на индикатори кои се мерливи и споредливи од страна на трети лица (Iossa, 2007). Кај моделот *плаќање по искористена услуга (user charges payment mechanism)*, приватниот партнер приходите ги собира директно од корисниците на услугата. Како пример се наведува патарина наплатена за користење на автопат, мост или тунел.<sup>14</sup> Моделот *плаќање за користење (usage payment)* е таков модел според кој јавниот партнер му плаќа на приватниот партнер надомест за услугата која ја користат корисниците, а не самите корисници. Во основа, овој модел се користи во случаи кога се овозможува и пружа некоја услуга, која сама по себе не е економски исплатлива, поради малиот број на корисници, што значи дека при користење на овој модел, ризикот од побарувачката е на страната на јавниот партнер.<sup>15</sup>

Во случаите кога објективно не се можни мерливи критериуми, јавниот партнер би требало да најде други соодветни механизми за мерење на перформансите (учиноците), како што, на пример, би било надзорот и мерењето на задоволството на потрошувачите од добиената услуга. Овој механизам за мерење на перформансите (*monitoring performance*) е искористен кај лондонското метро, каде состојбата на станиците и во возовите е мерена преку истражување од задоволството на потрошувачите (*customer surveys*).<sup>16</sup>

Посебно прашање кое се поставува е и вклучувањето на финансиерот (заемодавачот) во договорниот однос. Имено, иако финансиерот (заемодавачот) не е договорна страна во договорот за јавно-приватно партнерство, сепак, без

<sup>12</sup> Ibid. стр. 20.

<sup>13</sup> Ibid. стр. 22.

<sup>14</sup> Ibid. стр. 18.

<sup>15</sup> Ibid. стр. 19.

<sup>16</sup> Ibid. стр. 20..



него не би можело да се реализира договорот. Со цел да се разреши ваквата ситауација, вообичаено се склучува посебен договор помеѓу јавниот партнер, приватниот партнер и финансиерот (заемодавачот) во кој се дефинираат одредени прашања како што се: 1) правото на информирање во корист на финансиерот (заемодавачот) во случај да дојде до раскинување на договорот поради вина на приватниот партнер 2) обврска за известување на финансиерот (заемодавачот) за намерата на јавниот партнер да го раскине договорот, во одреден период пред да го преземе ова дејствие 3) можност финансиерот (заемодавачот) да се вклучи заедно со приватниот партнер во отстранување на евентуалните недостатоци кои би биле основ за еднострано раскинување на договорот од страна на јавниот партнер, 4) потребата од добивање на согласност од страна на финансиерот (заемодавачот) за пренос на договорот, односно промена на договорната страна на приватниот партнер и други.<sup>17</sup>

Согласно со програмскиот документ на Обединетите Нации, насловен како *Governance in Public Private Partnerships for Infrastructure Development*, а со цел да се постигне подобро управување со инфраструктурини проекти по моделот на јавно-приватно партнерство потребно се и: транспарентност (*transparency*), отчетност кон јавноста (*public accountability*), јавен менаџмент (*public management*), одржлив развој (*sustainable development*), соодветен начин на решавање на спорови (*dispute resolution*) и сигурност и безбедност (*safety and security*).<sup>18</sup> Поради тоа посебен сегмент во договорните одредби кај договорите за јавно-приватно партнерство се одредбите за доверливост кои истовремено треба да овозможат заштита на интересите на договорните страни но и остварување на јавниот интерес на транспарентност. Целта на т.н. транспарентни клаузули за доверливост е да овозможат информациите помеѓу договорните страни да бидат споделени без страните да бидат загорезени од нивна евентуална злоупотреба, но истовремено да се заштити јавниот интерес. Причини за заштита на јавниот интерес и транспарентност на овие клаузули се поврзани со заштита од корупција, поттикнување на конкуренција, олеснување на надзорот над реализацијата на проектот, пристап до важни комерцијални информации итн.<sup>19</sup>

Во делот на клаузулите за решавање на спорите, по правило, се вклучуваат следните: 1) меродавно право, 2) обврска за постигнување на пријателска спогодба, 3) предвидување на специфичен механизам за решавање на спорови од техничка (инженерска) природа, 5) избор на арбитража и процесни правила, 6) обврска за продолжување со исполнување на договорот за време на решавање на спорот, 7) заеднички одредби за поврзани договори (доколку постојат такви)

---

<sup>17</sup> Види: “Report on Recommended PPP Contractual Provisions”, оп.цит. стр. 20.

<sup>18</sup> Види: United Nations Economic Commission for Europe (2004), “Governance in Public Private Partnerships for Infrastructure Development”, United Nations.

<sup>19</sup> Види: “Report on Recommended PPP Contractual Provisions”, оп.цит., стр. 20.



итн.<sup>20</sup> При креирањето на клаузулите за решавање на спорови треба да се има во редвид истите да овозможуваат: минимални трошоци, брзина на постапката и истите да бидат јасни и прецизни особено во делот на избраната арбитража и процесните правила.

Искуството во светот покажало дека услугите делегирани, односно пренесени (*outsourced*) на приватен партнер побаруваат висок степен на менаџмент и надзор од страна на јавниот партнер. Оттука, сериозен и ефикасен надзор и менаџмент на проектот е многу битен за да успее јавно-приватното партнерство<sup>21</sup> Во основа, од многуте причини кои го определуваат ваквиот пристап најважни се: 1) јавно-приватното партнерство е долгорочен однос помеѓу јавниот партнер и приватниот партнер, во кој секое отстапување може да има позитивно, но, најчесто, и негативно влијание врз целокупниот проект и врз неговиот исход, 2) јавното-приватно партнерство скоро секогаш се однесува на комплексни проекти во кои тешко е да се предвидат сите можни идни настани кои би влијаеле на проектот и поради тоа потребно е јавниот партнер да си остави одреден простор за маневар и прилагодување и 3) јавното-приватно партнерство генерално е дизајнирано по принципот на *performance output* поради тоа потребна е постојана контрола и мониторинг при оперативната фаза за да се осигура дека проектот ги дава предвидените резултати и најдобрата вредност за дадените пари (*value for money*).<sup>22</sup>

Соодветно имплементирани договори за јавно-приватно партнерство можат да помогнат во исполнување на високи стандарди за овозможување и пружање на соодветната услуга, извршување на работите навремено и соодветно со расположливите средства, како и запазување на високи стандарди при изградба на работи, кои ќе останат употребливи во текот на нивниот предвиден животен век.<sup>23</sup>

Со цел да се овозможи успешна фаза на менаџмент и контрола врз спроведувањето на договорот за јавно-приватно партнерство треба да бидат земени во предвид следните работи:

- Формирање на менаџмент тим, кој ќе вклучува професионалци и високквалификувани лица со соодвено искуство;
- Да се обезбеди менаџмент тимот своите обврски да ги спроведува на ефикасен начин, земајќи во предвид дека се работи за робусен и комплексен зафат;

---

<sup>20</sup> Ibid. стр. 20.

<sup>21</sup> Види: European PPP Expertise Center (2014) “Managing PPPs during their contract life -Guidance for sound management”, достапно на: [https://www.eib.org/attachments/epec/epec\\_managing\\_ppps\\_en.pdf](https://www.eib.org/attachments/epec/epec_managing_ppps_en.pdf), пристапено на 13.3.20201 година.

<sup>22</sup> Ibid. стр. 5.

<sup>23</sup> Види: 4PS, “Review of Operational PFI, and PPP Projects”, , достапно на: , пристапено на 14.3.2021 година.

- Самиот договор за јавно-приватно партнерство да биде јасен, конзистентен и кохерентен;
- Да се подготви квалитетно и сеопфатно упатство за спроведување на договорот;
- Да бидат достапни сите потребни информации навремено и
- Финансискиот модел да одговара на потребите на проектот.<sup>24</sup>

## II. ДОГОВАРАЊЕ НА ДОГОВОРОТ ЗА ЈАВНО-ПРИВАНО ПАРТНЕРСТВО СОГЛАСНО СО МАКЕДОНСКОТО ПРАВО

Основен правен извор со кој се уредува договорот за јавно-приватно партнерство е Законот за концесии и јавно приватно партнерство (понатаму: “ЗКЈПП”)<sup>25</sup>. ЗКЈПП содржи одредби со кои се трасира и структурира рамката на договорот за јавно-приватно партнерство, но и неговата содржина. Од друга страна, согласно со одредбите од членот 15, ставови (1) и (2) и членот 51 од ЗКЈПП, на договорниот однос супсидијарно се применуваат и два други закони: Законот за јавните набавки<sup>26</sup> и Законот за облигационите односи.<sup>27</sup> Дополнително, рамката на договорот за јавно-приватно партнерство е детерминирана и со Уредбата за содржината на договорот за воспоставување на јавно приватно партнерство и договорот за концесија на добра од општ интерес (понатаму: “Уредба”)<sup>28</sup>, Уредбата ги определува задолжителните елементи кои треба да ги содржи договорот, без да навлегува во начините на кои овие елементи треба содржински да бидат уредени.<sup>29</sup> Зависно од тоа дали со договорот ќе биде

<sup>24</sup> Види: “Managing PPPs during their contract life -Guidance for sound management”, оп.цит, стр.9.

<sup>25</sup> Види: „Службен весник на Република Македонија“ бр. 6/2012, 144/2014, 33/2015, 104/2015 и 215/2015 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 153/2019 и 261/2019.

<sup>26</sup> Види: „Службен весник на Република Македонија“ бр. 24/2019 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 87/2021

<sup>27</sup> Види: „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009 и 123/2013.

<sup>28</sup> Основ за донесување на Уредбата е член 40, став (6) од ЗКЈПП. Уредбата е достапна на следниот линк: [shorturl.at/xLQWZ](http://shorturl.at/xLQWZ), пристапено на 15.4.2020 година.

<sup>29</sup> Согласно со членот 2 од Уредбата, “договорот, кој има за предмет давање на јавна услуга, особено ги содржи следните одредби: 1. Вовед, 2. Договорни страни; 3. Дефиниција на поимите; 4. Цел и предмет на договорот; 5. Период за кој договорот е склучен; 6. Имотните права на договорните страни; 7. Поделба на ризикот и придружните трошоци; 8. Финансиски гаранции; 9. Плаќања на договорните страни; 10. Настани кои можат да предизвикаат штета и начинот на постапување на договорните страни во случаи на нивно настанување; 11. Договорна казна; 12. Полиси за осигурување; 13. Последици од неисполнување на договорните обврски; 14. Право на надзор од страна на јавниот партнер; 15. Виша сила; 16. Престанок на договорот; 17. Заштита на животната средина; 18. Доставување на известувања во текот на договорениот период; 19. Заштита на интелектуалната сопственост, деловни тајни и тајност на податоците; 20. Стандарди за квалитетот на јавните услуги; 21. Склучување поддоговори; 22. Важечко право; 23. Јазик на договорот; 24. Решавање на спорите што произлегуваат од договорот; 25. Влегување во сила на договорот.” Дополнително, согласно со членот 3 од Уредбата, “во случај кога приватниот партнер

опфатено само овозможување на јавна услуга или ќе биде опфатена и граѓена активност на определен градеж, како претходна активност, која треба да го овозможи обезбедувањето на јавната услуга, ќе биде и различна содржината на договорот, односно различни ќе бидат елементите на договорот.<sup>30</sup>

Рамка на задолжителното постапување во процесот на договарањето, односно степенот на слобода на договарање е определен со членот 40, став (2) од Законот за концесии и јавно приватно партнерство според која “договорите предвидени со овој закон се изготвуваат во согласност со тендерската документација, огласот или јавниот повик и одлуката за избор на најповолна понуда.” Согласно со членот 16 од ЗКЈПП, се предвидени подготвители, претходни дејствија, а кои секако влијаат на содржината на договорот. Па така, јавниот партнер изработува, согласно со ставот (2) од членот 16 од ЗКЈПП, меѓу другото, и: извештај за претходна анализа за основните елементина проектот кои се показатели за природата на договорот што треба да биде склучен со цел за воспоставување на јавно-приватно партнерство и физибилити студија за оправданост на доделување на концесија на добра од општ интерес или договор за воспоставување на јавно-приватно партнерство. Исто така, секако, од посебна важност е и одлуката за започнување на постапка за договор за воспоставување на јавно-приватно партнерство. Содржината на оваа одлука, подетално е уредена со членот 18 од ЗКЈПП. Трет акт кој влијае на договорот за јавно-приватно партнерство е огласот за оделување на договор за воспоставување на јавно-приватно партнерство, уреден со членот 19 од ЗКЈПП. Во овој случај при објавувањето на огласот, формата, содржината и начинот на објавување на огласот, се уредени, во супсидијарниот Закон за јавни набавки. Од интерес за овој труд се одредбите од став (3) од членот 19 од ЗКЈПП, во кој се предвидени содржини, кои како дел од огласот подоцна стануваат дел од самиот договор за воспоставување на јавно-приватно партнерство. На крајот од значење е и посебната одлука за избор на најповолна понуда, согласно со членот 21-а од ЗКЈПП. Согласно со членот 40, став (1) од ЗКЈПП, договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство го потпишува јавниот партнер

превзема обврски за проектирање, изградба и/или реконструкција на јавна инфраструктура и/или изградба на објект од јавен интерес, превземајќи при тоа една или повеќе обврски, како што се финансирање, стопанисување и одржување, а со цел да им обезбеди на крајните корисници давање на јавна услуга од надлежност на јавниот партнер, или со цел на јавниот партнер да му ги обезбеди потребните предуслови за вршење на јавната услуга која е во негова надлежност, покрај одредбите од член 2 на оваа уредба, договорот треба да ги содржи особено и следните одредби: 1. Финансирање и рефинансирање; 2. Правото да се вршат економските активности (јавните услуги), доколку спроведувањето на таквите активности било предвидено во одобрениот проект за јавно-приватно партнерство; 3. Имотно правна документација; 4. Надоместок за користење на правото; 5. Изработка на проектна документација; 6. Иновации и рационализации; 7. Прибавување на дозволи потребни за реализација на проектот; 8. Изградба; 9. Надзор на изградбата; 10. Сопственост на градбата; 11. Управување со градбата; 12. Одржување на градбата; 13. Пренос на градбата/сопственоста по престанувањето на договорот.”

<sup>30</sup> Види: член 5, став (1), точка а) од ЗКЈПП, и членови 2 и 3 од Уредбата.

и избраниот најповолен понудувач. Едно од клучните прашања кај договорот за јавно-приватно партнерство е *начинот на распределба на ризикот помеѓу договорните страни*. Генерално, во членот 5, став (1) точка г) од ЗКЈПП, се предвидува дека секој партнер во јавно-приватно партнерство за времетраење на јавното приватно партнерство ќе преземе одговорност за ризични настани кои се во негова сфера на влијание, или одговорноста се дели со цел за постигнување на оптимално управување на ризикот за времетраењето на партнерството, меѓу другото, со користење на управувачки, технички, финансиски и иновациски способности на приватниот партнер и со промовирање на размена на вештини и знаење - искуство меѓу јавниот и приватниот партнер. Дополнително, во членот 5, став (1) точка в), од ЗКЈПП како ризици кои му припаѓаат на приватниот партнер, ги предвидува ризиците поврзани со финансирање, изградба, побарувачка и/или достапност и други такви дејствија, управување, одржување и технички ризици, зависно од договореното при воспоставување на јавното приватно партнерство и се определува од случај до случај.

Во однос на одредбите за *надоместот*, се упатува на членот 9, став (1) од ЗКЈПП, според кој минималниот износ на надоместот се определува врз основа на огласот задоделување на договорот, а врз основа на физибилити студијата заоправданост на воспоставувањето на јавно-приватно партнерство, доколку со посебен закон поинаку не е определено.

Во поглед на *рокот на траење на договорот*, референтен е членот 39 од ЗКЈПП. Имено, согласно одредбата од ставот (1) од овој член од ЗКЈПП, договорот се склучува за период до 35 години, сметано од денот на склучувањето на договорот, односно од денот на влегувањето во сила на договорот, ако овој датум се разликува од претходниот, доколку со посебен закон поинаку не е предвидено. Со истекот на рокот, се склучува нов договор, со започнување на нова постапка согласно со одредбата од ставот (3) на членот 39 од ЗКЈПП. ЗКЈПП во членот 41 *предвидува можност за измена на договорот*. Имено, согласно со членот 41 став (1), договорите предвидени со Законот може да се изменат со склучување на анекс на договор, доколку оваа можност е изричито предвидена во тендерската документација. Анекс договорот го склучува органот кој го претставува јавниот партнер. Основите за измена се предвидени во ставот (3) на членот 41 од ЗКЈПП.<sup>31</sup> Покрај случаите кога анексот може да биде инициран од јавниот партнер, во членот 41 став (4) од ЗКЈПП, се содржани и уредени

---

<sup>31</sup> Имено, анекс договорот може да биде склучен по иницијатива на концедентот или јавниот партнер особено во следниве случаи: 1) настанување на опасност по националната безбедност и одбрана на земјата, загрозување на животната средина, природата и човековото здравје и објектите за јавен ред, 2) пропаѓање на објектот на концесијата или објектот на јавно-приватно партнерство, или при објективна невозможност за негово користење, во случај на настанување на виша сила, 3) при промена на соодветните прописи, 4) други случаи кои водат кон промена на фактичкиот или правниот основ за користење на објектот или за обезбедување на услугата, или на извршување на концесиската дејност и 5) други случаи определени со посебни закони.

и ситуации кога можноста за измена на договорот произлегува од приватниот партнер. Имено, анекс договорот може да биде склучен по иницијатива на приватниот партнер, доколку приватниот партнер достави извештај со кој се потврдува дека предметот на договорот не може да се реализира, како последица од надворешни и друг вид на објективни влијанија. Од друга страна, треба да се имаат во предвид одредбите од ставовите (6) и (7) на членот 41 од ЗКЈПП кои се однесуваат на ситуации кога не може да дојде до промена на елементи, односно, во овој случај, додавање на нови елементи во договорот со анекс на договор. Имено, во случај на промена на суштинските услови од договорот, кои не биле предвидени во тендерската документација, ќе се пристапи кон спроведување на нова постапка за доделување на договор. Во ставот (7) од членот 41 од ЗКЈПП се предвидува дека “без нарушување на одредбата од членот 47 од овој закон, терминот “суштински услови“ се однесува на таквите услови кои, доколку би биле предвидени во првичниот оглас или во тендерската документација, ќе им овозможеле на понудувачите да поднесат суштински поинаква понуда, како и кога измените би го надминале обемот на договорот во таа мера што со овие измени би се опфатиле и услугите кои првично не биле опфатени”. Од друга страна, секако, треба да се истакне и членот 41-а од ЗКЈПП, кој претставува исклучок на исклучокот, односно кој предвидува и можност да се измени договор, со анекс, иако во принцип тоа е рестриктивно во поглед на одредбата од членот 41 став (7) од ЗКЈПП.

Исто така, од интерес се и одредбите од членот 47 од ЗКЈПП, кои се однесуваат на *правилата за дополнителни работи и услуги*. Имено, во случај кога јавното-приватно партнерство се спроведува како концесија за јавна работа или концесија за јавна услуга, јавниот партнер може, без спроведување на нова постапка, да додели дополнителни работи или услуги коишто не биле вклучени во основниот договор но кои, поради непредвидени околности, станале неопходни за реализација на предметната работа или услуга, која јавниот партнер ја доделил на приватен партнер, под услов договорот да се додели на приватниот партнер што ја извршува таквата работа: 1) кога таквите дополнителни работи или услуги не може технички или економски да се одделат од основниот договор без големи нарушувања за јавниот партнер или 2) кога таквите работи или услуги, иако можат да се одделат од реализацијата на основниот договор, исклучиво се неопходни за неговото завршување. Вредноста на договорите доделени за дополнителни работи или услуги не може да надмине 50% од вредноста на основниот договор за концесија за јавна работа или концесија за јавна услуга.

Можноста за пренос на договорот за јавно-приватно партнерство е уредена во членот 42 од ЗКЈПП. Преносот на договорот, по правило, е можен под услови наведени во самиот договор, со обезбедување на писмена согласност од јавниот партнер и без нарушување на времетраењето на договорот, доколку со посебен

закон поинаку не е предвидено. Она што е интересно, а е споменато и во првиот дел од трудот, е учеството на заемоодавачот (финансиерот). Согласно со член 42, став (2) од ЗКЈПП, на заемоодавачот му се признава посебна можност, во смисла да се пренесе договорот на него, како средство за обезбедување на неговите побарувања од приватниот партнер, под услов со тоа да не се загрозува континуираното работење и/или давањето услуга, квалитетното вршење на дејноста, како и цената. Во случај на пренос на договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство, јавниот партнер склучува договор за пренос со субјектот на кој се врши преносот на договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство под услови и на начин утврдени во постоечкиот договор за воспоставување на јавно-приватно партнерство. Преносот на акции или удели од концесионерот или приватниот партнер во ДПН заради извршување на концесијата или јавно-приватно партнерство, не може да се изврши без писмена согласност од јавниот партнер.<sup>32</sup>

Основите за *престанок на договорот* за јавно-приватно партнерство се определени во членот 43 од ЗКЈПП. Во членот 44 од ЗКЈПП, подетално се уредени *основите за едностран раскин на договорот*, од страна на јавниот партнер. Основното правило определено во ставот (1) од овој член гласи: „Во случај на битна повреда на обврските од концесионерот или приватниот партнер предвидени во договорот концедентот, односно јавниот партнер може еднострано да го раскине договорот согласно со одредбите на овој член.“ Подеталните основи се уредени во ставот (2) од овој член. Со членот 45 од ЗКЈПП се уредува прашањето за едностран раскин на договорот од страна на приватниот партнер. Имено, согласно со ставот (1) од членот 45 од ЗКЈПП, во случај на битна повреда на обврските од концедентот или јавниот партнер предвидени во договорот, концесионерот или приватниот партнер може еднострано да го раскине договорот согласно со одредбите на овој член. На крај, треба да се наведе дека согласно со членот 46 ЗКЈПП е можно и спогодбено раскинување на договорот за јавно-приватно партнерство и тоа, јавниот партнер или приватниот партнер можат спогодбено да го раскинат договорот заради повреда на договорните обврски од страна на јавниот партнер, односно приватниот партнер согласно со важечките прописи и според одредбите на договорот.

Конечно, за потребите на ова истражување би упатиле на одредбите кои се однесуваат на уредување на прашањето за подизведување, односно можноста за ангажирање под изведувач и обемот на работи кои може да се прнесат на подизведувачот. ЗКЈПП, во членот 48 предвидува две работи и тоа: прво, задолжителна обрска по барање на јавниот партнер, за приватниот партнер одреден процент од работите да ги делегира на трети лица (подизведувачи) и второ, понудувачите во постапката на спроведување на договорот да нагласат

<sup>32</sup> Види: член 42, став (4) од ЗКЈПП.

дали ќе вклучат подизведувач или не.<sup>33</sup>

## ЗАКЛУЧОК

Тргувајќи од учеството на јавно-правниот елемент во договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство, се забележува силно влијаени во насока на ограничување на слободата на договарање на страните. Имено, како во споредбените искуства така и во домашната законска рамка и практика, содржината на договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство во основа е императивно определена со релевантниот законски пропис, акај нас тоа е Законот за концесии и јавно приватно партнерство. Исто така, рамката на договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство во македонската правна средина е поставена и согласно со Уредбата за содржината на договорот за воспоставување на јавно приватно партнерство и договорот за концесија на добра од општ интерес, која предвидува триесетина елементи кои мора да ги содржи договорот. Она што треба да се нагласи е дека Уредбата не навлегува во содржинско определување на елементите на договорот. Содржинското уредување на елементите на договорот, односно конкретните договорни одредбисе прави во почетната фаза при изработка на соодвените физибилити студии, а пред сè, тендерската документација, огласот и техничката спецификација. Со оглед на фактот што приватниот партнер, во оваа фаза на постапката не е утврден, секако тој не може да учествува ниту во изработката на договорните одредби. Оттука, може да се каже дека кај овој вид на договори, слободата на договарање е многу скромно изразена, скоро и занемалива.

Земајќи ја во предвид комплексноста на односите кои се воспоставуваат со јавно-приватното партнерство, а сè со цел да се олесни преддоговорната фаза, според меѓународните споредбени искуства, се пристапува кон изработка на модели на договори, општи договорни услови или модели на договорни одредби. Ваквото искуство може да биде од корист и за македонската практика.

Истржувањето покажа дека главен предизвик што стои пред договорните страни кај договорот за јавно-приватно партнерство е начинот на распределба на ризикот. Во таа насока, главна претпоставка е дека за да се има успешен договор, потребно е да се има соодветна распределба на ризикот, а ризикот треба да биде распределен помеѓу страните земајќи ја во предвид нивната

---

<sup>33</sup> Согласно со членот 48, став (1) од ЗКЛПП, “Јавниот партнер може да бара: - приватниот партнер да додели на трети страни договори што претставуваат најмалку 30% од вкупната вредност на договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство, спроведен како концесија за јавна работа или концесија за јавна услуга, во исто време давајќи им можност на понудувачите да го зголемат овој минимален процент кој ќе се утврди во договорот или - од понудувачите во нивните понуди да го наведат процентот од вкупната вредност на договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство кои тие планираат да ги доделат на трети страни.”



конкретна улога во договорот. Секако, практиката покажува дека ќе се појават одредени ризици штоне може лесно да се разграничат. Па така, оваа група на ризици, потребно е да биде споделена помеѓу двете страни, односно товарот од овој ризик да биде преземен заеднички.

Од изнесеното во трудот може да се забележи дека посебно внимание треба да биде посветено при подготовката на одредбите со кои се уредува: моделот на плаќање на надоместокот, одредбите за промена на прописи и виша сила, учеството на финансиерот (заемодавачот) во различни фази на склучување и/или исполнување на договорот за јавно-приватно партнерство, можноста и постапката за измена на договорот, едностраното раскинување на договорот и слично.

Врз основа на наведеното во рамките на трудот, како препораки кои може да бидат од корист на субјектите вклучени во процесот на јавно-правно партнерство, а пред се јавниот партнер, може да се нотираат следите:

- Изработка на модел на договор за јавно-приватно партнерство, со модел на договорни клаузули, по примерот на анализираниите земји во трудот;
- Подготовка на водич или упатство за изработка на тендерска документација која тематски ќе биде посветена на договорот за јавно-приватно партнерство;
- Подготовка на модел на матрица за распределба на ризик, која ќе овозможи соодветна распределба на ризикот помеѓу договорните страни; и
- Формирање на тело за менаџирање на спроведување на секој конкретен договор за јавно-приватно партнерство по примерот на телата од таков тип анализирани во трудот.

#### **КОРИСТЕНА И КОНСЛУТИРАНА ЛИТЕРАТУРА**

1. European PPP Expertise Center, (2018), “A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract - Public-Private Partnerships in the Western Balkans”, достапно на: <https://www.wbif.eu/storage/app/media/Library/8.%20Public%20Private%20Partnership/5.%205-Main-Provisions-of-an-Availability-based-PPP-Contract-FINAL-310818.pdf>, пристапено на 15.4.2021 година.
2. European PPP Expertise Center, (2014), “Managing PPPs during their contract life -Guidance for sound management”, достапно на: [https://www.eib.org/attachments/epcc/epcc\\_managing\\_ppps\\_en.pdf](https://www.eib.org/attachments/epcc/epcc_managing_ppps_en.pdf), пристапено на 13.3.2021 година.
3. European Commission, Directorate-general, Regional Policy, (2003), “Guidelines for successful public-private partnership”, достапно на [http://europa.eu.int/comm/regional\\_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm](http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm), пристапено на 15.3.2020 година

4. Iossa Elisabetta, Spagnolo Giancarlo, Vellez Mercedes, (2007), “Best Practices on Contract Design in Public-Private Partnerships”, Report prepared for the World Bank, достапно на: [https://www.researchgate.net/publication/237579814\\_Best\\_Practices\\_on\\_Contract\\_Design\\_in\\_Public-Private\\_Partnerships](https://www.researchgate.net/publication/237579814_Best_Practices_on_Contract_Design_in_Public-Private_Partnerships), пристапено на 9.3.2021 година
5. Irwin Timothy, (2003) “Public Money for Private Infrastructure – Deciding Whent to Offer Guarantees, Output-Based Subsidies and Other Fiscal Support”, World Bank working paper no.10, достапно на: , пристапено на 12.3.2021 година.
6. Lewis Mervyn, (2001), “Risk Management in Public Private Parthership”, CeGe discussion paper, Georg-August Universitat Grottingen, достапно на: [https://www.academia.edu/25566904/Risk\\_Management\\_in\\_Public\\_Private\\_Partnerships](https://www.academia.edu/25566904/Risk_Management_in_Public_Private_Partnerships), пристапено на 12.3.2021 година.
7. “Review of Operational PFI, and PPP Projects”, 4PS, достапно на: <https://delta.bipsolutions.com/docstore/pdf/11980.pdf>, пристапено на 14.3.2021 година.
8. Steven Shrybman, Scott Sinclair (2015) “A Standard Contract for PPPs the World Over: RecommendedPPP Contractual Provisions Submitted to the G20”, Heinrich-Böll-Stiftung, Publication Series Economy & Social Issues, достапно на [https://us.boell.org/sites/default/files/ppp-web\\_1.pdf](https://us.boell.org/sites/default/files/ppp-web_1.pdf), пристапено на 7.3.2021 година.
9. US Department of Transportation, Federal Highway Administration, “Risk Assessment for Public-Private Partnership: A Primer”, достапно на [https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3\\_guidebook\\_risk\\_assessment\\_030314.pdf](https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3_guidebook_risk_assessment_030314.pdf), пристапено на 13.3.2021 година.
10. World Bank Group, (2015), “Report on Recommended PPP Contractual Provisions”, достапно на <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/wbg-report-recommended-ppp-contractual-provisions>, пристапено на 11.3.2021 година.
11. Закон за концесии и јавно приватно партнерство, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 6/2012, 144/2014, 33/2015, 104/2015 и 215/2015 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 153/2019 и 261/2019.
12. Закон за јавни набавки, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 24/2019 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 87/2021
13. Закон за облигационите односи, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009 и 123/2013.