

Strokovni članek

# Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih spodbud pri javnih naročilih

UDK: 351.712(045)

Mitja Kovač

Univerza v Ljubljani, Ekonomska fakulteta  
mitja.kovac@ef.uni-lj.si

## IZVLEČEK

**Problemi javnega naročanja in z njimi povezane izbire učinkovitega pogodbenega mehanizma pri javnih naročilih gradbenih del so zaradi svojega izjemnega ekonomskega pomena vzbudili precejšno pozornost pravnoekonomske znanosti. Iz tega članka izhajajoča glavna priporočila pogodbene ekonomske analize so naslednja: (1) Trenutno uporabljani pogodbeni mehanizmi po nepotrebnem podaljšujejo izvedbeni čas, povzročajo negativne eksternalije, povečujejo izvedbene stroške, spodbujajo oportunistično obnašanje in moralni hazard pri ponudnikih in po nepotrebnem trošijo sredstva ter tako resno zmanjšujejo družbeno blaginjo. (2) Načelno mora tip predmeta javnega naročila določiti tudi izbiro pogodbenega mehanizma. (3) Iz asimetričnih informacij in visokih transakcijskih stroškov izvirajoča nepopolnost pogodb definira problem javnih naročil predvsem kot problem ex post pogodbenih in izvedbenih prilagoditev, ki so plod spremenjenih in nepredvidljivih okoliščin pri sami izpolnitvi. (4) Minimiziranje ex post transakcijskih stroškov s pomočjo cost-plus pogodb je potencialni in pogosto spregledani vir zniževanja skupnih stroškov izvedbe zapletenih javnih naročil. (5) Načelno naj se pogodbe s fiksno ceno uporabijo v primerih enostavnih projektov (enostavna preverljivosti izpolnitve in nepomembne potencialne nepopolnosti pogodb), ki jih naj spremlja visoka stopnja pogodbene, specifikacijske in izvedbene določnosti. (6) V primerih nepreverljivosti ali z njimi povezanih visokih stroškov preverjanja kakovosti izpolnitve naj se uporabijo pogodbe s ceno, ki se oblikuje glede na stroške izpolnitve. (7) Načelno naj se v primerih predvidene visoke stopnje pogodbene nepopolnosti (zapleteni projekti) in zaželenih pogodbene in izvedbene fleksibilnosti uporabijo pogodbo s ceno, ki se oblikuje glede na stroške izpolnitve. (8) Za preprečevanje moralnega hazarda je nujna uporaba učinkov ugleda in multiplikativnih motivacijskih mehanizmov.**

*Ključne besede: javna naročila, pogajanja, nepopolne pogodbe, spodbude, transakcijski stroški, tveganja*

JEL: K12

Mitja Kovač

## **Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih spodbud pri javnih naročilih**

### **1. Uvod**

Pravnoekonomska znanost je v zadnjih dvajsetih letih precejšen del svoje pozornosti predvsem zaradi njihovega izjemnega ekonomskega pomena za nacionalne bruto družbene produkte<sup>1</sup> - namenila prav problemom javnega naročanja gradbenih del.<sup>2</sup> Članek predstavlja pravnoekonomsko analizo zakonske ureditve in uporabljenih pogodbenih mehanizmov s področja javnih naročil. Na dveh sklopih temelječa analiza najprej predstavi glavne izsledke in nova spoznanja pravnoekonomske znanosti s področja sklepanja in sestavljanja pogodb pri javnih naročilih (odsek 2), in potem s pomočjo teh izsledkov kritično analizira slovensko ureditev, izbiro pogodbenih mehanizmov in samo izvajanje javnih naročil gradbenih del (odsek 3).

Analiza z vidika ekonomske učinkovitosti podaja natančne predloge in smernice za prepotrebne izboljšave izvedbenih praks, opozarja na nejasnosti in iz njih izvirajoče mogoče neučinkovitosti, ki neposredno in posredno zmanjšujejo družbeno blaginjo v Sloveniji, prav tako pa za odpravo teh neučinkovitosti ponuja dodatna merila in predloge za zapolnjevanje pogodbenih praznin, optimalno sestavljanje pogodb in razpisnih pogojev javnih naročil gradbenih del.

Na tem mestu velja izpostaviti tudi temeljno omejitev tega članka, ki se nanaša na sam obseg, saj zaradi preobsežne materije ni mogoče zajeti celotnega spektra javnih naročil. Članek se zato posveča samo izbiri in uporabi različnih pogodbenih mehanizmov pri izvajanju javnih naročil gradbenih del. Pri tem pa se lahko izsledki aplicirajo tudi na vse druge vrste javnih naročil.

### **2. Ekonomska učinkovitost in gradbene pogodbe**

Za učinkovito uporabo javnih sredstev in izvedbo javnega naročanja sta poleg mehanizmov dodeljevanja (javni razpisi), izbiranja, preprečevanja korupcije, nepotizma itd. izjemnega pomena tudi izbira pogodbenega mehanizma in njegova optimalna sestava.<sup>3</sup> Dobro sestavljene pogodbe tako ščitijo stranke

---

<sup>1</sup> V ZDA predstavljajo javna naročila tako kar 10% BDP-ja, z dva milijona registriranih gradbenih podjetij (leto 1992), ki so opravila za 528 milijard \$ dela, v letu 1998 pa je svetovna gradbena industrija prek javnih razpisov realizirala za kar 3,2 milijarde \$ prometa (Bajari in Tadelis, 2001, str. 387- 407).

<sup>2</sup> Za pregled literature glej Laffont in Tirole, 1993, ter McAfee in McMillan, 1988.

<sup>3</sup> *US Federal Acquisition Regulation* in britanski *Department of Trade and Industry* na primer posvečata posebno pozornost prav izbiri pogodbenih tipov in tako celo zagotavljata številne

Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih  
spodbud pri javnih naročilih**

pred nepredvidljivimi spremembami v obnašanju pogodbenih strank, zagotavljajo učinkovito in stabilno načrtovanje ter financiranje investicij, in navsezadnje tudi skrbijo za pravilno izpolnitev pogodbenih obveznosti iz javnega naročila. Seveda pa so za doseg vseh teh ciljev na voljo najrazličnejše pogodbene oblike in izbira optimalnega pogodbenega mehanizma pri javnih naročilih ni vedno najenostavnejša naloga. Še več, izbira napačnega pogodbenega mehanizma lahko povzroči številne negativne posledice (višanje stroškov, slaba kakovost, zamude itd.). Ekonomisti se pri tem strinjajo, da so transakcijski stroški, dodeljevanje tveganj in zagotavljanje spodbud za pravočasno, kakovostno in učinkovito izpolnjevanje pogodbenih obveznosti najpomembnejši kriteriji za presojanje določenih pogodbenih mehanizmov in njihovo pravilno uporabo v primerih različnih javnih naročil (Albano et al., 2006). V nadaljevanju bodo tako na podlagi teh osnovnih kriterijev za natančno določene pogodbene predmete oziroma tipe javnih naročil predstavljeni tudi ustrezni optimalni pogodbeni mehanizmi. Pri tem pa se bo analiza osredotočila na tri širše kategorije, in sicer na pogodbe, kjer se cena oblikuje glede na stroške izpolnitve (*cost-plus*), na tiste, kjer je cena/plačilo fiksna (*fixed-price*), in na tako imenovane kombinirane, motivacijske pogodbe, kjer gre za mešani sistem med fiksno in stroškovno določeno ceno.

Pred samo analizo pa velja osvetliti še nekaj izhodiščnih predpostavk. Ekonomska teorija je do nedavnega videla problem javnih naročil predvsem kot z moralnim hazardom podvojeni normativni *ex ante* problem asimetričnih informacij med naročnikom in ponudnikom.<sup>4</sup> Najnovejša ekonomska teorija pa na podlagi dognanj konstrukcijskega menedžmenta<sup>5</sup> definira problem javnih naročil predvsem kot problem *ex post* pogodbenih in izvedbenih prilagoditev, ki so plod spremenjenih in nepredvidljivih okoliščin pri sami izpolnitvi (npr. na samem gradbišču, hribini, na nepredvidljivi geološki sestavi), sprememb zakonodaje, predpisov, okoljevarstvenih standardov itd. (Bajari in Tadelis, 2001). Čeprav sam problem *ex ante* asimetričnih informacij o stroških izpolnitve s tem seveda

---

tipe in sama navodila za izbiro najboljših pogodbenih tipov glede na vrsto javnega naročila (Albano et al., 2006, str. 82).

<sup>4</sup> Izvajalec javnega naročila ima pri tem na voljo informacije o produkcijskih stroških, ki naročniku niso znani. Naročnik pa z različnimi pogodbenimi tipi izbira želenega izvajalca, ki te zasebne informacije o produkcijskih stroških z samo izbiro pogodbenega tipa potem tudi razkrije naročniku (Laffont in Tirole, 1993).

<sup>5</sup> Ti izsledki kažejo, da se večinoma uporabljata samo dva pogodbeni tipa, in sicer pogodba pri kateri je cena fiksna in tista, kjer se cena oblikuje glede na stroške izpolnitve, pri tem pa so empirične analize tudi pokazale, da niti naročnik niti izvajalec ponavadi nimata na voljo točnih *ex ante* informacij o izvedbi projekta (Sweet, 1994; Hester, Kuprenas, in Chang, 1991; Ibbts et al., 1986).

Mitja Kovač

### **Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih spodbud pri javnih naročilih**

ni irelevanten, pa sama izbira pogodbenega mehanizma ne sme biti primarna oblika rešitve tega problema. Ta problem asimetričnih informacij in z njim povezanega problema negativne selekcije je dosti učinkoviteje rešljiv z mehanizmi konkurence in različnih oblik javnih razpisov, z učinkom ugleda, garancijami in drugimi mehanizmi projektne vezanja podjetij (Bajari in Tadelis, 2001). Pri tem pa seveda velja poudariti, da se ekonomisti strinjajo, da so informacije bistven element našega življenja in je skoraj vse v takšni ali drugačni meri povezano z informacijami.<sup>6</sup> Informacije so tako temeljna sestavina odločanja, odločanje med omejenimi dobrinami pa je tudi centralno vprašanje ekonomije (McKaay, 1982, str. 107). Pomanjkanje informacij nam namreč onemogoča sprejemanje v ekonomiji predvidenih, popolnih, racionalnih odločitev, zato le-te nastanejo v pogojih negotovosti. Ta negotovost povzroči sprejemanje drugačnih odločitev od tistih, ki bi bile sprejete v svetu popolnih informacij.<sup>7</sup> Negotovost tako postane neposreden vir nezadovoljstva, informacije pa edino učinkovito sredstvo za odpravo takšnega nezadovoljstva. Iz teh predpostavk o nepopolnosti, asimetriji informacij in posledičnih *ex ante* visokih transakcijskih stroškov pisanja, vključevanja in predvidevanja bodočih negotovih dogodkov pri sestavi pogodb pa potem izhaja tudi tako imenovana teorija o temeljni nepopolnosti pogodb (Grossman in Hart, 1986; Hart in Moore, 1988; Tirole, 1999). V svetu nepopolnih informacij, kjer so stranke soočene z negotovostjo o prihodnjih dogodkih in okoliščinah, lahko strankama določena stopnja pogodbene nepopolnosti prinese vzajemne in dejanske koristi. Te koristi pa izhajajo iz preprostega dejstva, da so lahko včasih *ex ante* stroški pogajanj in sestave pogodb za primer določene okoliščine izjemno visoki in lahko celo presežejo pričakovane stroške takšnega dogodka.<sup>8</sup>

Prav zato, ker je dosedanja teorija javnih naročanj spregledala pojav nepopolnih pogodb in z njim povezane *ex post* stroške prenove pogodb (ponovna pogajanja, nove specifikacije, načrti, aneksi itd.) pa nam nepopolne informacije pri zapletenih primerih javnih naročil (gradnja predorov, viaduktov itd.) ponujajo dodatno razlago za njihove nenavadne in občutne podražitve, zamude in izsiljevanja izbranih, v delo že uvedenih ponudnikov javnih naročil. Z drugimi besedami, iz nepopolnih informacij (negotovost o bodočih dejstvih) izvirajoče

---

<sup>6</sup> Za odličen pregled izsledkov o ekonomiji informacij glej Hirschleifer in Riley, 1995.

<sup>7</sup> Takšne odločitve, katerim pa se bi v svetu popolnih informacij lahko izognili, pa lahko nato posledično pomenijo direktno izgubo ali pa nezmožnost pridobitve različnih koristi (McKaay, 1982, str. 108).

<sup>8</sup> Pričakovani *ex ante* stroški takšne opustitve bodo tako minimalni, medtem ko so stroški vključitve, pogajanj in sestave dejanski in jih morata stranki nositi s 100% verjetnostjo (Shavell, 2004, str. 299).

nepopolne pogodbe pri zapletenih in negotovih projektih slej ko prej pripeljejo do potrebe po prenovi originalnih specifikacij.<sup>9</sup> Pri tem pa je minimiziranje *ex post* transakcijskih stroškov s pomočjo *cost-plus* pogodb potencialni in pogosto spregledani vir zniževanja skupnih stroškov izvedbe javnega naročila.

V nadaljevanju ekonomske analize sledi podrobnejša obravnava posameznih pogodbenih mehanizmov in konkretizacija dosedanjih izvajanj.

## **2.1 Tveganja in spodbude pri pogodbah s nespremenljivo ceno**

Pogodbo z nespremenljivo ali fiksno ceno definiramo kot pogodbeni dogovor, pri katerem izbrani ponudnik javnega naročila v skladu z dogovorjenimi standardi za svojo pravilno izpolnitev prejme fiksno ceno/plačilo.<sup>10</sup> Takšna fiksna cena je po navadi rezultat konkurenčnega postopka na javnih razpisih (i. e. ponujena najnižja cena – bodisi oddaja naročila po odprtem postopku ali oddaja naročila po postopku s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti), pri čemer pa izbrani ponudnik za morebitno višjo kakovost svoje izpolnitve ne dobi nikakršnega dodatnega plačila. V primerih takšnih pogodb se pogodbene kazni nanašajo na morebitno neustrezno kakovost. Pri tem si je ekonomska teorija enotna, da mora biti pogodbeno določena kazen v razmerju do pogodbene vrednosti dovolj velika, da lahko prepreči morebitno neustrezno kakovost.<sup>11</sup> Izbrani ponudnik pri takšni pogodbi nosi prav vse stroške izpolnitve, njegovo plačilo pa ni odvisno od višine stroškov izpolnitve. Takšna shema ponudnika nemudoma spodbudi k zniževanju stroškov izpolnitve, vendar pa lahko grede ti znižani stroški prav na račun izvedbene kakovosti, kakovosti vgrajenih materialov itd. Izbrani ponudnik je namreč upravičen (Pp) do celotne razlike med izvedbenimi stroški (Is) in pogodbeno dogovorjeno ceno (Cp).<sup>12</sup> Povedano drugače, Holmström in Milgrom sta v svojem modelu dokazala, da takšen tip pogodbe ustvari neposredne *ex ante* spodbude pri izbranem ponudniku k zmanjševanju

---

<sup>9</sup> Bajari, Hughton in Tadelis poročajo o 10% dodatnih stroškov (od celotne vrednosti) samo pri *ex post* noveliranju pogodb. Njihova raziskava je tudi pokazala da je ameriška družba Caltrans v letu 2000 porabila kar dodatnih 189 milijonov \$ zaradi teh *ex post* stroškov prenove pogodb (Bajari, Hughton, Tadelis, 2007).

<sup>10</sup> Seveda pa obstajajo tudi številne različice takšnih pogodb, kot so recimo pogodbe s fiksno ceno a avtomatskim cenovnim stabilizatorjem, ki zajema spremembe cen inputov (material in delo) – namen takšnih pogodb je ponudnikova zaščita pred takšnimi cenovnimi spreminjanji.

<sup>11</sup> Italijanske pogodbe znašajo do 10% pogodbene vrednosti (Dimitri, Piga in Spagnolo, 2006, str. 90).

<sup>12</sup> Pp = Cp-Is.

Mitja Kovač

### **Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih spodbud pri javnih naročilih**

stroškov in posledično tudi same izvedbene kakovosti.<sup>13</sup> Takšne spodbude torej prenašajo na naročnika tveganja neustrezne in nezadostne kakovosti. Še posebej pa postane ta problem akuten pri zapletenih projektih, kjer so naročnikovi stroški nadzora veliki ali celo prohibitivni. Hkrati pa seveda izbrani ponudnik v celoti nosi tveganje morebitnih povečanih stroškov, ki bi presegali tako prvotno ponudnikovo oceno o potrebnih stroških izpolnitve, kot tudi pogodbeno dogovorjeno ceno. Pri tem je za ponudnika izjemnega pomena samo obvladovanje stroškov izpolnitve in odsotnost nepredvidljivih okoliščin, ki bi lahko gradnjo (izpolnitev) nepredvidljivo podražila.<sup>14</sup>

Iz povedanega izhaja, da je takšen pogodbeni mehanizem primeren za nezapletene projekte, kjer je majhna verjetnost nepredvidljivih sprememb in okoliščin. Če so dejanski stroški izvedbe projekta odvisni predvsem od ponudnika samega in ne od zunanjih nepredvidljivih okoliščin in so naročnikovi stroški nadzora zaradi enostavnosti projekta nizki, potem je za naročnika prava izbira pogodba s fiksno ceno. Takšna pogodba zagotavlja na ponudnikovi strani spodbude za zmanjševanje stroškov izpolnitve, nizki naročnikovi stroški nadzora<sup>15</sup> nad kakovostjo izpolnitve pa zagotavljajo tudi spodbude za ohranjanje kakovosti. Pri tem je treba dodati, da so tudi stroški natančne sestave pogodb (pogodbeni dizajn, specifikacije, opis nalog, projekta itd.) pri enostavnih projektih nizki, zato lahko tudi dosežemo visoko stopnjo ekonomsko učinkovite pogodbene popolnosti.<sup>16</sup>

Dodaten, še pomembnejši pogoj za uporabo pogodb s fiksno ceno pa je, kot je to izpostavil De Geest, *ex post* preverljivost kakovosti izpolnitve, npr. vgrajenih materialov, celotnega objekta, trdnosti in hrapavosti vozišča itd. (De Geest, Siegers, Vandenberghe, 1998, str. 38). O naknadni, *ex post* preverljivosti kakovosti govorimo takrat, kadar z neposrednim opazovanjem empirične realnosti kakovost izpolnitve *ex post* (na primer na sodišču) enostavno ni preverljiva, ali pa je ta preverljivost povezana z izjemno velikimi, včasih tudi prohibitivno visokimi, stroški.<sup>17</sup> Seveda je jasno, da bi se kakovost izpolnitve

---

<sup>13</sup> Holmström in Milgrom sta v začetku devetdesetih z enostavnim, *multitask* modelom obrazložila, kako vzpodbude za zniževanje stroškov (fiksna cena) povratno negativno vplivajo na samo kakovost (Holmström, Milgrom, 1991).

<sup>14</sup> Takšni so enostavni projekti, kjer ni posebnih nepredvidljivih okoliščin (Dimitri, Piga in Spagnolo, 2006, str. 90).

<sup>15</sup> Seveda pa mora naročnik za kredibilnost takšnih spodbud takšen nadzor tudi dejansko izvajati.

<sup>16</sup> Z drugimi besedami, stroški sestave takšnih pogodb in celotnega javnega razpisa so nizki in manjši od pričakovanih stroškov nedoločenosti.

<sup>17</sup> Primer takšnih visokih *ex post* stroškov preverljivosti bi bilo na primer ugotavljanje kakovosti vgrajenih veziv in materialov v celotni cevi in tudi v hribini trojanskega ali na primer

Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih  
spodbud pri javnih naročilih**

včasih dala z izjemnimi stroški tudi preveriti, vendar pa bi v primeru, če bi hoteli to dokazati na sodišču, imeli izjemne težave pri dokazovanju takšne neustrezne kakovosti in ponudnikove odgovornosti.<sup>18</sup> Takšne močne spodbude za zniževanje stroškov, ki so neposredna posledica izbire pogodbe s fiksno ceno, povzročijo, da tako izbrani ponudnik na naročnikovo škodo (degradacija kakovosti) varčuje pri *ex post* nepreverljivih aktivnostih (Albano et al., 2006).

V obratnem primeru, ko pa je izpolnitev *ex post* enostavno preverljiva in so posledično lahko vsi odkloni od pogodbene kakovosti vzrok za zadržanje plačil, to spodbuja ponudnika za pravilno in kakovostno izpolnjevanje naročnikovih zahtev (Bajari in Tadelis, 2001).

Vse dosedanje navedbe so poznane tako v teoriji kot v praksi pri sklepanju pogodb med zasebnimi strankami, ki pa lahko ob neupoštevanju vodijo do skrajno nezaželenih rezultatov (Kerr, 1995; Holmström in Milgrom, 1991; Baker, 1992). Hkrati tudi nedavna empirična študija pogodbenih oblik v indijski računalniški industriji Banerjeja in Dufloja kaže, da se za izdelavo enostavnih, *ex post* preverljivih projektov, z nizkimi stroški nadzora, uporabljajo pogodbe s fiksno ceno, pri katerih je tudi mogoče zaslediti visoko stopnjo pogodbene določenosti (Banerjee in Duflo, 2000). Z drugimi besedami, lahko bi rekli, da mora tip produkta, ki je predmet javnega naročila, določiti tudi izbiro pogodbenega mehanizma.

Če na kratko povzamemo, moramo takrat, kadar gre za enostaven, *ex post* kakovostno preverljiv projekt (enostaven *ex ante* opis predmeta javnega naročila, predvidljivi in splošno znani produkcijski stroški, enostavna specifikacija in nadzor izpolnitve), uporabiti pogodbo s fiksno določeno ceno. Pri tem pa je priporočljivo investirati v popoln, tako pogodbeni kot izvedbeni dizajn javnega naročila. Primer takšnih javnih naročil bi bil na primer nakup računalnikov, računalniških programov, papirja, enostavna gradbena dela itd. Pri tem pa, kot smo že izpostavili, morajo biti izvedba, obseg in načrt zaradi preprečitve kasnejših prilagoditev (oportunizem, moralni hazard), kar se da natančno določeni (visoka stopnja pogodbene in razpisne določenosti), uporabi pa naj se tudi javni razpis, ki temelji na načelu zagotavljanja konkurence med ponudniki - bodisi

---

karavanškega predora. Napake oziroma slabša kakovost vgrajenih materialov se tako po navadi pokažejo šele ob prenovah oziroma po izteku garancijske dobe.

<sup>18</sup> Izbrani ponudnik lahko vedno trdi, da na primer problem hrapavosti oziroma vgrajenih materialov ni njegova subjektivna krivda, ali pa da je korozija vgrajenih materialov zaradi nepreverljivih vremenskih okoliščin v zadnjih petnajstih letih napredovala hitreje, kakor pa bi lahko to kdorkoli predvidel itd.

Mitja Kovač

## **Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih spodbud pri javnih naročilih**

oddaja naročila po odprtem postopku ali oddaja naročila po postopku s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti (Manelli in Vincent, 1995; Bower, 1993).

### **2.2 Mehanizem spodbud in tveganj pri pogodbah s spremenljivo ceno**

Pogodbe z spremenljivo ceno definiramo kot tiste pogodbene dogovore, kjer se cena oblikuje glede na stroške izpolnitve (*cost-plus*). Pri tem kot glavna značilnost izstopa naročnikova privolitev, da izbranemu ponudniku ob plačilu določenega zneska<sup>19</sup> povrne tudi vse dokumentirane stroške izpolnitve javnega naročila. Ponudniku tako ni treba skrbeti zaradi razlike med ocenjenimi in dejanskimi stroški izpolnitve, prav tako pa je v celoti zavarovan pred kakršnim koli morebitnim zvišanjem stroškov izpolnitve (Albano et al., 2006). Na prvi pogled postane očitna (a včasih samo navidezna) velika primerjalna prednost pogodb s fiksno ceno, saj takšne »variabilne pogodbe« ne zagotavljajo spodbud ponudniku za zmanjševanje stroškov in za izvajanje aktivnosti in investicij za takšno zmanjševanje. Nasprotno, takšni pogodbeni mehanizmi lahko vzpostavijo spodbude za ponudnikov oportunitizem (moralni hazard), saj so mu vsi njegovi produkcijski stroški povrnjeni, kar posledično lahko pripelje do tega, da jih ponudnik tudi namensko zvišuje.

Ali niso potem takšni pogodbeni mehanizmi, ki spodbujajo naročnika javnega naročila k zviševanju stroškov, potem popolnoma nezaželene oziroma nevarni? Ali potem sploh obstaja kakšna njihova pozitivna lastnost, oziroma prostor za uporabo? Sodobna pravnoekonomska teorija uporabo takšnih oblik pogodbenih mehanizmov pri enostavnih projektih dosledno zavrača, medtem ko je njihova prednost v primerih zapletenih in od prihodnjih, negotovih in nepredvidljivih dogodkov odvisnih projektih očitna in zaželena.<sup>20</sup> Glavna, do sedaj neopažena lastnost takšnega pogodbenega mehanizma pa je prav zniževanje (ali celo popolna odstranitev) stroškov ponovnega sklepanja pogodb (aneksi, ponovna pogajanja, nove izvedbene specifikacije, pogoji itd.), ki nastanejo takrat, kadar je zaradi nepredvidljivih okoljskih in gradbenih okoliščin, posledičnih nepopolnih načrtov in sprememb zakonodajnih zahtev, po podpisu same pogodbe (in po

---

<sup>19</sup> Ta znesek je lahko fiksni ali pa v odstotku od stroškov in predstavlja ponudnikov profit.

<sup>20</sup> Bajari, Tadelis pri tem izpostavita, da glavni problem javnih naročil pri zapletenih projektih ni v tem, da bi ponudniki imeli boljše informacije o stroških gradnje, ampak da obe strani delita enako negotovost o številnih pomembnih nepredvidljivih okoliščinah, spremembah projekta in njegovih specifikacij ali številnih možnih regulatornih sprememb, ki se pojavijo po samem podpisu pogodbe in začetku del (Bajari in Tadelis, 2001). Za podobne izsledke glej tudi Bartholomeu, 1998; Clough in Sears, 1994; Hinze, 1993.



Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih  
spodbud pri javnih naročilih**

uvedbi ponudnika v delo) potrebna temeljita sprememba celotnega dizajna javnega naročila (Albano et al., 2006).

Za ilustracijo vzemimo v pravnoekonomski teoriji pogosto uporabljeni primer izgradnje Gettyjevega muzeja v Los Angelesu, katerega ocenjena milijardna vrednost je zahtevala kar osem let do dokončanja (Dimitri, Piga in Spagnolo, 2006). Sam načrt celotnega projekta je moral biti zaradi številnih nepredvidljivih okoliščin kar nekajkrat v celoti spremenjen. Geologija in položaj gradbišča sta izbranim izvajalcem in arhitektom povzročala številna presenečenja. Pri sami izgradnji so izbrani ponudniki tako nepričakovano naleteli na drsečo hribino in so zaradi tega morali odpeljati in prestaviti več kot 75.000 kubičnih metrov zemljine. Zaradi kasnejših novih in dodatnih okoljevarstvenih zahtev, potrebnih za pridobitev uporabnega dovoljenja, je potem prišlo še do ene obsežne spremembe načrtov, v okviru katerih so morali vgraditi kar 107 novih tehnoloških elementov in rešitev.<sup>21</sup> Seveda so bile za obe pogodbeni stranki vse te spremembe, spremenjene okoliščine in z njimi povezane izjemne podražitve projekta povsem nepričakovane, vendar pa lahko z gotovostjo trdimo, da je imel izvajalec ob njihovi materializaciji o stroških in metodah uvažanja teh sprememb na voljo dosti boljše informacije kot pa sam naročnik. Takšni in podobni primeri po Bajarijevem in Tadelisovem mnenju nakazujejo, da je problem javnih naročil v bistvu bolj problem *ex post* pogodbenih, izvedbenih in naročniških prilagoditev, kakor pa *ex ante* problem razkrivanja asimetričnih informacij (Bajari in Tadelis, 2001; Corts in Singh, 2004; Chakravarty in Macleod, 2004).

Ti primeri zapletenih in nepredvidljivih javnih naročil se tudi lepo ujemajo z omenjenim problemom *nepopolnih pogodb*. Pogodbe in načrti so pri takih zapletenih projektih (tuneli, viadukti itd.) javnih naročil tako praviloma zaradi *ex ante* stroškov njihove sestave<sup>22</sup> nepopolni, posledično pa so številni takšni projekti predmet kasnejših pogodbenih in specifikacijskih modifikacij. Te modifikacije pa potem vodijo do zviševanja dveh vrst stroškov, in sicer: a) neposrednih produkcijskih stroškov (dodatna dela); in b) stroškov pogodbene in specifi-

---

**21** Podoben je v strokovni literaturi pogosto omenjeni primer gradnje glavne cestne vpadnice-avtoceste v Bostonu imenovan *Big Dig*, kjer je prišlo do 12.000 sprememb pri več kot 150 pogodbah, kar je rezultiralo v 1.5 milijardnem presežku prvotno ocenjenih stroškov izgradnje (Bajari, Houghton in Tadelis, 2007). *Boston Globe* pa je o tem primeru poročal, da: *about \$ 1.1 billion of that can be traced back to deficiencies in the designs, record show: \$357 million because contractors found different conditions than appeared on the designs, and \$737 million for labour and material costs associated with incomplete designs* ([http://www.boston.com/news/specials/bechtel/part\\_1/](http://www.boston.com/news/specials/bechtel/part_1/)).

**22** Ti pa hkrati presegajo *ex ante* pričakovane stroške materializacije takšnega dogodka.

Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih spodbud pri javnih naročilih**

kacijske preнове, ki zajemajo vse dodatne stroške, ki niso sami neposredni produkcijski stroški (Bajari, Hughton in Tadelis, 2007). Stroški pogodbene in specifikacijske preнове pa zajemajo tako stroške ponovnih pogodbenih pogajanj, reševanj morebitnih sporov, oportunističnega obnašanja izbranega ponudnika (moralni hazard in problem *hold up-a*), kot tudi dodatne stroške gradbene organizacije, koordinacije dela, dobaviteljev, časovne vgradnje materialov itd. Po podatkih empiričnih analiz so ti dodatni stroški izjemno veliki in lahko pri zapletenih projektih presegajo tudi do 10 % skupne vrednosti projekta (Bajari, Hughton in Tadelis, 2007; Ibbs et al., 1986) .

Očitno bi uporaba pogodbe s fiksno ceno v takšnih primerih zapletenih javnih naročil kot so npr. veliki infrastrukturni objekti, kjer imamo opraviti s problemom nepopolnih pogodb, kjer je kakovost izvedenih del v povezavi z visokimi stroški monitoringa *ex post* nepreverljiva (popolna nezmožnost ali izjemno veliki stroški), imela številne negativne posledice. Pravnoekonomska teorija na čelu z Williamsonom je tako prikazala, da je izbrani ponudnik zaradi narave pogodb s fiksno ceno motiviran za zmanjševanje kakovosti gradnje (zniževanje stroškov izpolnitve na račun razlike do fiksne cene), čeprav je ta kakovost na primer ključnega pomena za učinkovito izvedbo zapletenega gradbenega projekta (Williamson, 1975; 1985). Visoki stroški monitoringa in pa problem *ex post* nepreverljivosti te kakovosti pri zapletenih in zahtevnih gradbenih projektih pa ta problem potem samo še potencirata in posledično vodita do oportunističnega obnašanja izbranega ponudnika pri sami izpolnitvi in do nezadostne kakovosti končanega projekta (Bajari in Tadelis, 2001; Corts in Singh, 2004; Chakravarty in McLeod, 2004).

Nadalje prihaja zaradi fiksne narave takšne pogodbe in akutne nepopolnosti pogodb v takšnih primerih po samem podpisu pogodbe in začetku del tudi do številnih zaustavitev del, zamud, dolgih pogajanj, nenačrtovanih podražitev in izsiljevanj (problem *hold up-a* kot rezultat različnih pogajalskih pozicij) – zaradi stroškov pogodbene in specifikacijske preнове (Bajarin in Tadelis, 2001). Za lažje razumevanje teh navedb si predstavljajmo zapleten projekt izgradnje večcevne predora, pri katerem po začetku del naročnik želi od izvajalca še izgradnjo dodatnih priključnih cevi ali pa na primer izvajalec naleti na izjemno zahtevno in nepričakovano geološko sestavo hribine. Originalni načrti in dogovorjena fiksna cena za izvedbo projekta izvajalca pogodbeno obvezujeta do teh *ex ante* točno določenih načrtov in del, zato izbrani ponudnik bodisi ni pogodbeno zavezan izpolniti takšne dodatne naročnikove želje ali pa recimo zaradi izjemno povečanih del noče nadaljevati z vrтанjem predora brez dodatnih

Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih  
spodbud pri javnih naročilih**

plačil. V obeh hipotetičnih primerih je naročnik tako prisiljen v pogajanja s ponudnikom o vseh teh spremembah in dopolnitvah. Medtem, ko je naročnikov cilj takšne projekte izpeljati na čim bolj stroškovno učinkovit način, pa želi racionalni ponudnik na podlagi takšnih dogodkov samo maksimizirati svoj dobiček. Pri tem pa je izbrani ponudnik, zaradi dejstva, da je že sredi dela v predoru, v enkratni pogajalski poziciji (*hold up*), saj lahko ob dejanski odsotnosti konkurence, ki bi lahko disciplinirala njegovo obnašanje, izsiljuje naročnika. Pri tem bo verjetno za svoje delo zaračunal znatno previsoko ceno, prišlo bo do številnih pravnih, pogajanj, zamud pri izpolnitvi, povečanja transakcijskih stroškov in oportunitetnih stroškov.<sup>23</sup>

Uporaba takšne pogodbe s fiksno ceno ima lahko pri zapletenih projektih torej številne negativne posledice. Za razliko od te pa ima uporaba pogodbe s ceno, ki je odvisna od stroškov izpolnitve, številne pozitivne učinke in lastnosti. Prvič, v primerih, ko je kakovost izpolnitve nepreverljiva, takšen tip pogodbe kot že rečeno zagotavlja stalne spodbude za zagotavljanje kakovosti vgrajenih materialov, izvedbe del itd., saj je ponudnik plačan glede na stroške izpolnjevanja pogodbe (Williamson, 1985; Holmström in Milgrom, 1991).

Poleg tega pa ima še eno s stroški prenove pogodb, povezano pozitivno značilnost. Takšen tip pogodbe namreč pospešuje in olajšuje pogodbene spremembe in modifikacije originalnih načrtov in specifikacij (Kerr, 1995; Holmström in Milgrom, 1991; Baker, 1992). V našem primeru, ko naročnik oziroma okoliščine zahtevajo pogodbeno in specifikacijsko spremembo, vsebuje takšna pogodba že vgrajen mehanizem za ponudnikovo avtomatično stroškovno kompenzacijo. Vsi ti dodatni stroški se namreč na podlagi pogodbene strukture, kjer se je plačilo odvisno od dejanskih stroškov izpolnitve, avtomatično plačujejo. To pa tudi pomeni, da sicer relevantni stroški pogodbene in specifikacijske prenove, ki zajemajo vse dodatne stroške, ki niso sami neposredni produkcijski stroški, zaradi vgrajenega avtomatične modifikacije odpadejo.

Ekonomizacija teh *ex post* pogodbenih in specifikacijskih stroškov sprememb pa je glede na empirične analize, ki ocenjuje te stroške v milijardah dolarjev, pomemben potencialni vir stroškovne učinkovitosti. Saj so prav ti stroški v moderni pravnoekonomski literaturi označeni kot poglavitni vir neučinkovitosti pri izvedbi zapletenih javnih naročil (Bajari in Tadelis, 2001). Analiza pogodb in adaptacijskih stroškov 414 projektov pri izgradnji avtocestnega omrežja v Kaliforniji je pokazala, da je *Caltrans* za te stroške prenove

---

<sup>23</sup> Empirične raziskave so tudi v resnici potrdile takšno izvajanje, saj sta Hanna in Gunduz takšne stroške ocenila za kar okoli letnih 50 milijard dolarjev (Hanna, Gunduz, 2004).

Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih spodbud pri javnih naročilih**

pogodb med letoma 1999 in 2000 zapravljal kar dodatnih 189 milijonov dolarjev.<sup>24</sup> Do podobnih rezultatov pa je prišel tudi Rogerson, ki je raziskoval obrambna javna naročila v ZDA (Rogerson, 1994).<sup>25</sup> V že omenjeni nedavni študiji indijske industrije računalniških programov pa sta Banjerjee in Duflo ugotovila, da se za velike in kompleksne projekte, pri katerih je dizajn dosti dražji in je značilna posledična nepopolnost pogodb, prav tako uporabljajo samo pogodbe z variabilno ceno, ki je odvisna od stroškov izpolnitve (Banjerjee in Duflo, 2000). Bajari, McMillan in Tadelis v svoji primerjalni študiji pogodb med zasebnimi gradbenimi podjetji ponovno potrjujejo te rezultate, saj ugotavljajo, da ameriška gradbena industrija pri sklepanju medsebojnih pogodb za izpeljavo zapletenih projektov prav tako uporablja pogodbe, katerih vrednost je odvisna od stroškov izpolnitve (Bajari, McMillan in Tadelis, 2004).

Vendar pa ima takšen pogodbeni mehanizem ob vseh prednostih zmanjševanja stroškov pogodbene in specifikacijske adaptacije še vedno eno veliko pomanjkljivost. Kot smo že omenili, je kakovost izvedbe pri zapletenih del *ex post* težko preverljiva in če dodamo še velike stroške monitoringa izvajanja projekta, lahko takšen tip pogodbe spodbuja ponudnika k namernem napihovanju stroškov izgradnje (namerna uporaba najdražjih materialov). Namreč, struktura pogodbene cene, ki se oblikuje glede na stroške izpolnitve, spodbuja izbranega ponudnika k zviševanju teh stroškov prek potrebnih in razumnih meja. Za preprečitev takšnih spodbud je zato pri takšnem pogodbenem mehanizmu potreben strog nadzor izvajalčevih aktivnosti (vgrajenih materialov), cenovne omejitve ali naročnikove odobritve vgrajenih materialov. Zaradi visokih stroškov monitoringa in multiplikativnega učinka sankcij, kot priporočata Dari-Mattiachi in De Geest, velja uporabiti tudi tako imenovane mehanizme palice in korenčka (Dari-Mattiachi in De Geest, 2009). Za preprečevanje naročnikove preračunljivosti lahko za pravočasno in stroškovno učinkovito izvedbo gradbenega projekta tako uporabimo nagrade, bonuse,<sup>26</sup> podaljšanje pogodb, ter pogodbene kazni, grožnje predhodne odpovedi (Vandenberghe in Kovač, 2009) in zmanjševanje procenta dogovorjenega zneska. Z uporabo učinka ugleda pa velja ustvariti tudi črno listo ponudnikov, lestvico točk glede na pretekle izpolnitve, ki

---

**24** Povprečen količnik od vrednosti projekta je pri tem znašal kar 0.1048 (Bajari, Houghton in Tadelis, 2007).

**25** *Significant unanticipated changes almost always occur, which leads to renegotiation where there is an inevitable tendency to ascribe all cost overruns to the changes* (Rogerson 1994). Do identičnega rezultata sta prišla tudi Crocker in Reynolds, ki sta odkrila, da se za razvoj vojaških letalskih motorjev uporabljajo pogodbe z ceno, ki je odvisna od produkcijskih stroškov, pri izdelavi že razvitega letalskega motorja pa potem pogodbe s fiksno ceno (Crocker in Reynolds, 1993).

**26** Tako denarne, kot na primer prednost pri naslednjih javnih naročilih.

Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih  
spodbud pri javnih naročilih**

v primeru odkritih nepravilnosti, enormnih višanj stroškov itd. preprosto ne morejo več sodelovati na bodočih javnih razpisih ali pa jih slabo število doseženih točk iz prejšnjih izvedb javnih naročil potiska proti koncu lestvice možnih kandidatov. Takšen učinek ugleda se je v pravnoekonomski znanosti izkazal za izjemno učinkovitega in pomaga preprečevati primere moralnega hazarda in oportunitizma izbranega ponudnika (De Geest, 1994; Kim, 1998; Guerrero in Kirkpatrick, 2001; Vandenberghe in Kovač, 2009).

Pri tem velja še poudariti, da velja pri zapletenih projektih do neke mere (po kriteriju učinkovitosti) izboljšati in dodatno investirati tudi v pripravo, specifikacijo projekta in pogodb.<sup>27</sup> Vendar pa sta navkljub takšnim dodatnim stroškom takšen projekt in pogodba zaradi nepopolnih informacij in visokih transakcijskih stroškov *ex ante* še vedno nepopolna, in je zato uporaba pogodbe z variabilno, od stroškov izpolnitve odvisno ceno (skupaj z vsemi dodatnimi mehanizmi) še vedno ekonomsko učinkovita in priporočljiva.

Če na kratko povzamemo, naj se pri zapletenih projektih (i. e. zapletena sestava dokumentacije, težavnost in obsežnost projekta, velika verjetnost presenečenj, spremenjenih okoliščin itd.), kjer je kakovost izpolnitve *ex post* nepreverljiva, za izvedbo uporabijo pogodbe o izvedbi javnega naročila s ceno, ki se izoblikuje glede na stroške izpolnitve,<sup>28</sup> ki naj jo zaradi velike verjetnosti pogodbenih sprememb spremlja učinkovita stopnja določnosti projekta, pri tem pa naj se za izbiro izvajalca javnega naročila (ta mora biti ugleden in kvalificiran) uporabijo pogajanja - bodisi konkurenčni dialog,<sup>29</sup> oddaja javnega naročila po postopku s pogajanjem,<sup>30</sup> ali pa katera izmed izvedenih različic.<sup>31</sup> Glede dela o načinu izbire izvajalca si je ekonomska teorija enotna in priporoča prav takšne izbirne mehanizme (Manelli, in Vincent, 1995; Bower, 1993).

### **2.3 Kombinirani pogodbeni mehanizmi**

Na kratko opišimo še tako imenovane kombinirane, motivacijske pogodbene mehanizme, kjer gre za mešani sistem med fiksno in stroškovno določeno ceno. Ti pogodbeni mehanizmi so bile razviti zaradi odprave pomanjkljivosti prej opisanih dveh tipov. Zaradi prostorske omejenosti jih velja

---

**27** Do točke kjer se mejni stroški priprave in specifikacije izenačijo z mejnimi koristmi takšne podrobne specifikacije,  $MC = MB$ .

**28** Oziroma tako imenovana različica motivacijske pogodbe (*incentive contract*).

**29** Člen 27. Zakon o javnem naročanju, Uradni list 128/06, z dne 08.12.2006.

**30** Člen 28. Zakon o javnem naročanju, Uradni list 128/06, z dne 08.12.2006.

**31** Člen 30. i n člen 31. Zakon o javnem naročanju, Uradni list 128/06, z dne 08.12.2006.

Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih spodbud pri javnih naročilih**

samo okvirno orisati, vsi dosedanji pravnoekonomski zaključki pa veljajo tudi za takšen tip pogodbe. Motivacijski pogodbeni mehanizmi tako po navadi vključujejo ciljne stroške izpolnitve, ciljne dobičke ponudnika in adaptacijsko formulo, ki zagotavlja: a) da so dejanski stroški ali kakovost, ki dosegajo cilje, podlaga za ciljni dobiček ali nagrado; b) da imajo dejanski stroški oziroma kakovost, ki presegajo ciljne stroške ali kakovost, za posledico zmanjševanje ciljnega dobička ali nagrade (in seveda kvaliteta ki je pod ciljno); in da c) imajo dejanski stroški, ki so pod ciljnim, za posledico povečevanje dobička ali nagrade (oziroma kakovost, ki presega ciljno kakovost; Albano et al., 2006). Pri tem je znesek dobička ali nagrade vedno odvisen od ponudnikove izpolnitve, vendar pa ponudnik celotnega tveganja v fluktuaciji stroškov izpolnitve nikoli ne nosi povsem sam (delitev tveganj). Najbolj pogosta oblika takšnega tipa pogodbe je linearna in jo lahko opišemo s naslednjo formulo:

$$T = P + pS$$

Pri čemer je T skupno plačilo izbranemu ponudniku, P je fiksno temeljno plačilo, S so realizirani in preverljivi stroški, p pa je pozitivna konstanta med nič in ena, ki predstavlja delež stroškov, ki jih nosi ponudnik. V skrajnih primerih, ko je p enako 0 gre za pogodbo s fiksno ceno, in ko je p enako 1 pa gre za pogodbo s ceno, ki je odvisna od produkcijskih stroškov. Takšen pogodbeni mehanizem je izjemno primeren tako za stimuliranje kakovosti, kot za zmanjševanje stroškov izpolnitve, izvedbe projekta in združuje pozitivne lastnosti obeh prej omenjenih pogodbenih mehanizmov. Vendar pa ima tudi določene pomanjkljivosti in lahko kaj hitro privede do ekonomskih neučinkovitosti. Namreč izjemno velike transakcijske stroške upravljanja, sestavljanja in nadziranja takšnih pogodb, ki lahko v številnih primerih povsem izničijo vse prednosti takšnega pogodbenega mehanizma. Še več, pomanjkanje zanesljivih računovodskih in revizijskih standardov in mehanizmov lahko povsem onemogoči njihovo uporabo in učinkovitost.<sup>32</sup> V takšnem primeru so potem transakcijski stroški večji od koristi učinkovite delitve tveganj in naročnik je prisiljen uporabiti enega izmed prej omenjenih pogodbenih mehanizmov.

---

<sup>32</sup> Takšen primer so panoge z nizkimi računovodskimi in revizijskimi standardi, ki ponavadi jamčijo za pravilnost in zanesljivost računovodskih podatkov podjetja. Pri tem pa se je izkazalo, da so tudi v razvitih zahodnih demokracijah ti standardi vprašljivi, še posebej kadar so revizorji in kontrolorji delničarji ali kako drugače povezani z relevantnim podjetjem (Albano et al., 2006).

### **3. Javna naročila gradbenih del**

Po predstavljenih glavnih izsledkih in spoznanjih pravnoekonomske znanosti v zadnjem delu s pomočjo teh izsledkov kritično na kratko analizirajmo slovensko ureditev, izbiro pogodbenih mehanizmov in samo izvajanje javnih naročil gradbenih del. Na podlagi povedanega se nam tako zastavlja vprašanje ali v praksi tip produkta predmeta javnega naročila določa tudi izbiro samega pogodbenega mehanizma in so izbrani tipi pogodb v skladu s predstavljenimi pravnoekonomskimi izsledki in priporočili. V nadaljevanju se članek tako osredotoča na dva sklopa projektov in z njima povezanih pogodb, in sicer na preproste in na zapletene projekte. Uvodno velja tudi poudariti dejstvo, da novi, na podlagi Direktive 2004/18/EC pripravljene Zakon o javnem naročanju, Uradni list 128/06, z dne 08.12.2006 (v nadaljevanju ZJN-2) ne ureja pogodbenega mehanizma, ki naj ga naročnik uporabi, in tako posledično izbiro le-tega prepušča samemu naročniku (Čampa et al., 2007). Podobno stanje kaže tudi državni portal javnih naročil,<sup>33</sup> kjer priporočil o izbiri določenih pogodbenih mehanizmov ni, zato članek analizira pogodbe, ki so že pri dodeljenih javnih naročilih dostopne prav na tem portalu.<sup>34</sup>

#### **3.1 Javna naročila nizke vrednosti**

Kot primer preprostega, enostavnega projekta iz celotnega spektra javnih naročil velikih vrednosti v letu 2009 vzemimo najprej javno naročilo št. JNO2/2009-OP, katerega predmet je bila nabava natančno določenih računalniških strežnikov. Razpisna dokumentacija je popolna z vsemi osnovnimi podatki o razpisu natančnimi in obsežnimi specifikacijami, z vsemi obrazci za ugotavljanje usposobljenosti ponudnika garancijami itd. Pravnoekonomska teorija v primerih takšnih enostavnih javnih naročil, kjer gre za enostavno sestavo dokumentacije, projekta, majhno ali nično verjetnost sprememb, spremenjenih okoliščin itd. in kjer je kakovost izpolnitve *ex post* preverljiva, za učinkovito izvedbo priporoča uporabo pogodbe o izvedbi javnega naročila s fiksno ceno, kjer pa morajo biti izvedba, obseg in načrt zaradi preprečitve kasnejših prilagoditev (oportunizma) kar se da točno določeni (visoka stopnja

---

**33** Vzpostavitev portala javnih naročil urejata določbi 113. člena ZJN-2 in 108. člena Zakona o javnem naročanju na vodnem, energetskega, transportnem področju in področju poštne storitve (Uradni list 128/06), v skladu s katerima so vsi naročniki dolžni vse vrste objav v zvezi z javnimi naročili poslati v objavo portalu javnih naročil.

**34** Uradni list Republike Slovenije, eNaročanje.

Mitja Kovač

### **Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih spodbud pri javnih naročilih**

določnosti),<sup>35</sup> pri tem pa naj se uporabi po načelu zagotavljanja konkurence med ponudniki temelječi javni razpis (bodisi oddaja naročila po odprtem postopku ali oddaja naročila po postopku s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti). Priloženi vzorec pogodbe je v vseh pogledih ustrezal takšnim priporočilom in je v skladu z pravnoekonomskimi izsledki, saj je bila priložena pogodba s fiksno ceno in z visoko stopnjo pogodbene določnosti.<sup>36</sup>

Za drug primer preprostega projekta pa vzemimo javno naročilo dela na zgornjem ustroju cest št. JN6977/2009 Občine Krško, kjer v razpisni dokumentaciji prav tako najdemo pogodbo s fiksno ceno, z natančno specifikacijo del, časovnimi roki itd. Ker gre za enostavno odstranitev starega asfalta, kjer je verjetnost nepredvidljivih okoliščin, asimetričnih informacij in iz njih izhajajoče nepopolnosti pogodb izjemno majhna, je izbira pogodbe s fiksno ceno v skladu z pravnoekonomskimi izsledki, in tako ustreza kriteriju ekonomske učinkovitosti. Tudi pregled drugih objavljenih preprostih projektov javnih naročil nam postreže z enakim odgovorom, saj je uporabljeni mehanizem vedno pogodba s fiksno ceno (ob natančni specifikaciji – visoka stopnja določnosti razpisa, dokumentacije in same pogodbe), prav tako pa je bil pri postopku izbire uporabljen bodisi odprti postopek bodisi postopek z predhodnim ugotavljanjem sposobnosti, kar je prav tako v skladu z pravnoekonomskimi izsledki. Če povzamemo, se na splošno v Sloveniji pri preprostih projektih javnih naročil uporablja učinkovit, z pravnoekonomskimi izsledki skladen, tip pogodb z fiksno ceno.

## **3.2 Javna naročila velike vrednosti**

Pri pregledu vzorcev pogodb zapletenih javnih naročil, kot so izgradnje viaduktov, predorov in podobnih velikih infrastrukturnih objektov, pa je slika žal popolnoma drugačna. Objavljeni podatki kažejo, da se tudi pri teh zapletenih projektih uporabljajo pogodbe s fiksno določeno ceno,<sup>37</sup> kot je to na primer izgradnja premostitvenega objekta viadukta Sejanca na avtocestnem odseku Gorišnica – Ormož (JN7593/2008). Tudi pri izgradnji vseh drugih slovenskih predorov in viaduktov, ki so predmet javnih naročil, so bile uporabljene po-

---

<sup>35</sup> Ali s samo pogodbo ali z razpisno dokumentacijo.

<sup>36</sup> Podobna pravnoekonomska ustrezna priporočila najdemo tudi v vzorčni razpisni dokumentaciji za postopke oddaje javnih naročil v teoriji in praksi (Matas, Škufca, in Mrzel, 2006).

<sup>37</sup> Enako, z izsledki pravnoekonomske znanosti neskladno, priporočilo najdemo tudi v vzorčni razpisni dokumentaciji, kjer se tudi za primer zapletene izgradnje čistilne naprave in vseh pripadajočih objektov priporoča uporaba fiksne cene (Matas, Škufca in Mrzel, 2006, str. 260).



Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih  
spodbud pri javnih naročilih**

godbe s fiksno ceno, ki pa za primer vseh dodatnih ter nepredvidenih del (potrjenih od inženirja) predvidevajo sklenitev aneksa k tej pogodbi. Takšen morebitni aneks pa se sklepa po predhodni odobritvi zahtevka izvajalca.

Pravnoekonomska analiza razkrije številne možne vire neučinkovitosti, ki jih prinaša uporaba takšnih pogodb s fiksno ceno. Uporaba takšne pogodbe s fiksno ceno v takšnih primerih zapletenih javnih naročil, kot so npr. veliki infrastrukturni objekti, kjer imamo opraviti s problemom nepopolnih pogodb in je kakovost izvedenih del, v povezavi z visokimi stroški monitoringa, *ex post* nepreverljiva (popolna nezmožnost ali izjemno veliki stroški), bi imela številne negativne posledice. Kot že rečeno, bo zaradi narave pogodb s fiksno ceno izbrani ponudnik motiviran za zmanjševanje kakovosti gradnje (zniževanje stroškov izpolnitve na račun razlike do fiksne cene), čeprav je ta kakovost na primer ključnega pomena za učinkovito izvedbo zapletenega gradbenega projekta (Williamson, 1975; Williamson, 1985). Visoki stroški monitoringa in pa problem *ex post* nepreverljivosti te kakovosti pri zapletenih in zahtevnih gradbenih projektih pa ta problem potem samo še potencirata in posledično vodita do prilagodljivega obnašanja izbranega ponudnika pri sami izpolnitvi in nezadostne kakovosti končanega projekta (Bajari in Tadelis, 2001; Corts in Singh, 2004; Chakravarty in McLeod, 2004).

Nadalje bo zaradi fiksne narave takšne pogodbe in akutne nepopolnosti pogodb v takšnih primerih po samem podpisu pogodbe in začetku del prišlo tudi do primerov številnih dodatnih ali pa nepredvidljivih del, posledično do zaustavitve del, zamud, dolgih pogajanj, nenačrtovanih podražitev in izsiljevanj (*hold up* kot rezultat različnih pogajalskih pozicij) – stroškov pogodbene in specifikacijske preнове (Bajari in Tadelis, 2001). Originalni načrti in dogovorjena fiksna cena za izvedbo projekta izvajalca pogodbno obvezujeta do teh, *ex ante* točno določenih načrtov in del, zato izbrani ponudnik bodisi ni pogodbno zavezan izpolniti takšne dodatne naročnikove želje oziroma jo izpolni samo na podlagi sklenitve aneksa. V takšnem primeru je potem naročnik prisiljen v pogajanja s ponudnikom o vseh teh spremembah in dopolnitvah. Medtem, ko je naročnikov cilj takšne projekte izpeljati na čim bolj stroškovno učinkovit način, pa želi racionalni ponudnik na podlagi takšnih dogodkov samo maksimizirati svoj profit. Pri tem pa je izbrani ponudnik zaradi dejstva, da je že sredi dela na viaduktu ali predoru, v enkratni pogajalski poziciji (*hold up*) saj lahko ob dejanski odsotnosti konkurence, ki bi lahko disciplinirala njegovo obnašanje, izsiljuje naročnika (moralni hazard). Pri tem bo verjetno za svoje delo zaračunal znatno previsoko ceno, prišlo bo do številnih pravnih, pogajanj, zamud pri izpolnitvi itd. –

Mitja Kovač

### **Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih spodbud pri javnih naročilih**

povečanja transakcijskih stroškov in oportunitetnih stroškov.<sup>38</sup> Vsi ti viri ekonomske neučinkovitosti pa posledično vodijo do zmanjševanja družbene blaginje v Sloveniji.

Dejanski primeri potrjujejo vse te navedbe, saj so pri izvedbi takih zahtevnih projektov aneksi, spremembe pogodb in specifikacij popolnoma običajna stvar, prav tako pa izsiljevanja in zamude izbranih ponudnikov. Tudi sama kakovost izgradnje je, tako kakor to predvideva pravnoekonomska teorija, pogosto vprašljiva. Še več, v skladu s pravnoekonomskimi izsledki problem *ex post* nepreverljivosti kakovosti še dodatno potencira vire ekonomskih neučinkovitosti.

Uporaba takšne pogodbe s fiksno ceno ima tako pri zapletenih projektih torej številne negativne posledice, o čemer pa navsezadnje pričajo tudi naše, slovenske izkušnje. Za razliko od tega pa ima uporaba pogodbe s ceno, ki je odvisna od stroškov izpolnitve, številne pozitivne učinke in lastnosti. Uporaba takšnega ali pa mešanega tipa pogodbe (motivacijske pogodbe) bi tako te vire ekonomske neučinkovitosti in izgub vsaj deloma izničila, oziroma jih že vnaprej preprečila.

## **4. Zaključek**

Članek predstavlja pravnoekonomsko analizo zakonske ureditve in uporabljenih pogodbenih tipov s področja javnih naročil, pri tem pa ob ugotovljenih številnih virih ekonomskih neučinkovitosti pri uporabi pogodbenih mehanizmov v primeru zapletenih javnih naročil podaja naslednja priporočila: 1) pri preprostih projektih, kjer je kakovost izpolnitve *ex post* preverljiva, naj se za izvedbo uporabijo pogodbe o izvedbi javnega naročila s fiksno ceno, pri tem pa morajo biti izvedba, obseg in načrt zaradi preprečitve kasnejših izvajalčevih prilagoditev kar se da natančno določeni (visoka stopnja določnosti),<sup>39</sup> pri tem pa naj se uporabi, po načelu zagotavljanja konkurence med ponudniki, temelječi javni razpis (bodisi oddaja naročila po odprtem postopku ali oddaja naročila po postopku s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti);<sup>40</sup> 2) pri zapletenih projektih (i. e. zapletena sestava dokumentacije, težavnost in obsežnost projekta, velika

---

<sup>38</sup> Empirične raziskave so tudi v resnici potrdile takšno izvajanje saj sta Hanna in Gunduz takšne stroške ocenila za kar okoli letnih 50 milijard dolarjev (Hanna in Gunduz, 2004).

<sup>39</sup> Ali s samo pogodbo ali z razpisno dokumentacijo.

<sup>40</sup> Zakon o javnem naročanju, Uradni list 128/06, z dne 08.12.2006, v nadaljevanju ZJN-2.

Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih  
spodbud pri javnih naročilih**

verjetnost presenečenj, spremenjenih okoliščin itd.), kjer je kakovost izpolnitve *ex post* nepreverljiva, naj se za izvedbo uporabijo pogodbe o izvedbi javnega naročila s ceno, ki se izoblikuje glede na stroške (*cost-plus*),<sup>41</sup> ki naj jo zaradi velike verjetnosti pogodbenih sprememb spremlja učinkovita stopnja določnosti projekta,<sup>42</sup> pri tem pa naj se za izbiro izvajalca (ki mora biti ugleden in kvalificiran) javnega naročila uporabijo pogajanja – bodisi konkurenčni dialog,<sup>43</sup> oddaja javnega naročila po postopku s pogajanjem,<sup>44</sup> ali pa katera izmed izvedenih različic.<sup>45</sup>

Izbira pregledanih pogodbenih mehanizmov v primerih zapletenih javnih naročil je s pravnoekonomskega stališča tako neustrezna in resno zmanjšuje družbeno blaginjo. Vendar pa moramo v zaključku opozoriti, da raziskava zaradi omejenega dostopa do podatkov ni zajela celotnega spektra dejansko uporabljenih pogodb in so tako dobljeni rezultati omejeni z obsegom razpoložljivih informacij.

*Dr. Mitja Kovač je diplomiral iz prava na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, magistriral in doktoriral iz prava in ekonomije na Pravni fakulteti Univerze Utrecht (Universiteit Utrecht Faculty of Law, Nizozemska). Med drugim je kot gostujoči raziskovalec delal na državnem inštitutu British Institute of International and Comparative Law v Londonu (Velika Britanija), na Washington University School of Law v St. Louisu (ZDA), na Evropski pravni akademiji v Trierju (ERA, Nemčija) in na Pravni fakulteti Univerze v Gentu (Belgija). Je tudi član Economic Impact Group at the CoPECL Network of Excellence pri evropskem projektu Draft Common Frame of Reference (DCFR) in se intenzivno ukvarja s primerjalnim pogodbenim pravom in ekonomsko analizo prava. Od leta 2009 je zaposlen na Ekonomski Fakulteti Univerze v Ljubljani.*

---

**41** Oziroma tako imenovana različica motivacijske pogodbe (*incentive contract*).

**42** Do točke kjer se mejni stroški priprave in specifikacije izenačijo z mejnimi koristmi takšne podrobne specifikacije, MC = MB.

**43** Člen 27. ZJN-2.

**44** Člen 28. ZJN-2.

**45** Člen 30. in člen 31. ZJN-2.

Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih  
spodbud pri javnih naročilih**

## Literatura

- Albano, G. I., Calzolari, G., Dini, F., Iossa, E., & Spagnolo, G. (2006). *Procurement Contracting Strategies*, v Dimitri, N., Piga, G., & Spagnolo, G. (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge University Press.
- Akerlof, A. G. (1970). The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics* (84), 488-502.
- Bajari, P., & Tadelis, S. (2001). Incentive Versus Transaction Costs: a Theory of Procurement Contracts. *RAND Journal of Economics* (32), 387- 407.
- Bajari, P., McMillan, R. S., & Tadelis, S. (2008). Auctions versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis. *Journal of Law, Economics and Organization Advance Access* (002).
- Bajari, P., Houghton, D., & Tadelis, S. (2007), Bidding for Incomplete Contracts: An Empirical Analysis of Adaptation Costs, *NBER Working Paper Series No. W12051*, <http://www.nber.org>.
- Bajari, P., & Gregory L. (2009), Procurement Contracting with Time Incentives: Theory and Evidence, *NBER working paper series No. W14855*, <http://www.nber.org>.
- Baker, G. (1992), Incentive Contracts and Performance Measurement, *Journal of Political Economy* (100), 598 et seq.
- Banerjee, A.V., & Duflo, E. (2000), Reputation Effects and the Limits of Contracting: A Study of the Indian Software Industry, *Quarterly Journal of Economics* (115), 989 – 1017.
- Bartholomeu, S. H. (1998). *Construction Contracting: Business and Legal Principles*. New York: Prentice Hall Inc.
- Bower, A.G. (1993). Procurement Policy and Contracting Efficiency. *International Economic Review* (34), 873-901.
- Chakravarty, S., & MacLeod, W. B. (2004). On the Efficiency of Standard Form Contracts: The Case of Construction. *University of Southern California Working Paper Series 17*, <http://law.bepress.com/usclwps/lewps/art17>.
- Clough, R., & Sears G. (1994). *Construction Contracting*, New York Wiley.
- Corts, K., & Singh, J. (2004). The Effect of Repeated Interaction on Contract Choice: Evidence from Offshore Drilling. *Journal of Law, Economics and Organization* (20), 230-260.
- Crocker, K.J., & Reynolds, K.J. (1993). The Efficiency of Incomplete Contracts: An Empirical Analysis of Air Force Engine Procurement. *RAND Journal of Economics* (24), 126-146.
- Čampa, M., Kodela, F., Matas, S., Šoltes, I., & Štular, T. (2007). *Zakon o Javnem Naročanju s Komentarjem*, Uradni List RS.

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih  
spodbud pri javnih naročilih**

- Dalen, M. D., Maen, R., & Espen, R. (2006). Contract Renewal and Incentive in Public Procurement. *International Journal of Industrial Organisation* (24), 269-285.
- Dari Mattiachi, G., & De Geest, G. (2009). Carrots Sticks and the Multiplication Effect. *Journal of Law, Economics and Organisation Advance Access published on January 20*, <http://doi:10.1093/jleo/ewn025>.
- De Geest, G., Siegers, J., & Van Den Berg, R., (Ed.). (1999). *Law and Economics and the Labour Market. New Horizons in Law and Economics*. Edward Elgar.
- De Geest, G., Teun, J., Siegers, J., & Vandenberghe, A. S. (1999). The right to lie: new law and economics versus Dutch labour law? in De Geest, G., Siegers, J., & Van Den Berg, R. (Eds.), (1999). *Law and Economics and the Labour Market. New Horizons in Law and Economics*. Edward Elgar.
- De Geest, G. (2001). Comparative Law and Economics and the Design of Optimal Doctrines, in Deffains, B., & Kirat, T. (Eds). (2001). *Law and Economics in Civil Law Countries*. New York, JAI Elsevier.
- De Geest, G. (1994). *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*. Maklu Antwerp.
- Dimitri, N., Piga, G., & Spagnolo, G. (2006). *Handbook of Procurement*. Cambridge University Press.
- Goldberg, V. P. (1977). Competitive Bidding and the Production of Precontract Information. *The Bell Journal of Economics* (8), 250-261.
- Grossman, S., & Hart, O. (1986). The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. *Journal of Political Economy* (94), 691 - 719.
- Guerrero, J.C., & Kirkpatrick, C.J. (2001). Evaluating Contractor Past Performance in the United States. *Public Procurement Law Review* (10), 243 - 259.
- Hanna, A.S., & Gunduz, M. (2004). Impact of Change Orders on Small Labor-Intensive Projects. *Journal of Construction Engineering and Management* (130), 726-733.
- Hart, O., & Moore, J. (1988). Incomplete Contracts and Renegotiation. *Econometrica* (56), 755-785.
- Hayek, F.A. (1945). The Use of Knowledge in Society, *American Economic Review* (35), 519 -530.
- Hester, W., Kuprenas, J., & Chang, T. (1991). *Construction Changes and Orders: Their Magnitude and Impact*, Document SD-66, Austin, Tex.: The Construction Industry Institute.
- Hinze, J. (1993). *Construction Contracts*. Irwin/McGraw-Hill.
- Hirschleifer, J. (1971). The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. *American Economic Review* (61), 561 - 574.
- Holmström, B., & Milgrom, P. (1991). Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design. *Journal of Law, Economics and Organization* (24), 24-52.

Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih  
spodbud pri javnih naročilih**

- Ibbs, C.W., Wall, D.E., Hassanein, M.A., Back, W.E., Del La Garza, J.M., Twardock, R.K., Kim, J.J., & Schran, S.M. (1986). *Determining the Impact of Various Construction Contract Types and Clauses on Project Performance, Vol. I., II.* Austin, Tex.: The Construction Industry Institute.
- Kerr, S. (1995). On the Folly of Rewarding A, While Hoping for B. *The Academy of Management Journal* (9), 7-14.
- Kim, I.G. (1998). A Model of Selective Tendering: Does Bidding Competition Deter Opportunism by Contractor? *Quarterly Review of Economics and Finance* (38), 907 - 925.
- Kovač, M. (2009). Bistvena Zmota in Prevara – Pravnoekonomska Perspektiva. *Podjetje in Delo* (2), 375 - 394.
- Laffont, J. J., & Tirole, J. A. (1993). *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation.* Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Mackaay, E. (1982). *Economics of Information and Law.* Kluwer Nijhoff Publishing.
- Manelli, M.A., & Vincent, D.R. (1995). Optimal Procurement Mechanisms. *63 Econometrica* (63), 591-620.
- Matas, S., škofca, U., & Mrzel, M. (2006). *Vzorčna Razpisna Dokumentacija v Postopkih Oddaje Javnih Naročil v Teoriji in Praksi.* Primath.
- McAfee, R. P., & McMillan, J. (1998). *Incentives in Government Contracting.* University of Toronto Press.
- Rogerson, W.P. (1994). Economic Incentives and the Defense Procurement Process. *Journal of Economic Perspectives* (8), 65 - .
- Piga, G., & Thai, K.V. (Eds.). (2007). *Economics of Public Procurement.* Palgrave Macmillan.
- Posner, A. R. (2001). *Frontiers of Legal Theory.* Harvard University Press.
- Posner, A. R. (2003). *Economic Analysis of Law.* Sixth Edition. Aspen Publishers.
- Shavell, S. (1994). Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale. *The RAND Journal of Economics* (25), 20-36.
- Sweet, J. (1994). *Legal Aspects of Architecture, Engineering and the Construction Process.* West Publishing.
- Stigler, J. G. (1961). The Economics of Information. *Journal of Political Economy* (69), 213 - 225.
- Tirole, J. (1999). Incomplete Contracts: Where do we Stand? *Econometrica* (67), 741 - 781.
- Vandenberghe, A. S., & Kovač, M. (2009). Termination and Renewal of Fixed Term Consumer Contracts. *Journal of Consumer Policy* (forthcoming).
- Williamson, O. E. (1975). *Markets and Hierarchies,* New York Free Press.
- Williamson, O.E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism,* New York Free Press.

SUMMARY

**PUBLIC PROCUREMENT - A PROBLEM OF  
EFFICIENT CONTRACTUAL DESIGN**

Recent law and economics literature has devoted much attention in the area of public procurement to the problems of efficient contractual design and selection of optimal contractual practices. The article surveys related economic literature and offers an economic assessment of the Slovenian public procurement practices and derived contractual types and techniques. The first part of the paper offers a set of economic criteria for establishing when and under what conditions the use of fixed-price or cost-plus contracts is efficient and hence recommended. Whereas the second part (upon the provided set of economic criteria) critically comments the current Slovenian contractual practices and the choice of public procurement's contracts.

The article offers in deep law and economics analysis of current practices and offers a set of specific and detailed recommendations for necessary improvements and efficiency enhancing public procurement practices. The observed inefficient use of different types of contracts, which seriously impairs the Slovenian social welfare, calls for immediate interaction and offers an ample opportunity for efficiency enhancing improvements. In addition, the analysis offers a set of criteria for the efficient design and interpretation of public procurement contracts.

The main propositions and conclusions are the following: (1) The currently applied contractual types in the Slovenian public procurement system unnecessarily prolong the completion times, increase costs of performance, cause negative externalities, spur opportunism and moral hazard, inefficiently waste scarce resources and hence seriously impair social welfare; (2) In principle, the subject of public procurement ought also determine the corresponding type of contract; (3) The public procurement problem is primarily characterized as an ex post performance and contract adaptation problem, which is caused by asymmetric information problem. This informational asymmetry and high transaction costs reflects as in literature extensively discussed, phenomena of imperfect contracts, which then eventually materializes in the performance stage as the instance of unforeseen contingencies; (4) The employment of cost-plus contracts and derived economization on ex post transaction costs is

Mitja Kovač

**Problem nepopolnih pogodb in mehanizmi pogodbenih  
spodbud pri javnih naročilih**

in case of complicated public procurement projects a frequently overlooked source of possible performance savings of cost; (5) In principle, the fixed-price contracts should be used in instances of simple projects (verifiable performance and insignificant potential contractual incompleteness). Fixed-price contracts should be accompanied by high contractual, specification and performance completeness; (6) The cost-plus contracts should be employed in instances of unverifiable quality of performances or in cases where such assessment could be made only under substantial costs; (7) In principle, the cost-plus contract should be employed in instances where substantial contractual incompleteness is expected (complicated public procurement projects) and where contractual and performance flexibility is required; (8) The carrot and the stick mechanism should be applied in order to deter and prevent opportunistic behaviour (moral hazard).

A caveat related to the scope of the article should be made. Namely, since it is not possible to cover all the aspects of the public procurement, the article merely focuses on use of different types of contracts in daily public procurement's practices, and omits the economic comment on the efficient design of tenders and negotiations – which goes well beyond the scope of this article. Yet, the law and economics purpose is to find out what good law (contract) is by analysing incentive, risk and transaction cost effects of applied contract types. The term »good« can have two dimensions: good with respect to the content, and good with respect to the technical formulation. Most of the law and economics literature is focused on the first dimension. It tries to determine which contractual types have the most desirable effects, irrespective of how these types are formulated. Yet, law and economics may also offer useful advice on how to improve the technical formulation of such contracts. The reason is that lawmakers (legislators and judges) usually balance the advantages and disadvantages of alternative solutions – even though this balancing is often hidden behind a veil of fairness rhetoric. Law and economics try to describe these advantages and disadvantages in a more accurate way. As a result, it may also accurately describe what lawmakers do, and hence, more accurately describe the law and derived contract types (De Geest and Kovač, 2009). Moreover, one should note that any legal system in the eyes of law and economics scholar is not merely an *ex post* dispute resolution mechanism but also a highly sophisticated *ex ante* incentive and risk shifting mechanism. This *ex ante* mechanism should spur the efficient allocation of resources, foster an efficient exchange of goods and deter



opportunism and moral hazard. Hence, the use of law and economic tools (incentive, risk and transaction costs analysis) should enable a better, more efficient design of contracts and appropriate contractual types which would efficiently correspond to the according type of public procurement project.

Economic analysis thus shows that current contractual types in Slovenian public procurement practices in instances of complicated projects unnecessarily prolong the needed performance time, cause negative externalities, hold up problems, increase performance costs, spur opportunism (moral hazard), inefficiently waste scarce resources and consequently impair social welfare. In other words, the employed contractual types in instances of complicated public procurement projects are unsuitable and a source of serious inefficiencies. However, the same assessment of the simple public procurement projects reveals the employment of appropriate, efficiency based fixed-price contracts. This result, however, indeed corresponds with our findings and recommendations.

Yet, a certain amount of self-restraint should be at stake. Namely, a highly limited sample of assessed contracts, probably corresponding incomplete results and available information calls for further research and evaluation.