

# ANALIZA PREDLOGA ZAKONA O JAVNO-PRIVATNOM PARTNERSTVU

**Autor: Ivan Bošković**

**Podgorica, Jun 2018**

## SADRŽAJ

Uvod.....	1
Uporedna praksa .....	3
Pojam JPP .....	5
Predmet JPP.....	6
Specifičnosti odnosa koji se normiraju .....	8
I Dobro upravljanje JPP projektima od strane javnog partnera.....	9
Institucionalni okvir .....	9
Dobijanje najviše vrijednosti za uloženi novac.....	14
Transparentnost korišćenja budžetskih sredstava .....	19
II Atraktivnost predloženih pravila privatnim partnerima .....	21
Partnerski odnos uključenih strana.....	24
Oblasti otvorene za partnerstvo .....	25
Projektna kompanija .....	26
Finansiranje.....	27
“Step-in” pravo .....	28
Rizik i odgovornost .....	29
Zaključak.....	30

## Uvod

Predlog Zakona o javno-privatnom partnerstvu je stavljen na javnu raspravu u maju tekuće godine. Ovim propisom se stvara novi zakonodavni okvir za sprovođenje projekata javno-privatnog partnerstva s obzirom da se donošenjem novog Zakona stavlja van snage trenutni krovni propis iz ove oblasti Zakon o učešću privatnog sektora u vršenju javnih usluga („Službeni list RCG“, broj 30/02).

Inicijalni komentari u ovoj analizi su dati na tekst predloga Zakona koji je bio na javnoj raspravi u periodu od 9. maja do 18. juna, a naknadno su dopunjeni u odnosu na doručeni predlog koji je Ministarstvo finansija objavilo nakon javne rasprave.

## Uporedna praksa

U praksi Evropske Unije, javno-privatno partnerstvo (JPP) predstavlja oblik saradnje između javnih vlasti i privatnog partnera. Primarni ciljevi ove saradnje su finansiranje, izgradnja, renoviranje ili upravljanje infrastrukturom ili pružanje usluge. JPP je prisutno u sektorima kao što su transport, javno zdravlje, obrazovanje, nacionalna sigurnost, upravljanje otpadom, vodosnabdijevanje i distribucija energije. Na evropskom nivou, oni pomažu u implementaciji Evropske inicijative za rast i transevropskih transportnih mreža<sup>1</sup>. JPP karakteriše:

- trajanje odnosa između partnera;
- način finansiranja projekta;
- uloge partnera u definisanju ciljeva, dizajniranju, realizaciji, implementaciji i finansiranju;
- raspodjela rizika.

Najčešće dvije vrste JPP su:

1. JPP čisto ugovorne prirode. U ovom slučaju, partnerstvo se zasniva isključivo na ugovornim vezama i može biti u okviru evropskih direktiva o javnim nabavkama;
2. JPP institucionalne prirode uključuju saradnju u okviru različite entiteta i mogu dovesti do stvaranja *ad hoc* entiteta zajednički od strane javnog sektora i privatnog sektora ili kontrole javnog entiteta od strane privatnog operatora.

Najčešći model JPP-a je “dizajn-izgradnja-finansiranje-održavanje-upotreba” (DBFMU). Po tom modelu, privatnom partneru je povjereno izvršenje svih projektnih faza: od projektovanja za izgradnju, sama izgradnja i održavanje infrastrukture, kao i obezbjeđivanje neophodnih sredstava za realizaciju. Ova dugoročna perspektiva poznata je kao “pristup kompletnog života (projekta)”

Prema evropskom Centru za ekspertizu PPP (EPEC), ukupna vrijednost transakcija vezanih za sprovođenje JPP-a projekata na evropskom tržištu u 2017. godini iznosila je 14,4 milijarde eura, što je povećanje od 22% u odnosu na 2016. godinu (11,8 milijardi eura). Prije finansijske i ekonomske krize, broj projekata realizovanih kroz JPP kontinuirano je rastao, da bi

<sup>1</sup> [http://ec.europa.eu/transport/infrastructure/tentec/tentec-portal/site/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/transport/infrastructure/tentec/tentec-portal/site/index_en.htm)

od 2008. godine broj novih projekata bio značajno smanjen. Od 2016. godine ponovo dolazi do povećanja ulaganja u JPP projekte najvećim dijelom u saobraćajnom sektoru, koji je u 2016. godini iznosio jednu trećinu ukupne investicije JPP-a, nakon čega su najzastupljeniji bili sektor zdravstva i obrazovanja.

Prema propisima EU, ne postoji poseban sistem koji reguliše JPP ali se može povući korisna paralela sa pravnim okvirom kojim se uređuje oblast javnih nabavki.

Osnova evropske regulative za javne nabavke, odnosno nabavke od strane državnih organa, leži u odredbama Ugovora Evropske unije kojim se zabranjuju prepreke u trgovini unutar Unije, postoji sloboda pružanja usluga i prava na osnivanje (tri od osnovne četiri slobode), zabranjuju diskriminaciju na osnovu nacionalnog porijekla i regulišu javna preduzeća.

Uspostavljanje pomenute regulative započeto je usvajanjem Opšteg programa 1962.godine koji je predviđao ukidanje nacionalnih kvota i ograničenja u javnim nabavkama. Od tada su donošene brojne izmjene pravnog okvira vezanog za javne nabavke, sve do donošenja aktuelnog seta propisa iz 2014. Ovim direktivama, takozvanom "petom generacijom propisa" iz oblasti javnih nabavki, usvojen je sveobuhvatni pravni okvir koji su zemlje članice dužne bile transponovati u svoje pravne sisteme do aprila 2016 godine. Peta generacija propisa obuhvata:

1. Direktivu 2014/23/EU o dodjeli ugovora o koncesiji;
2. Direktivu 2014/24/EU o javnoj nabavci i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ i
3. Direktivu 2014/25/ EU o nabavkama od strane subjekata koji rade u sektoru voda, energetike, transporta i poštanskih usluga.

Svi ugovori u kojima javni organ dodjeljuje projekte trećoj strani, bez obzira da li su JPP ili ne, moraju se ispitati u svijetlu pravila i načela Ugovora o EZ, uključujući naročito principe transparentnosti, jednakog tretmana, proporcionalnosti i uzajamnog priznavanja.

Važno je napomenuti da je aktuelni predlog Zakona primarno rađen prema normama gore pomenutih direktiva.

Imajući u vidu da u EU pravnoj praksi ne postoji unificirano pravno rješenje za regulisanje oblasti JPP, zemlje članice ravnaju se prema relevantnim međunarodnim smjernicama i naboljim primjerima iz prakse. Među najrelevantnijim međunarodnim aktima kojima se uspostavljaju smjernice i principi JPP spadaju:

- UNCITRAL Smjernice o javno-privatnom partnerstvu / koncesionim zakonima (2000),
- Osnovni principi EBRD-a za savremeni zakon o koncesijama i
- Principi OECD-a za javno upravljanje javno-privatnim partnerstvima.

## Pojam JPP

Ne postoji jedinstvena i široko prihvaćena definicija javno-privatnih partnerstava (JPP). JPP Laboratorija Znanja (PPP Knowledge Lab) pri Svjetskoj Banci definiše JPP kao “dugoročni ugovor između privatne stranke i vladinog entiteta, za pružanje javne imovine ili usluge, u kojem privatna strana snosi značajnu odgovornost za rizik i upravljanje, a naknada je povezana sa učinkom.

Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD) definiše JPP kao “dugoročne ugovorne aranžmane između vlade i privatnog partnera, pri čemu taj drugi pruža i finansira javne usluge koristeći kapitalnu imovinu, dijeleći povezane rizike. “

Predlog Zakona o javno-privatnom partnerstvu u članu 2 koristi sljedeću definiciju:

*“Javno-privatno partnerstvo je dugoročni ugovorni odnos između javnog i privatnog partnera, zasnovan na podjeli resursa i rizika, radi:*

- 1) *unapređenja kvaliteta i dostupnosti usluga od javnog interesa (u daljem tekstu: javne usluge);*
- 2) *izvođenja radova na objektima u državnoj svojini i drugim objektima od javnog interesa (u daljem tekstu: javni radovi);*
- 3) *izgradnje, rekonstrukcije, upravljanja ili održavanja javne infrastrukture.”*

Može se reći da je ovako definisan pojam javno-privatnog partnerstva u potpunosti usklađen sa prethodno predstavljanim definicijama. S obzirom

da je definicija široko postavljena i odnosi se na sve javne usluge, ne uvodi ograničenja vezana za projekte na koje se ovaj odnos može odnositi i ostavlja dovoljno prostora da se vrste projekata kao i subjekti koji ih mogu sprovesti mogu detaljnije definisati u posebnim odredbama zakona.

## Predmet JPP

U članu 6 predloženog Nacrta kojim se definiše predmet zakona, omogućen je veoma širok dijapazon oblasti u kojima se mogu sprovesti projekti prema pravilima javno-privatnog partnerstva uključujući:

- 1) *“izgradnju, održavanje i korišćenje ili rekonstrukcija i modernizacija ili samo korišćenje: puteva, putnih i pratećih objekata; željezničkih pruga; objekata vazdušnog saobraćaja i aerodroma; telekomunikacionih objekata, odnosno elektronskih komunikacionih mreža i/ili elektronske komunikacione strukture i povezane opreme i pružanje elektronskih komunikacionih usluga; objekata zdravstvenih, obrazovnih ustanova i ustanova kulture; komunalne infrastrukture, radi obavljanja komunalnih djelatnosti; radio-frekvencija; širokopoljanskih servisa; sportskih i rekreativnih objekata i objekata kulture; žičare;*
- 2) *socijalno stanovanje;*
- 3) *turizam i ugostiteljstvo;*
- 4) *javno osvjjetljenje;*
- 5) *slobodne ekonomske zone i industrijski parkovi;*
- 6) *energetska efikasnost;*
- 7) *izgradnja, održavanje i korišćenje ili rekonstrukcija i modernizacija ili samo korišćenje infrastrukture koja se odnosi na proizvodnju, prenos ili distribuciju energije ili energenata;*
- 8) *izgradnja i rekonstrukcija mreža javne infrastrukture, koje se odnose na proizvodnju, prenos ili distribuciju vode za piće ili upravljanje tim mrežama;*
- 9) *lovstvo;*
- 10) *drugi javni objekti i usluge u skladu sa zakonom”.*

Određivanje vrste projekata koji će moći da se ostvare na osnovu javno-pri-

vatnog partnerstva zavisi primarno od zainteresovanosti za ovom vrstom projekata države u kojoj se zakon donosi i ne postoje jasne smjernice po ovom pitanju. Sa jedne strane je dobro da se zakonodavac odlučio da ovako široko postavi predmet zakona i na taj način ne isključi ni jednu relevantnu oblast. Međutim, određena ograničenja su uvedena u prethodnom članu propisa (član 5) kojim je uređeno da se *“javno - privatno partnerstvo može uspostaviti u oblastima pružanja usluga od javnog interesa, izvođenja javnih radova, upravljanja, rekonstrukcije, izgradnje i održavanja javne infrastrukture”*. Ovdje je nejasno koja se definicija javnog interesa koristi te je nemoguće odrediti koje su to oblasti koji su obuhvaćene ovom odrednicom. Imajući u vidu da se već sljedećim članom detaljno navode sve oblasti na koje se odnosi Zakon, član 5 se čini suvišnim.

**Napomena:** U doradenom predlogu teksta zakona član 5 je izbrisan u skladu sa gore navedenom sugestijom.



## Specifičnosti odnosa koji se normiraju

Javno-privatno partnerstvo je u suštini poslovni odnos između javnog i privatnog sektora u kojima uključene strane dijele rizike, odgovornost i benefite. Specifičnost ovog odnosa je što uključuje dvije strane koje imaju donekle različite interese - javni sektor koji je primarno fokusiran na opštu tj. društvenu dobrobit i biznis koji se rukovodi ostvarivanjem profita. Upravo zbog tih oprečnih interesa nije jednostavno uspostaviti pravila koja su podjednako prihvatljiva i primjenjljiva za obje strane.

Direktno uključivanje državnih ili lokalnih vlasti u sprovođenje projekata predstavlja najočigledniju distinkciju JPP od ostalih poslovnih odnosa. Osnovni razlog javnog sektora da se direktno uključi u sprovođenje projekata je zadovoljavanje određene društvene potrebe ili obzbeđivanje/ pružanje javnih usluga koje predstavljaju opšti prioritet, a koje zbog manjka finansijskih sredstava ili iz drugih razloga ne može samostalno sprovesti. Sa druge strane, imamo privatni sektor, kome javne usluge nijesu prioritet i čija je osnovna vodilja isplativost projekta. Projekti u kojim je partner javni sektor, bilo da se radi o državnoj ili lokalnoj vlasti, donose veći stepen sigurnosti da će sve preuzete finansijske obaveze biti izvršene i kao takvi su dodatno atraktivni privrednom sektoru.

Javni sektor je u većini slučajeva regulator koji obezbjeđuje sprovođenje pravila od strane privrede što veoma često dovodi do veoma birokratskog pristupa i manjka fleksibilnosti prema ulagačima. U istoj mjeri, privredni sektor je okrenut svojim interesima često bez sluha za projekte od javnog interesa osim ukoliko isti nijesu profitablani ili iskoristivi u marketinške svrhe. Uskladiti prioritete obje strane predstavlja izazovan zadatak kako zbog regulative koja treba da bude obostrano prihvatljiva i atraktivna, tako i zbog potrebe za većim stepenom fleksibilnosti u saradnji.

Imajući u vidu prethodno navedeno, pravila koja uređuju sprovođenje JPP projekata moraju biti zasnovana na principima kojima se omogućuje:

- 1. Dobro upravljanje javnim projektima od strane javnog partnera, zbog direktnog uključivanja u implementaciju organa vlasti kao zaštita od potencijalnih zloupotreba javnih ovlašćenja i**
- 2. Atraktivnost i fleksibilnost predloženih pravila, zbog isplativosti projekata za ulaganje, a samim tim i privlačenja privatnih partnera**

## I Dobro upravljanje JPP projektima od strane javnog partnera

Kao što je prethodno navedeno, pravila kojim se uređuje direktno učešće državnih i lokalnih organa vlasti u sprovođenju infrastrukturnih i drugih projekata moraju sadržati dodatnu zaštitu transparentnosti kako bi se izbjegle potencijalne zloupotrebe javnih sredstava i ovlaštenja. OECD je definisao osnovne principe prema kojima bi se vlade trebale voditi pri uređivanju oblasti javno-privatnog partnerstva<sup>2</sup> koji će poslužiti za analizu u kojoj mjeri se ponuđenja rješenja u predlogu Zakona o javno-privatnom partnerstvu adekvatna u dijelu koji se odnosi na javni sektor. Ovi principi se odnose na:

1. Inistitucionalni okvir;
2. Dobijanje najviše vrijednosti za uloženi novac i
3. Transparentnost korišćenja budžetskih sredstava.

### Institucionalni okvir

#### OECD Princip br.1

##### **Uspostaviti jasan, predvidiv i legitiman institucionalni okvir koji podržava kompetentne i dobro opremljene institucije**

- Država treba da u potpunosti upozna javnost sa benefitima ali i rizicima investiranja u JPP projekte i da obezbijedi odgovarajući konsultativni proces pri donošenju propisa koji uređuju ovu oblast
- Ključne insitucije u procesu JPP moraju imati jasno i precizno definisane nadležnosti i dovoljne resurse kako bi ih sproveli
- Svi propisi kojima se direktno uređuje ili utiče na proces JPP trebaju biti nedvosmisleni, transparentni i primjenjivi u praksi

U svrhu realizacije javno-privatnog partnerstva, predlaže se osnivanje (član 13 predloga Zakona) posebnog organa - Agencija za investicije. Agenciji su dodijeljene nadležnosti koje se mogu podijeliti u 3 glavne oblasti:

1. Promocija investicionog potencijala Crne Gore,
2. praćenje realizacije investicija proisteklih iz javno-privatnog partnerstva i
3. praćenje realizacije zaključenih o ugovora o koncesijama.

<sup>2</sup> <http://www.oecd.org/gov/oecd-recommendation-public-privatepartnerships.htm>

Poslovi Agencije koje su tiču javno-privatnog partnerstvosu sljedeći:

- 1) prati realizaciju investicija, surađuje sa javnim naručiocima i drugim nadležnim organima na poslovima promocije i podrške na realizaciji investicija i javno-privatnog partnerstva;
- 2) daje sugestije, mišljenja i predloge javnom partneru i javnim naručiocima u vezi sa javno-privatnim partnerstvom i drugim oblicima investiranja;
- 3) prati status i dinamiku realizacije projekata javno-privatnog partnerstva i drugih razvojnih projekata;
- 4) vodi registar projekata javno-privatnog partnerstva (u daljem tekstu: Registar projekata) i
- 5) vodi registar zaključenih ugovora o javno-privatnom partnerstvu (u daljem tekstu: Registar ugovora).

Agenciji su dodijeljene značajne nadležnosti pri sprovođenju projekata, a pogotovo u odnosu na javne naručioce imajući u vidu da je potrebno njeno odobrenje za svaki projekat javno-privatnog partnerstva, da priprema godišnji plan odobrenih projekata, utvrđuje usaglašenost predloga ugovora o javno-privatnom partnerstvu sa relevantnim propisima, mora biti konsultovana pri izmjenama ili prenosu ugovora itd. Na ovaj način, Agenciji je dodijeljena veoma zahtjevna uloga organa koji je nadležan daisprati usklađenost svih procedura od strane javnog sektora. Još važnije, da procijeni da li su predloženi projekti opravdani i u skladu sa državnim i lokalnim razvojnim prioritetima. Može se reći da je Agenciji dodijeljena uloga krovnog organa u oblasti javno-privatnog partnerstva sa izraženom nadzornim ulogom nad svih javnim naručiocima.

S obzirom da je osnovni zadatak ovog principa da se uspostavi pravni okvir kojim se podržava rad kompetentnih i dobro opremljenih institucija u oblasti JPP, neophodno je jasno definisati na koje se sve državne insitucije predlog Zakona odnosi. Na osnovu predloga Zakona, javni naručilac je državni organ, organ državne uprave, privredno društvo u većinskoj državnoj svojini, odnosno pravno lice koje obavlja djelatnost od javnog interesa i nadležni organ lokalne samouprave. Ovo predstavlja veoma širok dijapazon raznorodnih organa koji imaju različite organizacione strukture, pravila i različit nivo kapaciteta da sprovedu ugovorene projekte. Upravo iz tog razloga, uloga Agencije kao određene vrste nadzornog organa dobija naznačaju. Upravo kapaciteti Agencije će u najvećoj mjeri odrediti nivo efikasnosti insitucionalnog okvira u ovoj oblasti.

Kako Agencija još uvijek nije osnovana, nije moguće detaljnije analizirati njene kapacitete te je jedino moguće ocijeniti zaokruženost normi koje su pravna osnova za njeno osnivanje. Predlogom Zakona su detaljno uređena sva pitanja vezano za upravljačku strukturu Agencija koja se sastoji od Upravnog odbora i Direktora Agencije.

Upravni odbor ima tri člana koje imenuje Vlada na predlog:

- 1) Ministra nadležnog za finansije – jednog člana;
- 2) Ministra nadležnog za ekonomiju – jednog člana i
- 3) Ministra nadležnog za održivi razvoj i turizam – jednog člana.

Nije jasno po kojem su kriterijumu izabrana samo ova tri sektora da budu zastupljena u upravnom odboru, a nema mjesta za predstavnike ostalih relevantnih sektora kao npr. saobraćaj ili predstavnike lokalnih samouprava. Nadalje, svi članovi su direktno nominovani od strane Vlade, kao i Direktor, što dovodi do visokog stepena centralizacije u odlučivanju. Iz tog razloga bi trebalo razmotriti mogućnost da se upravni odbor nominuje od strane Skupštine kao što već postoje primjeri u domaćoj praksi (Regulatorna Agencija za energetiku npr). Alternativno, ukoliko se želi izbjeći vremenski potencijalno zahtjevna procedura nominacije svih članova kroz skupštinsko izjašnjavaње, predstavnik Skupštine bi mogao biti uključen kako član Upravnog odbora. Na ovaj način bi se umanjila zavisnost Upravnog odbora od Vlade i omogućio veći nivo nezavisnosti u odlučivanju ovog organa.

### **Napomena:**

Sastav Upravnog odbora je promijenjen u novom Predlogu te odbor ima pet umjesto tri člana. Članove Upravnog odbora imenuje i razrješava Vlada, na predlog:

- 1) Predsjednika Vlade – jednog člana;
- 2) Predsjednika Crne Gore – jednog člana;
- 3) Ministra finansija – jednog člana;
- 4) Ministra ekonomije – jednog člana;
- 5) Ministra održivog razvoja i turizma – jednog člana.

Novim rješenjem se nije značajno popravio sastav upravnog odbora niti u dijelu koji se odnosi na proširivanje zastupljenih sektora niti u smislu zavisnosti odbora od Vlade.

Jedna od preporuka OECD je da država mora da obezbijedi odgovarajući konsultativni proces pri donošenju propisa koji uređuju ovu oblast. Izuzev redovnog procesa javnih rasprava pri donošenju zakonskih propisa, nije jasno kako će se taj princip ispuniti na osnovu predloženog nacrtu. Ovo se pogotovo odnosi na interne akte, predloge podzakonskih propisa i nacрте ugovora koji će Agencija donositi u svom redovnom radu. Upravljačka struktura Agencije, kao centralne insitucije u sprovođenju JPP propisa, sastoji se dominantno od predstavnika koje postavlja Vlada, a predstavnici privatnog sektora i lokalnih samouprava su u potpunosti isključeni iz svih aktivnosti Agencije. Na ovaj način stvara se rizik da Agencija ima jednos-tran fokus pri donošenju pravila i definisanju ugovora. Kako bi se ovo prevazišlo, potrebno je razmotriti formiranje savjetodavnog/nadzornog odbora Agencije koji bi se sastojao od predstavnika privrede, renomiranih stručnjaka iz relevantnih oblasti kao i predstavnika onih sektora koji nijesu zastupljeni u Upravnom odboru.

Kada je u pitanju organizaciona struktura, određeno je da Direktor predlaže akt o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji Agencije, a Upravni odbor donosi isti. Na nivou kreiranja, kompletna organizaciona struktura je u diskrecionoj nadležnosti Direktora. Ovakvo rješenje nije dobro iz više razloga. Prvenstveno jer je isključena je svaka mogućnost inkluzivnosti i revizije predloženog rješenja jer predlog kreira samostalno jedna osoba. Sa praktične strane, postavlja se pitanje kako će Direktor operativno pri-premiti ovaj nacrt s obzirom da do usvajanja akta o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji neće imati na raspolaganju ni jednog saradnika s obzirom da je njihovo postavljenje moguće tek nakon donošenja pomenutog akta. Kako bi se navedene prepreke prevazišle, potrebno je razmotriti mogućnost da prvi predlog akta o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji Agencije pripremi Ministarstvo finansija kao organ nadležan za pripremu ovog predloga Zakona, a da se za svaku njegovu reviziju uključi ranije pomenuti savjetodavni/nadzorni odbor.

Na osnovu članova 37 i 38, u cilju pripreme projekta za odobravanje, javni naručilac dužan je da: utvrdi potencijalne projekte javno-privatnog partnerstva i na osnovu toga pripremi predlog koji obuhvata: analizu opravdanosti javno-privatnog partnerstva i nacrt ugovora o javno-privatnom partnerstvu. U cilju pružanja stručne podrške u navedenim radnjama, javnom naručiocu je omogućeno da angažuje stručne savjetnike.

Pripremljeni predlozi projekta se dostavljaju na ocjenu Agenciji koja ima 20 dana da donese mišljenje od dana dotavljanja istog. Ovdje se postavlja pitanje raspoloživosti ljudskih kapaciteta koje Agencija mora da ima kako bi pregledala pristigle predloge projekata u relativno kratkom vremenskom roku. Takođe, Agencija je dužna da samostalno da mišljenje na sve predloge projekata iz raznorodnih oblasti. Kako je već navedeno, javni naručilac ima mogućnost angažovanja spoljnih stručnih saradnika u pripremi projekata, dok Agencija nema tu mogućnost, a po zadatim rokovima ni vremena. Ovdje se postavlja pitanje da li će Agencija moći da među zaposlenima ima sve one neophodne kadrove koji imaju specifična znanja da mogu adekvatno pregledati raznorodne projekte pogovo to što se članom 43 određuje da će Agencija cijiniti usklađenosti pristiglih predloga sa državnim, sektorskim i lokalnim strateškim ciljevima. Kada je u pitanju član 43, potrebno je razmotriti mogućnost produžavanja datog roka i omogućavanja Agenciji angažovanje eksterne ekspertske pomoći pri ocjeni predloga projekata.

Kao generalni komentar može se reći da Agencija ima izrazito velike nadležnosti dodijeljene Zakonom koje se prostiru kroz veoma raznorodne prethodno pomenute oblasti primjene. Efikasnost rada Agencije, u dijelu koji se odnosi na JPP, će u najvećoj mjeri zavisi od broja i osposobljenosti zaposlenog kadra koji će morati da pregleda i nadgleda raznolike projekte. S tim u vezi, jedan o OECD principa ističe da: *Ključne insititucije u procesu JPP moraju imati jasno i precizno definisane nadležnosti i dovoljne resurse kako bi ih sproveli.* Uspostavljanje adekvatnih ljudskih kapaciteta Agencije neophodnih za ocjenu i nadzor veoma raznolikog dijapazona projekata, predstavljaju jedan od najvećih ako ne i najveći izazov za budući rad ovog organa.

## Dobijanje najviše vrijednosti za uloženi novac

### OECD Princip br. 2

#### **Uskladiti proces izbora projekata javno-privatnih partnerstava u odnosu na vrijednost koja se dobija za uloženi novac**

- JPP projekti predstavljaju prioritne odluke te se o njima odlučuje na najvišem nivou vlasti, uzimajući u obzir kompletne razvojne prioritete Vlade. Donošenje odluka o iniciranju JPP projekata treba odvojiti od razmatranja pravila/propisa kojima se uređuje proces nabavki i finansiranja projekata kako ta pravila (zbog svoje potencijalne zahtjevnosti) ne bi predstavljala smetnju pri donošenju odluka.
- Pažljivo istražiti koji način investiranja će donijeti najviše vrijednosti za novac kroz primjenu pre-testa opcije nabavke
- Rizike treba jasno identifikovati i izmjeriti kako bi se mogli prenijeti na onu stranu koja će njima najbolje upravljati
- Posebnu pažnju treba uložiti prilikom prelaska na operativnu fazu javno-privatnog partnerstva kako bi propisi omogućavali organima nadležnim za javne nabavke što efikasnije sprovođenje te faze
- Isplativost projekata je prioritet bez obzira na nastale okolnosti i samo u slučaju ako se prvobitni uslovi ili propisi promijene, vlada može uzeti u obzir da nadoknadi izgublenu dobit privatnom partneru
- Vlada treba da obezbijedi slobodnu konkurenciju na tržištu, a pogotovo na malim tržištima treba obratiti pažnju da se obezbijede jednaki uslovi u postupku tendera, tako da ne postoje prepreke da se i novi učesnici mogu uključiti

Na osnovu predloga Zakona (čl 37-45), predlozi projekata se pripremaju prema sljedećoj proceduri:

1. Javni naručilac priprema predlog projekta koji dostavlja Agenciji ;
2. Agencija daje mišljenje na pripremljeni predlog i isto dostavlja Ministarstvu finansija;

### 3. Ministarstvo finansija ocijenjuje fiskalne efekte predloga projekta.

Projekti koji su dobili pozitivna mišljenja u prethodno navedenoj proceduri mogu se uključiti u godišnji plan odobrenih JPP projekata. Agencija je dužna da nacrt godišnjeg plana stavi na javnu raspravu u trajanju od najmanje 30 dana. Nakon sprovedene javne rasprave, godišnji plan odobrenih JPP projekata javno-privatnog partnerstva dostavlja se Vladi, odnosno lokalnoj samoupravi, za projekte iz njihove nadležnosti, na razmatranje i usvajanje najdalje do 30. novembra tekuće godine.

Normativno gledano, gore opisana procedura uključuje sve elemente da bi bila usklađena sa preporukama OECD s obzirom da omogućuje da najviši stepen vlasti, u ovom slučaju Vlada, donosi konačnu odluku. Takođe, uloge Agencije i Ministarstva su jasno definisane i u skladu sa njihovom nadležnostima, Agencija se koncentriše na tehničku stranu dok Ministarstvo pregleda fiskalni uticaj projekata na javne finansije. Konačno, konsultativni proces je omogućen kroz obavezu sprovođenja javne rasprave. Međutim, gledano sa strane sprovođenja, ovako opisana procedura može biti izrazito izazovna za realizaciju iz dva razloga:

1. Zahtjevnost ocjene raznorodnih predloga pristiglih projekata od strane Agencije je već elaborirana u prethodnom dijelu ovog dokumenta
2. Javna rasprava je predviđena kumulativno da traje 30 dana za sve odobrene projekte.

Ovo predstavlja izrazito logistički zahtjevan zadatak za sprovođenje, pogotovo ako se lista projekata odnosi najveći broj opština. Još važnije, ovakvo rješenje daje dovoljno vremena da se komentari sa javne rasprave razmotre i projekti izmijene ili dopune u skladu sa komentarima dobijenim u procesu javnih konsultacija. Predlog Zakona uopšte ne uređuje ko je nadležan za razmatranje i prihvatanje prikupljenih komentara sa javne rasprave i usklađivanje predloga projekata sa njima, što se može smatrati velikim nedostatkom ovog propisa. Na ovaj način, stiče se utisak da je javna rasprava uključena samo kao formalna obaveza ali da ne može dovesti do ozbiljnijeg uticaja javnosti na predložene projekte. Imajući u vidu navedeno, neophodno je detaljnije definisati proceduru javne rasprave pogotovo u dijelu razmatranja i uključivanja pristiglih komentara.



Na osnovu predloga Zakona, ugovor o javno-privatnom partnerstvu može se dodijeliti:

- 1) u otvorenom postupku;
- 2) u ograničenom postupku;
- 3) u pregovaračkom postupku sa prethodno objavljenim javnim pozivom;
- 4) u pregovaračkom postupku bez objavljivanja javnog poziva;
- 5) konkurentskim dijalogom.

Svi navedeni postupci su samo uopšteno definisani posebnim članovima bez detaljnije razrade, a bliži način njihovog sprovođenje je ostavljeno da se uredi posebnim propisom Vlade. Dok se isti akt ne donose nije moguće ocijeniti kako će se i na osnovu čega javni naručilac pri pokretanju postupka za dodjelu JPP ugovora odlučiti za jednu od ponuđenih opcija. Preporučuje se da se pomenuti postupci detaljnije definišu u samom Zakonu a ne da se ostavlja da se urede podzakonskim aktom. Kao dobar uporedni primjer može se navesti Zakon o koncesijama koji u članu 20 uređuje da se koncesija može dodijeliti na osnovu:

1. Javnog nadmetanja u otvorenom postupku
2. Javnog nadmetanja u dvostepenom postupku i
3. Javnog nadmetanja u skraćenom postupku

Sva pitanja za sprovođenje navedenih postupaka su detaljno razrađena u narednim članovima Zakona o koncesijama. Nepostojanje jasno razrađene procedure za primjenu ponuđenih postupaka za dodjelu ugovora o javno-privatnom partnerstvu se može smatrati kao najozbiljniji nedostatak ponuđenog predloga Zakona te je ovu oblast neophodno detaljnije urediti prije usvajanja konačne verzije.

Donekle primjenljivi primjer za ovu oblast su postupci javnih nabavki, koji prema novom predlogu Zakona o javnim nabavkama mogu biti:

- 1) otvoreni postupak;
- 2) ograničeni postupak;
- 3) konkurentski postupak sa pregovorima;
- 4) pregovarački postupak bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje;
- 5) partnerstvo za inovacije;

6) konkurentski dijalog i

7) pregovarački postupak sa prethodnih objavljivanja poziva za javno nadmetanje.

I u ovom primjeru, sva pitanja za sprovođenje predviđenih postupaka su detaljno uređena u zakonu i nijesu ostavljane da se detaljnije urede podzakonskim aktom.

**Napomena:** U inoviranom predlogu Zakona, nakon sprovedene javne rasprave, dio koji se tiče postupka dodjele ugovora je izmjenjen na način da se pregovarački postupak sa prethodno objavljenim javnim pozivom zamjenjuje sa konkurentskim postupkom sa pregovorima. Takođe, detaljnije su razrađeni postupci i izbrisan je član po kojem se bliži način sprovođenja postupaka propisuje posebnim aktom Vlade. Sve navedene izmjene su u potpunosti u skladu sa navedenim sugestijama u ovom dijelu.

Kriterijumi koje javni ponuđač može koristiti za izbor najpovoljnije ponude nisu do kraja pojašnjeni predlogom Zakona. Član 75 glasi: *“Ponude se rangiraju na osnovu objektivnih kriterijuma koji se utvrđuju u skladu sa predmetom ugovora o javno-privatnom partnerstvu. Kriterijumi iz stava 1 ovog člana mogu da sadrže ekološke, socijalne odnosno kriterijume u vezi sa inovativnošću. Javni naručilac javnim pozivom i tenderskom dokumentacijom određuje redosljed kriterijuma po značaju”*. Dok član 76 uređuje da: *“U postupku dodjele ugovora o javno-privatnom partnerstvu kriterijum za izbor najbolje ponude je ekonomski najpovoljnija ponuda”*. Ovako definisani članovi nijesu lako razumljivi pogotovo licima koja nijesu iz pravne struke jer ostavljaju utisak da uređuju istu materiju (kriterijume za izbor najbolje ponude) na različite načine, pa se preporučuje da se ili redefinišu ili da se dodatno pojašne u Obrazloženju Zakona. Članom 77 uređuje se izbor ekonomski najpovoljnije ponude što je i suština ovog dijela dokumenta. Na osnovu ovog člana *“Ekonomski najpovoljnija ponuda u skladu sa predmetom javno-privatnog partnerstva određuje se naročito na osnovu sljedećih podkriterijuma:*

- 1) *kvaliteta, koji uključuje tehničko dostignuće, estetske, inovacione, funkcionalne i ekološke karakteristike;*
- 2) *operativnih troškova i troškova upravljanja;*
- 3) *ekonomičnosti;*

- 4) *vrste, vrijednosti, odnosno značaja investicije;*
- 5) *održavanja i tehničke pomoći nakon isporuke;*
- 6) *rokova za izvršenje obaveza iz ugovora;*
- 7) *cijene usluge za krajnje korisnike;*
- 8) *visine koncesione odnosno druge naknade;*
- 9) *ostvarivanja javnog interesa;*
- 10) *reference ponuđača (tehnički i/ili finansijski uslovi, dosadašnje iskustvo u izvršenju ugovora o javno-privatnom partnerstvu koji su predmet ugovora javno-privatnog partnerstva i slično);*
- 11) *efekata na zapošljavanje, infrastrukturu i ekonomski razvoj“.*

Nejasno je kako će se ovi kriterijumi primjenti za ocjenu ponude imajući u vidu da su tačke 1) i 3) veoma uopštene i nije jasno šta konkretno treba da cijeni Komisija na osnovu njih. Tačka 4) se odnosi na vrste, vrijednosti, odnosno značaj investicije, a tačka 9) na ostvarivanja javnog interesa. Ispunjenje ovih kriterijuma bi trebalo da su obavezni preduslovi o kojima isključivo odlučuje javni naručilac i po kojima treba da se vodi u pripremi predloga projekta koji inicijalno dostavlja Agenciji na mišljenje, a ne prema kojima ocjenjuje privatnog partnera.

Imajući u vidu da su članovi kojima se uređuje postupak za dodjelu ugovora o javno-privatnom partnerstvu adekvatno dorađeni, ali da su kriterijumi za izbor ponuđača nejasno uređeni, može se zaključiti da postojeći predlog Zakona ne obezbjeđuje potrebnu sigurnost kako bi se ispunio kriterijum dobijanja najviše vrijednosti za uloženi novac te da je dio VI koji se odnosi na postupke dodjele ugovora potrebno doraditi.

## Transparentnost korišćenja budžetskih sredstava

### OECD princip br. 3

#### **Transparentnost korišćenja budžetskih sredstava u cilju smanjenja fiskalnih rizika i jačanja integriteta procesa nabavke**

- U skladu sa fiskalnom politikom Vlade, nadležni organ treba da obezbijedi da je JPP projekat isplativ i da ima održiv investicioni i regulatorni okvir potreban za nesmetanu implementaciju
- Sprovođenje projekta treba da je transparentno reflektovano u državnom budžetu, svi troškovi i potencijalne obaveze moraju biti u potpunosti objelodanjeni
- Vlada mora obezbijediti zaštitu od korupcije obezbjeđujući integritet procesa nabavki neophodnih za sprovođenje JPP projekata. Jedan od načina na koji se ovo može postići je jačanje kapaciteta organa za javnu nabavku kao i kroz jasno i nedvosmisleno uređenje procedura.

Ugovorom o javno-privatnom partnerstvu se između ostalog uređuju: prava i obaveze ugovornih strana kao i način i rokovi finansiranja odnosno refinansiranja i dinamika ulaganja. Nadalje, na osnovu člana 86 ugovor o javno-privatnom partnerstvu može da se finansira od strane privatnog partnera (direktnim ulaganjima u kapital ili putem zaduženja) ili javnog partnera. Međutim, u daljem dijelu propisa, načinu finansiranja od strane javnog partnera i kontroli dodijeljenih sredstava se ne daje dovoljno pažnje.

Predlog Zakona se primarno fokusira na modalitete finansiranja od strane privatnog partnera dok je finansijsko učešće javnog partnera ostalo nedorečeno. Prema članu 108, javni naručilac je dužan dostaviti Agenciji izvještaj o realizaciji JPP ugovora koji sadrži sljedeće podatke:

- 1) podatke o plaćanju naknade;
- 2) kontrolu rada privatnog partnera;
- 3) poslovanje privatnog partnera, odnosno društva za posebne namjene, ako je osnovano;
- 4) izvršavanje ugovora sa podugovaračima odnosno podizvođačima

koje je zaključio privatni partner, na osnovu ugovora o javno-privatnom partnerstvu, kao i

- 5) druge bitne podatke o izvršenju ugovora o javno-privatnom partnerstvu.

Pomenuti izvještaj služi kao osnova za kvartalne izvještaje koje Agencija podnosi Vladi, a Vlada prosljeđuje Skupštini.

Kao što se može vidjeti iz gore navedenih elemenata, izvještaj se u potpunosti fokusira na obaveze privatnog partnera, a izvještavanje o korištenju sredstava javnog partnera nije ni predviđeno. Na ovaj način se stiče utisak da je kvartalni izvještaj predviđen samo kao sredstvo nadzora nad radom privatnog partnera. Sa druge strane, za konotrolu korištenja javnih sredstava koja su uložena u projekat Zakon čak i ne predviđa neki mehanizam.

Korištenje javnih sredstava u svim pa i JPP projektima reflektuje se u državnom budžetu po procedurama propisanim opštim propisima kojim se uređuje budžet, primarno Zakonom o budžetskoj i fiskalnoj odgovornosti (*"Sl. list CG", br. 20/2014, 56/2014, 70/2017, 4/2018 i 55/2018*) i Zakonom o budžetu za tekuću godinu. Na taj način, određeni stepen transparentnosti je već obezbijeđen iako na osnovu drugih propisa, a ne predloženog Zakona. Isto važi i za lokalne organe samouprave, odnosno korišćenje javnih sredstava sa JPP projekte se reflektuje u njihovim budžetima na osnovu pravila uređenih Zakonom o lokalnoj samoupravi (*"Sl. list CG", br. 2/2018*) i Zakonom o finansiranju lokalne samouprave (*"Službeni list Republike Crne Gore", br. 42/03, 44/03, "Službeni list Crne Gore", br. 05/08, 74/10, 01/15, 78/15, 03/16, 30/17 i 92/17*). Ono što nedostaje je direktna kontrola javnog partnera i njegovo korištenje sredstava od strane Agencije, Vlade i Skupštine odnosno lokalnih vlasti na isti ili sličan način na koji se vrši kontrola privatnog partnera.

Kada je u pitanju preporuka OECD vezana za "obezbjeđivanje zaštite od korupcije obezbjeđujući integritet procesa nabavki neophodnih za sprovođenje JPP projekata" može se reći da je predlog Zakona uključio neophodne norme u tom smjeru. Naime, članom 64 se definiše da je "Javni naručilac dužan da u postupku dodjele ugovora o javno-privatnom partnerstvu preduzima mjere za sprečavanje prevare, korupcije, favorizovanja ponuđača i efikasno sprečavanje, utvrđivanje i otklanjanje sukoba interesa, radi sprečavanja narušavanja konkurencije na tržištu i

obezbjeđenja transparentnosti postupka dodjele i jednakog postupanja prema svim ponuđačima". Na ovaj način su mjere za zaštitu dodjele ugovora od koruptivnih radnjih veoma direktno i nedvosmisleno uključene u predloženi tekst Zakona.

## II Atraktivnost predloženih pravila privatnim partnerima

Kao što je već rečeno, privatni sektor se dominantno vodi mogućnošću ostvarivanja profita kada donosi odluke o ulasku u JPP projekte. Kriterijumi po kojima se ove odluke donose zavise od vrste posla kojim se privredni subject bavi i njegovih konkretnih očekivanja. Primjera radi, američki investicioni fondovi traže projekte koji obezbjeđuju stopu povrata veću od 10 posto jer žele da njihov novac bude vezan u projektima na period manji od 10 godina kako bi zainteresovali ulagače za relativno brz povrat uloga. Oni takođe traže projekte koji garantuju redovan tok prihoda - što je jedan od razloga zbog kojih su investicije u putnu infrastrukturu i sa njima povezana naplata putarina jedan od najpoželjnijih JPP investicija za ovu vrstu fondova. Iako je za očekivati da investitori u Crnoj Gori budu donekle manje zahtjevni, pricip ostaje isti, visoka stopa povrata uz redovan i siguran tok prihoda privlači investitore. Da bi se ovo obezbjedilo, neophodan preduslov je usvajanje adekvatnog pravnog okvira koji daje sigurnost investitorima da mogu sprovesti planiranu investiciju.

Komisija Ujedinjenih Nacija za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL) donijela je u junu 2001. godine Zakonodavni vodič o privatnom finansiranju infrastrukturnih projekata<sup>3</sup> (odnosno o učešću privatnog sektora u vršenju javnih usluga). Svrha Vodiča je da pomogne u uspostavljanju pravnog okvira povoljnog za privatna ulaganja u javnu infrastrukturu. Savjeti koji su navedeni u Vodiču imaju za cilj postizanje ravnoteže između želje da olakša i podstakne privatno učešće u infrastrukturnim projektima, s jedne strane, ali i da vodi interesa o benefitima za državu domaćina, s druge strane. Iskoristićemo osnove preporuke iz pomenutog Vodiča da napravimo analizu postojećeg predloga Zakona u smislu prilagođenosti potrebama privatnog sektora.

Oblast	UNCITRAL preporuka	Stepen usklađenost u predlogu JPP Zakona
JPP zakonodavstvo	Postojanje specifičnog zakona o JPP ili sveobuhvatan skup zakona koji regulišu koncesije i druge oblike JPP-a	U potpunosti usklađeno  Predlog JPP Zakona na javnoj raspravi (poseban Zakon o koncesijama je već na snazi)
Definicije i oblast uređivanja	Postojanje jasne definicije granica i obima primjene pravnog okvira koncesije (npr. definicija "JPP", relevantni sektor, nadležni organi, kvalifikovana privatna strana) koje ograničavaju rizik od osporavanja validnosti JPP ugovora	Djelimično usklađeno  Predlog JPP Zakona ima neobičajeno mali broj definicija
Izbor privatne strane	Obavezna primjena fer i transparentnog tenderskog postupka Ograničeni izuzeci koji omogućavaju direktne pregovore, konkurentna pravila za neželjene predloge i mogućnost osporavanja nelegalnih nagrada	Djelimično usklađeno  Dio VI predloga Zakona koji se odnosi na postupke dodjele ugovora je naknadno dorađen u dijelu u kojem se uređuju postupak za dodjelu ugovora o javno-privatnom partnerstvu ali je nepotpun u dijelu vezanom za kriterijume za izbor ponuđača
Projektni ugovor	Fleksibilnost u pogledu sadržaja odredbi Projektnog Ugovora koji bi trebao omogućiti odgovarajuću alokaciju rizika bez nepotrebnih ili nerealnih zahtjeva ili smetnji od ugovornog autoriteta (javnog partnera).	Djelimično usklađeno  Svi elementi ugovora su definirani u zakonu ali je ostavljena mogućnost izmjena kroz uključivanje i drugih odredbi "ukoliko su neophodne i korisne uzimajući u obzir prirodu projekta javno privatnog partnerstva".

Oblast	UNCITRAL preporuka	Stepen usklađenost u predlogu JPP Zakona
Pitanja bezbjednosti i podrške	Dostupnost pouzdanih sigurnosnih instrumenata za ugovorno osiguranje imovine i gotovinskog toka privatne stranke u korist zajmodavaca, uključujući i "step in" prava i mogućnost finansijske podrške, ili garancija od strane Vlade.	Nije usklađeno
Rješavanje sporova	Mogućnost pribavljanja odgovarajućeg pravnog lijeka kroz međunarodnu arbitražu i obezbijedenost izvršenja arbitražnih odluka	U potpunosti usklađeno  "Sporove koji nastanu po osnovu ugovora o javno-privatnom partnerstvu rješava nadležni sud u Crnoj Gori, ako ugovorom o javno-privatnom partnerstvu nije predviđeno drugačije.  Eventualni sporovi koji nastanu na osnovu ili u vezi sa ugovorom o javno-privatnom partnerstvu, mogu se riješiti pred domaćom ili stranom arbitražom, koja je predviđena ugovorom o javno-privatnom partnerstvu".

Kao što se da vidjeti iz tabele, predlog Zakona je potrebno doraditi kako bi bio u skladu sa UNCITRAL preporukama u dijelu XXX, a samim tim i atraktivniji za učešće privatnog sektora.

Najbolji pokazatelj prihvatljivosti predloženog predloga propisa za privatni sektor mogu jedino dati predstavnici tog sektora. Za potrebe ovog dokumenta obavljani su razgovori sa predstavnicima svih relevantnih biznis udruženja u Crnoj Gori. Tokom razgovora, autor dokumenta je prošao ne samo kroz već pripremljene komentare od udruženja nego je napravljen korak dalje i sa predstavnicima privrede su raspravljani svi elementi predloga Zakona koji mogu u praksi imati najveći uticaj na privatne partnere.

Takođe, analizirana su sva predložena rješenja kroz prizmu uobičajnih potreba i zahtjeva investitora u projektima velikog obima.



## Partnerski odnos uključenih strana

Kako i sam naziv akta kaže, zakon bi trebalo da uređuje različite oblike partnerstva između dvije strane u cilju izvršenja određenog projekta od opšteg značaja. Međutim, kroz predloženi koncept partnerstva nije adekvatno prenešen pa se može zaključiti da javni partner ima više nadzornu ulogu nad izvršenjem obaveze za koju je angažovao privatnog partnera. Iako se na nekoliko mjesta u zakonu, primarno vezano za osnivanje zajedničkog privrednog društva u članu 31 i kroz mogućnost finansiranje projekata i od strane javnog partnera u članu 86, stvaraju pretpostavke za ostvarivanje punog partnerstva, većina normi ili nijesu u tom duhu ili čak isključuju u potpunosti tu mogućnost. Javnom partneru se konstatno daje isključivo uloga naručioca posla koji će, primarno preko Agencije, nagledati da li je druga strana u potpunosti i pravovremeno ispoštovala ugovorne obaveze.

U kompletnom predlogu se ne definišu usluge koje će imati javna strana u partnerstvu niti način kontrole preuzetih obaveza od strane javnog partnera. Agencija je zadužena za praćenje statusa i dinamiku izvršavanja ugovora o javno-privatnom partnerstvu i prema članu 108, postoji jasno definisana struktura izvještaja koji se u tom smislu priprema. Međutim, od pet obaveznih elemenata izvještaja, četiri se odnose na praćenje rada privatnog partnera a ni jedan na praćenje ispunjenja obaveza javnog partnera. Nadalje, članom 94 uređeno je da privatni partner može izvršenje određenih poslova koji služe obavljanju djelatnosti koja je predmet javno-privatnog partnerstva povjeriti podizvođačima ali takva mogućnost se ne daje za javnog partnera što direktno implicira da se od njega i ne očekuje da bude direktno involviran u projekat. Konačno, članom 105 se određuje revitalizacija, odnosno rekultivacija površina i objekata degradiranih obavljanjem djelatnosti koja je predmet javno-privatnog partnerstva kao isključiva obaveza privatnog partnera što implicira da će jedino privatni partner i koristiti te površine i objekte.

Na ovaj način je predloženi nacrt u potpunosti dodijelio pasivnu ulogu javnoj strani, striktno kao naručiocu posla ne ostavljajući velike mogućnosti da se u njega i direktno uključi. Ovo je odnos koji najviše liči odnosu zakupodavca prema zakupcu pa samim time isključuje direktno partnerstvo u željenom projektu što može poslati veoma obeshrabrujuću ulogu zainteresovanim privrednicima.

## Oblasti otvorene za partnerstvo

Ovaj dio se primarno odnosi na oblasti u kojima je moguće investirati kroz JPP i način na koji su te oblasti uređene zakonom.

Član 5 Predloga uređuje oblasti u kojima se uspostavlja javno-privatno partnerstvo i glasi: “javno - privatno partnerstvo može se uspostaviti u oblastima pružanja usluga od javnog interesa, izvođenja javnih radova, upravljanja, rekonstrukcije, izgradnje i održavanja javne infrastrukture”. Međutim, u narednom članu su taksativno nabrojane sve oblasti na koje se odnosi zakon. Na ovaj način je napravljena nejasnoća vezana za konkretne oblasti na koje se primjenjuje zakon iz više razloga:

1. Član 5 nije imperativnog karaktera već utvrđuje da se javno-privatno partnerstvo može uspostaviti u navedenim oblastima. Nejasno je zašto se koristi odrednica “može” pri definisanju konkretnih oblasti primjene propisa i kako se odlučuje kada je neka oblast otvorena za sprovođenje JPP, a kada ne.
2. Oblasti pružanja usluga od javnog interesa nijesu pojašnjene u smislu da se u propisu ne definiše šta znači javni interes niti se predloženi nacrt poziva na drugi propis u kojem se nalazi ta definicija.
3. Konačno, nije jasno zašto postoje dva člana kojima se uređuje isto pitanje, član 5 u kojem je data uopštena definicija oblasti primjene i član 6 koji se odnosi na predmet javno-privatnog partnerstva u kojem su taksativno navedene sve oblasti na koje se zakon odnosi.

Neosporno da jasno definisanje predmeta zakona odnosno oblasti na koje se odnosi predstavlja neophodan preduslov za njegovu primjenu u praksi. Ovako predloženim tekstom zakona rješenjem, pogotovo članom 5, stvara se nedoumica vezano za dijapazon oblasti u kojima se investitori mogu ostvariti partnerstva sa državnim i lokalnim organima. Iz tog razoga član 5 je neophodno isključiti ili predefinisati.

**Napomena:** U dorađenom predlogu Zakona član 5 je izbrisan što je u potpunosti u skladu sa navedenim predlogom.

## Projektna kompanija

Na osnovu člana 33 *“Ponudač čija ponuda je izabrana u postupku dodjele ugovora o javno-privatnom partnerstvu je dužan da prije zaključivanja ugovora o javno-privatnom partnerstvu, osnuje privredno društvo ili drugo pravno lice ili dio stranog društva sa sjedištem u Crnoj Gori, koje će obavljati djelatnost javno-privatnog partnerstva ili da proširi djelatnost za realizaciju projekta javno-privatnog partnerstva”*.

Na ovaj način se otvara mogućnost osnivanja projektne kompanije ili tzv. SPV (eng. *special prupose vehicle*) koja bi služila isključivo za sprovođenje datog projekta što otvara brojne povoljnosti za potencijalne investitore, u prvom redu mogućnost projektnog finansiranja. Međutim, ovako definisana norma ima dva velika nedostatka:

1. Ponudač je dužan da proširi svoju djelatnost ili djelatnosti poslovanja ukoliko one za koje je registrovan nijesu adekvatne za realizaciju konkretnog projekta. Ovim se direktno otvara mogućnost da se na tender prijave privredna društva koja nijesu registrovane za neophodne djelatnosti pa samim tim nemaju ni neophodno iskustvo za realizaciju projekata iz konkretnih oblasti što ne bi trebalo dopustiti.
2. Osnivanje projektne kompanije tj. novog privrednog društva se uređuje kao isključiva obaveza ponuđača ovim članom, a u posljednjem stavu se navodi da je privatni partner solidarno odgovoran za obaveze tog novog privrednog društva. Međutim, članom 31 se dozvoljava mogućnost osnivanja tzv. institucionalnog javno-privatno partnerstva koje se zasnivana osnivanju zajedničkog privrednog društva privatnog i javnog partnera u cilju realizacije željenog projekta. Ova dva člana nijesu dovoljno usklađena po pitanju obaveza koje se preuzimaju pri osnivanju projektne kompanije pa ih je neophodno doraditi.

## Finansiranje

Kao što je već navedeno, otvaranje SVP tj. projektne kompanije sa sobom povlači veoma atraktivnu mogućnost projektnog finansiranja. Međutim, predlogom Zakona ta mogućnost nije do kraja iskorišćena.

Član 86 koji se odnosi na finansiranje dosta detaljno navodi mogućnosti koje su, sem direktnog ulaganja, na raspolaganju privatnom partneru za finansiranje projekta "uključujući strukturirano ili projektno finansiranje isl. obezbijeđeno od međunarodnih finansijskih institucija, banaka, odnosno trećih lica". Nejasno je zbog kojeg razloga predlog Zakona ide u detalje izvora finansiranja koje privatni partner može obezbijediti ali ovako strukturirana norma može djelovati ograničavajuće jer se može tumačiti da svi primjeri finansiranja koji nijesu navedeni istovremeno nijesu dozvoljeni. Ovo je tipičan primjer prenormiranja određene oblasti te se predlaže da se član 86 pojednostavi u smislu da se privatnom partneru omoguće sve vrste finansiranja projekata koje su dozvoljene u Crnoj Gori. Interesatno je navesti da za javnog partnera isti član ne navodi nikakva ograničenja kada su u pitanju izvori finansiranja JPP projekata.

Olakšica koja se nudi privatnom partneru pri finansiranju projekta je mogućnost da *"može da dodijeli, založi ili optereti hipotekom, u periodu i obimu utvrđenom ugovorom o javno-privatnom partnerstvu u skladu sa zakonom kojim se uređuje državna imovina, svoje pravo, odnosno obavezu iz ugovora o javno-privatnom partnerstvu u korist finansijske institucije, a u cilju obezbjeđenja plaćanja nastalog ili budućeg potraživanja u vezi sa izgradnjom i finansiranjem, odnosno refinansiranjem projekta javno-privatnog partnerstva"*. Ovo je jako korisna mogućnost koja otvara prostor za projektno finansiranje putem dobijanja namjenskog kredita pri čemu se JPP ugovor koristi kao isključivo ili jedno od sredstava obezbjeđenja. Može se reći da je ovo jedan od značajnijih aspekata predloženog nacrtu a u smislu privlačenja zainteresovanih investitora.

Međutim, ovaj institut nije do kraja razrađen jer nije precizno predviđena mogućnost nastavka projekta ukoliko projektna kompanija postane insolventna, a pogotovo ako je ugovor založen ili opterećen kod finansijske institucije. Članom 88 dozvoljava se prenos JPP ugovora na treće lice koje ispunjava iste uslove kao i dosadašnji privatni partner. Odluka o prenosu se donosi od strane javnog partnera uz prethodno dobavljeno mišljenje

Agencije i javnog naručioca. Pomenutim članom je uopšteno uređena mogućnost prenosa ugovora ali nije odgovoreno na najvažnije pitanje u tom postupku: kada i po kojim uslovima se može aktivirati mogućnost prenosa ugovora na novog partnera. Prema predloženom rješenju, javni i privatni partner se mogu u bilo kojem momentu realizacije projekta dogovoriti da ugovor prenesu na treće lice po svom nahođenju. Još važnije od toga, ostaje neriješen odnos sa bankom u slučaju ugovora koji je dat kao sredstvo obezbjeđenja kredita. Iz toga razloga je neophodno uvesti mogućnost *step-in* prava.

## “Step-in”pravo

“*Step in*” pravo predstavlja mogućnost, na osnovu garancija i/ili kolaterala, koje omogućava trećem licu (najčešće finansijskoj instituciji) da može da uđe i preuzme prava projektne kompanije ako ta kompanija ozbiljnije prekrši ugovor ili bankrotira uobičajeno, to znači da ukoliko projektna kompanija postane insolventna u nekoj fazi realizacije projekta i prekrši ugovor, treće lice može ući i preuzeti ulogu projektne kompanije, i završiti projekat. Kako se finansijske institucije ne bave direktnom implementacijom infrastrukturnih projekata, ovaj primjer je rijedak u praksi. Najčešće se finansijskoj instituciji dozvoljava određeni period mirovanja prava i obaveza iz ugovora koji mora iskoristiti kako bi pronašla adekvatno treće lice kojem će se omogućiti da uđe u projekat tj. da preuzme sprovođenje projekta umjesto dotadašnjeg privatnog partnera.

Mogućnost *step-in* prava koje obuhvata i finansijske institucije stvara beneficalnu situaciju za sve uključene strane u procesu:

- interes javnog partnera da se nastavi projekat od opšteg interesa je zadovoljen kroz uvođenje solventnog partnera koji mora imati iste reference kao inicijalni privatni partner,
- privatni partner izlazi iz projekta koji nije mogao realizovati sa najmanjim mogućim stepenom troška i bez daljih obaveza prema finansijskoj instituciji i
- finansijska institucija uvođenjem trećeg lica obezbjeđuje solventnog partnera koji će redovno servisirati obaveze proistekle iz kredita odobrenog za realizaciju projekta.

U dosadašnjoj praksi u Crnoj Gori nepostojanje *step-in* prava u zakonskom okviru je prevazđeno potpisivanjem tzv. direktnih sporazuma između države, investitora i međunarodnih finansijskih institucija. Ovo dodatno ističe potrebu za uređivanjem ovog instituta, a krovni propis koji se odnosi na javno-privatno partnerstvo predstavlja odgovarajući akt za to. Iz toga razloga se predlaže da se u Nacrt unesu odredbe kojima se uređuje mogućnost korišćenja *step-in* right mehanizma.

## Rizik i odgovornost

Članom 32 se definišu vrste rizika pri čemu: "Privatni partner u realizaciji projekta javno-privatnog partnerstva koji za predmet ima koncesiju na radove i koncesiju na usluge, preuzima operativni rizik. U ugovorima o javno-privatnom partnerstvu koji za predmet nemaju koncesiju, privatni partner preuzima: rizik izgradnje i u cjelini ili djelimično rizik raspoloživosti i/ili rizik ponude, odnosno potražnje u skladu sa tim ugovorom". Sa druge strane, članom 83 se definišu elementi ugovora o javno-privatnom partnerstvu pri čemu je navedeno da će se ugovorom urediti i "podjela rizika između ugovornih strana". Nejasno je na koju se podjelu rizika misli ako je već definisano da rizik snosi privatni partner na način definisan članom 32. Ovakvo rješenje još jednom reflektuje nedostatak suštinskog partnerskog odnosa koji se provlači kroz cijeli predlog Zakona te je potrebno izmijeniti pristup zakonodavca prema ovoj materiji i omogućiti što veći stepen partnerstva između javnog i privatnog sektora, što bi otvorilo mogućnost dogovora i primarno ugovornog rješavanja svih pitanja relevantnih za sprovođenje ugovora uključujući i preuzimanje rizika.

# Zaključak

Predloženi tekst Zakona o javno-privatnom partnerstvu predstavlja značajan iskorak u pravcu regulacije ove oblasti imajući u vidu da se jedinstvenim aktom regulišu sva najvažnija pitanja vezana za sprovođenje JPP projekata. Takođe, predlagač zakona je vodio računa da tekst uskladi sa relevantnom EU regulativom u mjeri mogućeg, imajući u vidu da EU nema pravni okvir kojim se direktno reguliše oblast javno-privatnog partnerstva.

Ovaj dokument je ponudio analizu predloga Zakona kroz dva glavna aspekta:

## 1. Dobro upravljanje projektima od strane javnog partnera

Kako bi adekvatno ocijenili predlog tekst Zakona u dijelu koji se odnosi na javnog partnera, uporedili smo predložena rješenja sa OECD principima prema kojima bi se vlade trebale rukovoditi pri sprovođenju projekata javno-privatnog partnerstva.

### 1.1 Postojanje jasnog, predvidljivog i legitimnog insitucionalnog okvira

Predložena Agencija za investicije ima izrazito velike nadležnosti i predstavlja krovnu insituciju kada je u pitanju nadzor nad sprovođenjem JPP projekata. Imajući u vidu raznovrsnost oblasti u kojima se mogu sprovoditi JPP projekti kao i njihov potencijalni obim, efikasnost rada Agencije će značajno zavisiti od kapaciteta zaposlenog kadra tj. od broja izvršilaca i od poznavanja oblasti koje pokrivaju.

Upravljačka struktura Agencije, u dijelu koji se odnosi na sastav Upravnog odbora, ne omogućava zastupljenost svih sektora u kojima se očekuje značajan obim JPP projekata tako da predstavnici nekih od značajnih sektora, kao napr saobraćaja, i predstavnici lokalnih vlasti nijesu uključeni.

Nadalje, upravljačku strukturu karakteriše veliki stepen centralizacije s obzirom da se svi organi biraju od strane Vlade bez učešća drugih grana vlasti te bi trebalo razmotriti mogućnost da se upravni odbor nominuje od strane Skupštine u skladu sa postojećim primjerima iz domaće prakse.

OECD preporuke se direktno odnose na obezbjeđivanje konsultativnog procesa pri donošenju pravila kojima se uređuje JPP oblast. Predloženim rješenjima nije obezbijeđeno ispunjenje ovog uslova pogotovo kada su u pitanju akti koje Agencija interno donosi. Iz toga razloga predlaže se osnivanje Savjetodavnog odbora čime bi se postigao dvostruki efekat: povećanje nivoa transparentnosti pri donošenju pravila kao i uključivanje u proces odlučivanja sektora koji nemaju predstavnike u organima upravljanja kao što su privatni sektor i nezavisni eksperti.

Predloženi nacrt je potrebno doraditi u dijelu koji se tiče načina izrade akta o unutrašnjoj organizaciji Agencije i pogotovo u dijelu koji se tiče roka za ocjenu predloga projekta od strane Agencije jer predložena rješenja su teško ostvariva u praksi.

## **1.2 Uskladiti proces izbora projekata javno-privatnih partnerstava u odnosu na vrijednost koja se dobija za uloženi novac**

Pripremi projekata je posvećeno posebno poglavlje u predlogu Zakona i formalno gledano, predviđena procedura je u najvećoj mjeri usklađena sa preporukama OECD pogotovo što se predviđa da najviši stepen vlasti, odnosno Vlada, donosi konačnu odluku. Međutim, postoje dvije oblasti koje je potrebno dodatno doraditi:

- Ocjene predloga projekata iz raznorodnih oblasti predstavlja veoma zahtjevan zadatak za Agenciju i potrebno je obezbijediti adekvatan kadar a i po potrebi pomoć eksternih stručnjaka i
- Javna rasprava za sve odobrene projekte je predviđeno da traje 30 dana što predstavlja veoma kratak period pogotovu ako se radi o velikom broju projekata iz raznih oblasti. Nadalje, Predlog Zakona ne uređuje ko je nadležan za razmatranje i prihvatanje prikupljenih komentara sa javne rasprave i usklađivanje predloga projekata sa njima, te je neophodno dodatno doraditi taj dio predloga.

Članovi predloga koji se tiču kriterijuma za ocjenjivanje najpovoljnije ponude nisu do kraja razumljivi i nisu međusobno usklađeni. Postoji preklapanje članova oblasti koja se uređuje članovima 75 i 76. Nadalje, kriterijumi za izbor najbolje ekonomska ponude, uređeni članom 77, nisu do kraja primljenivi. Iz pomenutih razloga, neophodno je doraditi odredbe kojima se uređuju kriterijumi za izbor najbolje ponude.



### 1.3 Transparentnost korišćenja budžetskih sredstava u cilju smanjenja fiskalnih rizika i jačanja integriteta procesa nabavke

Predlog Zakona u članu 86 predviđa da JPP projekt može da se finansira od strane privatnog partnera ili javnog partnera. Međutim, u daljem dijelu propisa se načinu finansiranja od strane javnog partnera i kontroli dodijeljenih sredstava se ne daje dovoljno pažnje. Predložena rješenja se fokusiraju na način finansiranja JPP projekata od strane privatnog partnera a finansijsko učešće javnog partnera nije do kraja razrađeno.

Zakonom se detaljno razrađuje dokumentacija koju je privatni partner dužan podnijeti u cilju izvještavanja Agencije. Ovi podaci služe kao osnova za kvartalne izvještaje koje Agencija podnosi Vladi, a Vlada prosljeđuje Skupštini. Međutim, izostao je isti ili sličan mehanizam kontrole nad finansiranjem projekata od strane javnog partnera.

Mjere za zaštitu dodjele ugovora od koruptivnih radnji veoma direktno i nedvosmisleno uključene u predloženi tekst Zakona čime je u potpunosti ispunjena OECD preporuka u tom dijelu.

## 2. Atraktivnost predloženih pravila privatnim partnerima

### 2.1 UNCITRAL Zakonodavni vodič o privatnom finansiranju infrastrukturnih projekata

Predložena zakonska rješenja su upoređena sa Zakonodavnim vodičem o privatnom finansiranju infrastrukturnih projekata koji je donijela Komisija Ujedinjenih Nacija za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL) u junu 2001 godine.

U odnosu na pomenuti UNCITRAL vodič većina predloženih rješenja u nacrtu Zakona su u najvećoj mjeri usklađena te se može zaključiti da je predlagač zakona ispunio veći dio predloga iz pomenutog vodiča. Najveći nedostatak predloženog nacrta se odnosi na regulisanje pitanja bezbjednosti i podrške projektima odnosno *“dostupnost pouzdanih sigurnosnih instrumenata za ugovorno osiguranje imovine i gotovinskog toka privatne stranke u korist zajmodavaca, uključujući i ‘step in’ prava i mogućnost finansijske podrške, ili garancija od strane Vlade”*.

## 2.2 Prilagođenost predloženih pravila potrebama investitora

Za potrebe izrade sveobuhvatne analize predloženih zakonskih rješenja obavljani su razgovori sa predstavnicima svih relevantnih biznis udruženja u Crnoj Gori. Pored toga, analizirana su sva predložena rješenja imajući u vidu potrebe i zahtjeve investitora u projektima velikog obima. Glavni zaključci u ovom dijelu analize su sljedeći:

- Partnerski odnos privatnog i javnog partnera nije u potpunosti predviđen predloženim nacrtom. Predlog Zakona je javnom partneru dodijelio primarno ulogu naručioca projekta i nadzornu ulogu nad izvršenjem obaveze za koju je angažovao privatnog partnera bez dodatnog uređivanja mogućnosti da se direktno uključi u realizaciju projekta.
- Pravila za osnivanja projekte kompanije imaju dva osnovna nedostatka:
  - mogućnost da se na tender prijave privredna društva koja nije su registrovane za neophodne djelatnosti pa samim time nemaju ni neophodno iskustvo za realizaciju projekata iz konkretnih oblasti i
  - osnivanja projektne kompanije je isključiva obaveza ponuđača u što umanjuje mogućnost realizacije institucionalnog javno-privatnog partnerstva.
- Finansiranje je uređeno predlogom Zakona uz manje nedostatke vezano za prenormiranost modaliteta finansiranje i nejasnoće vezane za realizaciju prenosa projekta na treće lice.
- Step-in right kao jedan od najkorisnijih mehanizama za projektno finansiranje i obezbjeđivanje kreditnih aranžmana većeg obima nije predviđen nacrtom Zakona. Ovo se takođe kosi sa predlozima UNCTRAL-a kao i sa domaćom praksom u kojoj je nedostatak regulacije ove oblasti rješavan alternativnim načinima. Imajući u vidu navedeno, potrebno je dodatno razmotriti mogućnost donošenja novih odredbi kojim se ovaj uvodi u domaći pravni sistem.
- Iako se članom 83 uređuje da će pri definisanju ugovora o javno-privatnom partnerstvu urediti i "podjela rizika između ugovornih strana", u

ostalim odredbama zakon sav rizik se prebacuje isključivo na ugovornu stranu. Na taj način se sa jedne strane stvara nesigurnost u vezi odredbi zakona koji će biti primjenjene u praksi a sa druge dodatno umanjuje mogućnost partnerskog odnosa između dvije strane jer privatna strana preuzima sav rizik.



Objavljeno zahvaljujući podršci Američke agencije za međunarodni razvoj (USAID) kroz projekat Regionalni ekonomski rast (Regional Economic Growth – REG) AID-OAA-C-13-00139. Stavovi iznijeti u ovoj publikaciji su stavovi autora i ne moraju obavezno da odražavaju stavove Agencije SAD za međunarodni razvoj.