

Red br. 656/18

Podgorica, 15.06.2018.godine

MINISTARSTVO FINANSIJA
n/r g-dina Darka Radunovića, ministra

PREDMET : Predlog Zakona o javno-privatnom partnerstvu

UPCG, kao svoj doprinos kreiranju dobrih propisa, saglasno sugestijama, predlozima i primjedbama svojih članova, saopštava kako slijedi :

I. OPŠTE

1. Tekst predloga Zakona o javno-privatnom partnerstvu ne sadrži obrazloženje, koje bi kao kratak laborat trebalo da pregledno, sistematizovano, stručno i uvjerljivo saopšti motive donošenja odnosnog zakona. Takav pristup je nesaglasan obavezi iz čl.11, st.2 Uredbe o postupku i načinu sprovođenja javne rasprave u pripremi zakona (Sl.list CG br.12/12).
2. Donošenje odnosnog zakona predviđeno je Programom rada Vlade CG za 2018.godinu – drugi kvartal iste.
3. Predlog odnosnog zakona nije preobiman, ali se ipak postavlja pitanje njegove prenormiranosti budući da se istovremeno sa ovim zakonom realizuje i projekat izmjena i dopuna Zakona o koncesijama, a koji poduhvat vodi Ministarstvo ekonomije. Posebno imajući u vidu naznaku datu Programom rada Vlade CG za 2018.godinu. Ovim Zakonom će se na načelima Evropskog zakonodavstva koje uređuje oblast koncesija na transparentan i na jednostavnim procedurama zasnovan način, urediti pitanje javno – privatnog partnerstva. Pojedina ponuđena rješenja, čini se mogla bi biti “skraćena” upućujućim normama na Zakon o javnim nabavkama i Zakon o koncesijama.
4. Ako je već osnovnim odredbama predloga (čl.2) ustanovljena podjela rizika dalji tekst predloga nije javnog i privatnog partnera jednako tretirao. Nismo prepoznali uravnoteženost odnosa između javnog i privatnog partnera budući da gro rizika snosi isključivo privatni partner.

Alokacija rizika treba da bude prepoznata po principu “od slučaja do slučaja”, a ne unaprijed, isključivo kao teret privatnog partnera.

Posebnu zabunu unose odredbe čl.32 predloga koje poznaju više rizika : operativni, rizik raspoloživosti, rizik potrošnje i rizik ponude. Teško je prepoznati da li su isti uravnoteženo podijeljeni na javnog privatnog partnera.

5. Kada je u pitanju alokacija odgovornosti “mutatis mutandis” vrijedi saopšteno pod 4. Javni partner bi trebao da zadržava odgovornost za oblasti za koje je teško uspostaviti jasne ugovorne specifikacije, a privatni partner bi preuzeo odgovornost za aktivnosti u kojima je moguće uspostaviti jasne ugovorne specifikacije.

Sasvim je jasno da javni partner mora vršiti monitoring ugovornih odnosa.

6. Predlog sadrži niz nejasnoća. Podsjećamo da je Ustavni sud Crne Gore u više svojih odluka potencirao princip vladavine prava koji zahtijeva da propis mora biti jasan i precizan, u skladu sa posebnosću materije koju normativno uređuje, a čime se sprečava svaka arbitražnost i proizvoljnost u tumačenju i primjeni propisa. Na iste smo ukazali u pojedinačnim primjedbama.

Bilo bi od praktične koristi u osnovnim odredbama dati norme o značenju pojedinih izraza za potrebe ovog zakona.

7. Predlog sadrži i niz diskrecionih prava, na koja smo ukazali u pojedinačnim primjedbama. Odnosno treba maksimalno izbjegavati.
8. Kontekst naše primjedbe pod 3 (prenormiranost) čini se da bi mogao biti otklonjen kroz pojedine upućujuće norme na shodnu primjenu Zakona o javnim nabavkama (dio procedura je upravo predmet i ovog zakona).

9. Kako ne bi bila ugrožena konzistentnost i koherentnost pravnog sistema Crne Gore. Potrebno je prepoznati odnos ovog zakona sa nizom drugih zakona, a naročito :

- O koncesijama;
- O javnim nabavkama;
- O upravnom postupku;
- O obligacionim odnosima;
- O računovodstvu;

Nepostojanje obrazloženja bitno otežava prepoznavanje i “mjesto” ovog predloga u pravnom poretku CG.

10. Ostaje nejasno da li je ovaj zakon “krovni” u odnosu na Zakon o koncesijama.

11. Ima osnova otkloniti dilemu obzirom na predmet javno – pravnog partnerstva: Da li su ugovori o javno – privatnom partnerstvu dostupni stručnoj odnosno zainteresovanoj javnosti.

12. Dobro je što ovaj zakonski projekat predviđa samo četiri podzakonska akta:

- Za član 47 i 51, koje ovlašćuje nadležno ministarstvo;
- Za čl.62 i 102 za koje ovlašćuje Vladu CG;

13. Pojedine nomotehničke opaske smo naznačili u pojedinačnim primjedbama.

II. POJEDINAČNE

1. Čl.3, st.4

Precizirati da li su u pitanju i subjekti čiji je osnivač ili većinski vlasnik država odnosno jedinica lokalne samouprave ili I neki drugi.

2. Čl.6, st.2

Čini se da tč.4 (hotelijske i ugostiteljske usluge) nijesu startno socijalne usluge te da je ograničen interes privatnih partnera za pružanje istih.

3. Poslije čl.6 vrijedilo bi dodati novi čl.6a – značenje izraza, a naročito za :

- Društvo posebne namjene (čl.33, st.2)
- Konzorcijum (čl.34);
- Savjetnik (čl.38).

4. Čl.12

Bilo bi dobro dati radnu definiciju “ponuđač” naznakom da je u pitanju dostavljač ponude koji obavlja kao pretežnu djelatnost neku od djelatnosti čl.6 predloga Zakona. To bi bilo saglasno i čl.6 Zakona o klasifikaciji djelatnosti (Sl.list CG br.18/11). Time bi se izbjegli slučajevi “neozbiljnih” prijava pojedinih učesnika u postupku, a svaki projekat javno – privatnog partnerstva dobio bi potreban autoritet.

5. Čl.14

- Ponuđeno zakonsko rješenje treba dovesti u contekest sa pojedinim odredbama Uredbe o organizaciji i načinu rada državne uprave kojim i Ministarstvo finansija te (čl.8), te Minsitarstvo ekonomije (čl.15) vrše poslove koje su Agenciji za investicije CG date kao izvorna djelatnost. Ovim će se izbjeći moguće kolizije u postupanjima jer će biti otklonjene dileme šta je čiji djelokrug.
- Zakon o koncesijama u čl.11 propisuje da Komisija za koncesije CG vodi registar ugovora o koncesijama. Čl.14,tč.7 Zakona o javno-privatnom partnerstvu to isto propisuje za Agenciju za investicije CG, razjasniti predmetno.
- U tč.10 je nejasno značenje “vrši predlaganje modaliteta valorizacije razvojnih resursa”. Najmanje je potrebno pojednostaviti ovu sintagmu.

6. Čl.16, tč.4

Propisuje neodređeno “članovi Upravnog odbora za svoj rad odgovaraju Vladi.” Čini se da bi već jednom trebalo, budući da se slično odnosi I na niz drugih propisa “prepoznati”, a to znači I normirati o kojoj vrsti odgovornosti se radi – moralnoj, imovinskoj, te da li je u pitanju individualna ili kolektivna odgovornost? Preciziranjem ovog problema ponuđena norma nije odmakla od puke proklamacije. Pitanje je, već duže vrijeme, da li je neko do sada odgovarao na bilo

koji način u poslovnom postupanju iz osnova članstva u institucijama koje imenuje I razrješava Vlada Crne Gore.

7. Čl.17

- Specifičnost "materije", koja se određuje ovim zakonom nužno zahtijeva da se propišu posebni uslovi koje treba da ispunjava direktor Agencije, ograničenje mandata na dva uzastopna izbora I sl.
- U stavu 4 je unijeta naznaka "i zaposleni" iako naziv iznad člana (direktora Agencije) jasno ukazuje da se istim propisuje samo "materija " koja se odnosi na direktora Agencije. Stoga i naznaka "i zaposleni " treba da bude brisana.

8. Čl.18

Tačkom 5 se propisuje donošenje akta o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji Agencije. Obzirom da se isti može odnositi samo na " zaposlene u Agenciji" trebalo bi već zakonom otkloniti ovu pravnu prazninu. Pitanje je kako se "dobija status zaposlenog u Agenciji" da li primjenom odredbama Zakona o državnim službenicima i namještenicima i to putem javnog konkursa ili i na drugi način. Osim naznake u čl.121 (odjeljak prelazne i završne odredbe) o ovom se potrebno ne normira.

9. Čl.26, st.2

Ponudeno stvara nedoumice : Da li je "stariji" Ugovor o javnom-privatnom partnerstvu u odnosu na Ugovor o koncesiji ili pak Ugovor o koncesiji za javne usluge. Da li su u pitanju ugovorni sinonimi? U svakom slučaju potrebno je predmetno razjasniti.

10. Čl.27

- Naziv iznad odnosnog člana (Ugovor o koncesiji) unosi zabunu u odnosu na Zakon o koncesijama. Čl.1 osnovnih odredaba predloga ovog zakona, kao predmet uređenja, ovo ne propisuje.
- U čl.44 Zakona o koncesijama propisan je sadržaj ugovora o koncesijama, a u čl. 83 predloga Zakona o javnom-privatnom partnerstvu osnovni elementi Ugovora javno-privatnog partnerstva. Odnos ovih dvaju Zakona u praksi može dovesti do mnogih problema što treba izbjeći. Stoga je neophodno precizno pojašnjenje.

11. Čl.32

Saglasno našoj opštoj primjedbi pod 4.

12. Čl.33

Ostaje nejasno da li je u pitanju tzv. "joint venture" tj. ugovor između domaćeg i stranog lica u cilju zajedničkog ulaganja, uz zajednički rizik i učešće u dobiti. Odnosno nužno razjasniti.

13. Čl.34

Saglasno našoj opštoj primjedbi pod 6, jer ako se radna definicija "konzorcijum" ne da u novopredloženom članu "značenje izraza" u odjeljku 1 – osnovne odredbe ostaju nejasne i odredbe članova 35-36.

14. Čl.38

Saglasno našoj opštoj primjedbi pod 6.

15. Čl.39

- Pripremne radnje za odobravanje projekta javno-privatnog partnerstva vrši javni partner, a ovdje je u pitanju odstupanje od ovog pravila.
- U st.1 u drugom redu poslije riječi "sprovede" dodati svezu "i" kako bi se izrazilo odstupanje od pravila.
- St.2 istog člana je primjer diskrecionog prava što treba izbjegavati. Očito ima potrebe da se ponude kriterijumi koji samoinicijativnom predlogu mogu dati potreban izazov da se djelotvorno uzme u razmatranje.

16. Čl.40

Isti potrebno razmotriti imajući u vidu odredbe čl.25 – 26 Zakona o računovodstvu(Sl.list CG br.52/16) kako u praksi ne bi dolazilo do nesuglasica i sporova.

17. Čl.47

Ostaje nejasno iz kojih "sredina" su članovi tenderske komisije : da li samo javnog partnera ili i privatnog partnera. Ako je odgovor potvrđan potrebno bi bilo naznačiti i "odnos" ukupnog broja članova javnih odnosno privatnog partnera. Predmetno se odnosi i na čl.48 predloga.

18. Čl.50, tč.2

Nejasno iz koje "sredine" tenderska komisija može angažovati stručnjake: Da li samo iz sredine javnog partnera ili i izvan ovog.

19. Čl.53

- U st.1,tč.10 razjasniti kako se utvrđuju kriterijumi za izbor najbolje ponude i vrednovanje iste. Da li to čini Agencija na osnovu normativnog akta ili sama tenderska komisija od slučaja do slučaja, što može voditi koruptivnim radnjama.
- U st.7 razjasniti: Da li projekat javno-privatnog partnerstva male vrijednosti (vrijednost jednaka ili manja od 500.000E bez PDV-a), kroz analizu opravdanosti, mora dati odgovore na svaki od 25 elemenata iz st.1 ili se neki od njih mogu izuzeti kao nepotrebni za analizu.

20. Čl.56

Saglasno našoj opštoj primjedbi pod 3 evidentno je da su predložena rješenja iz Zakona o javnim nabavkama iz (čl.30). Čini se da bi ponuđeno moglo biti relaksirano tako što će se dati upućujuća norma o shodnoj primjeni Zakona o javnim nabavkama.

21. Čl.64, st.2

Nejasna dužnost ponuđača da na zahtjev javnog naručioca obezbijedi zaštitu tajnosti podataka u postupku dodjele ugovora o javnom privatnom partnerstvu. Valjda u svakom normalnom poslovnom poduhvatu, subjekat – akter štiti podatke kako bi uspio u poduhvatu.

22. Čl.67

- Na kraju st.1 dodati riječi “dok traju pravne posledice osude”.
- U st.4, tč.9 je primjer diskrecionog prava, što treba izbjegavati.

23. Čl. 75

Rangiranje “na osnovu objektivnih kriterijuma” može biti samo ako su kriterijumi Zakonom utvrđeni, ne i onih koji bi se uređivali podzakonskim aktima (jer tako nešto, saglasno našoj opštoj primjedbi pod 11, predlog ne predviđa). Svaki drugi pristup imao bi za posledicu pravnu nesigurnost.

24. Čl.83

- Osnovni elementi moraju u startu biti precizni kako se kasnije ne bi primjenom čl.87 učestalo mijenjali za period trajanja aranžmana (pacta sunt servanda).
- Čini se da bi već ovim članom trebalo potencirati, što je izostalo u predlogu, klauzulu o osiguranju što bi korenspondiralo sa čl.101 predloga zakona.

25. Čl.84

- St.1 je identičan čl.2 Zakona o koncesijama pa bi trebalo dati upućujuću normu na shodnu primjenu odnosnog zakona.

- St.8 u prvom redu riječ “kreće” zamijeniti riječju “počinje”.

26. Čl.87

- St.1, tč. 3 je izuzetno problematičan budući da može da bude izvor korupcije i povrede načela pravne sigurnosti. Odnosnim ne bi trebalo dovesti u pitanje “vrijednost” osnovnih elemenata ugovora iz čl.83 predloga.

27. Čl.88

- Preispitati budući da može biti izvor zloupotreba.
- Stav 4 ugovora posebno neprecizan obzirom da se ne zna mehanizam o tome ko provjerava “umanjen kvalitet i narušen kontinuitet izvršenja ugovora”. Da li o tome I koga obavještava?

28. Čl.91

- Dati su slučajevi prestanka ugovora među kojima i putem sporazumnog raskida. Međutim, narednim članovima predloga (čl. 92 i 93) se ne daju rješenja o sporazumnom raskidu što je slučaj pravne praznine koji treba ukloniti.

29. Čl.93

Stav 7 naznačiti kao poseban član.

30. Čl.94

- Postaje nejasno podugovaranje sa “trećim licima”. Obzirom da ovih može biti više mora biti naznačeno da li se za svako podugovaranje zaključuje I poseban ugovor.
- St.3 nejasan budući da se ne zna ko utvrđuje “ispunjenje uslova ekonomsko finansijske i tehničko funkcionalne sposobnosti” i po kojoj proceduri.
- St.5 nejasan budući da tenderska dokumentacija (čl.53) odnosno “ne predviđa”.

31. Čl.95

U st.2 u drugom redu poslije riječi “riješiti” dodati svezu “i”.

32. Čl.102

Stav 2 umrežiti sa čl.83, st.1, tč.24 kako bi se izbjegli nepotrebni problemi.

33. Čl.103

U St.1 se koristi sintagma “finansijska institucija”. Za predmetno treba dati radnu definiciju, saglasno našoj opštoj primjedbi pod 6. Ipak ostaje nejasnoća šta će finansijska institucija ako saglasno čl.88, st.2 Odluku o prenosu ugovora, uz prethodno mišljenje Agencije, donosi javni partner. Zašto se ovdje pojavljuje finansijska institucija.

34. Čl.104

Saglasno našoj opštoj primjedbi pod 6 trebalo bi, za potrebe ovog zakona, dati radne definicije značenja “viša sila” i “vanredni događaji” kako bi se u praksi izbjegli nesporazumi odnosno sporovi.

35. U odjeljku 11 (kaznene odredbe).

Čini se ima osnova preispitati ponuđene visine novčanih kazni u čl.112 – 115, naš je utisak da bi iste trebalo povećati naročito one za inkriminacije iz čl.114-za odgovorna lica u organima državne uprave. Ovo stoga što je jedina materijalna odgovornost za ta lica djelotvorna.

36. Čl.126

U st.2 provjeriti da li ovim zakonom treba propisati prestanak važnosti dijela poslova propisanih čl.31 Uredbe o organizaciji i načinu rada državne uprave budući da odnosni poslovi “prelaze” u djelokrug Agencije.

III. ZAKLJUČNE NAPOMENE

1. Smisao i domašaj opštih i posebnih primjedaba, sugestija i napomena ima samo i jedino osnovana očekivanja da se obezbijedi što jasniji i precizniji Zakon o javno-privatno partnerstvo. S toga bi svako tumačenje, tretman i sl. Suprotno ovom bili u direktnoj opreci sa naporima UPCG za što kvalitetnije uređenje odnosa koji čine sadržaj ovog zakonskog projekta.
2. Ukoliko se odnosni projekat dostavlja Evropskoj komisiji UPCG osnovano očekuje da, kao zainteresovani subjekat, bude u cjelini upoznat sa “nalazom iste”, kako i sa daljim procedurama neophodnim za donošenje Zakon o javno-privatno partnerstvo.
3. Iskustvo, kao dodatni oprez, kazuje da ne treba žuriti sa donošenjem zakona kako se ne bi ubrzo po njihovo donošenju pristupalo izmjenama i dopunama, što je od uticaja na pravnu sigurnost u Crnoj Gori.

Obradio
Begović Branislav

Suzana Radulović
Generalni sekretar