

Vlada Crne Gore
Ministarstvo ekonomije

Podgorica, 19.06.2018.

Komentari, primjedbe i sugestije Instituta alternativa na Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama

U Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama, kao i u sadašnjem tekstu Zakona o koncesijama ima još uvijek prostora za dalje unapređenje, naročito u pravcu unapređenja transparentnosti i odgovornosti.

Naša generalna zamjerka je što je Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama stavljen na javnu raspravu **bez pratećeg obrazloženja**, pa nije do kraja jasno iz kojih se razloga predlagač Zakona odlučio za pojedina rješenja.

Primjedbe i sugestije Instituta alternativa odnose se i na predložene izmjene i dopune Zakona, ali i na važeća zakonska rješenja, što je pojedinačno naglašeno u svakom od komentara.

Naše ključne primjedbe i sugestije na Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama, kao i na Zakon o koncesijama su sljedeće:

1. U članu 2 stav 2 Zakona o koncesijama umjesto "Koncesije se daju radi obezbjeđenja" treba da glasi: "Koncesija se dodjeljuje na način i u postupku takvom da obezbjeđuje...".

Obrazloženje: Postojeća formulacija iskazuje namjeru odnosno svrhu, a to nije norma. Predloženom formulacijom se normira namjera da koncesija ostvari neki od navedenih ciljeva što je mnogo preciznije, ima svoju svrhu i ima oblik zakonske norme.

1. U članu 3 stavovima 2, 3 i 4 Zakona o koncesijama umjesto postojećih formulacija "Primjenom načela (...), u postupku davanja koncesija obezbjeđuje se da", buduće formulacije treba da glase: "Načelo (...) se u postupku davanja koncesija primjenjuje na način da obezbjeđuje...".

Obrazloženje: Kao i u prethodnom slučaju, ovakvom formulacijom se obezbjeđuje da namjera postane norma, tj. obezbjeđuje se da se postupak sprovodi na način da se postiže određeni željeni cilj.

2. Član 4 stav 1 tačka 1 Zakona o koncesijama tj. član 3 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama

Formulacija iz važećeg Zakona o koncesijama ima mana, ali je predložena izmjena korak unazad u odnosu na važeću. Prema drugom dijelu definicije iz Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama, koncesija se pored prava korišćenja odnosi samo još

institut alternativa

na pravo korišćenja radi izgradnje i predaje objekta. Pravo korišćenja radi izgradnje i predaje objekta nakon izvršene revitalizacije je samo po sebi nelogično kao definicija, jer se izgradnja i predaja objekta nakon izvršene revitalizacije ne može smatrati korišćenjem. Osim toga, izgradnja i revitalizacija su na neki način izrazi koji isključuju jedan drugog jer se izgrađuje novi objekat, a predaje nakon izvršene revitalizacije stari, pa je takva formulacija nelogična.

Izgradnja objekata je posebna djelatnost i pravo na izgradnju se ne dodjeljuje koncesijom nego građevinskom dozvolom. S obzirom na to da se dobro na koje se daje koncesija nalazi u vlasništvu koncudenta, ne može se dobro koje je predmet koncesije predavati u vlasništvo koncudenta, nego mu se mogu predati radovi i sl.

Formulacija "uključujući druge slične oblike" je suprotna principu pravne sigurnosti jer nije jasno šta to znači, a mogla bi da ima više značenja i bude podložna različitim tumačenjima.

Dodatno, ovakva definicija isključuje mnoge mogućnosti davanja koncesije definisane dosadašnjom formulacijom, kao što su finansiranje, istraživanje, projektovanje, rekonstrukcija, korišćenje i održavanje objekata, uređaja ili postrojenja.

Ipak, smatramo da od svega nabrojanog, pored prava korišćenja, treba ostaviti samo mogućnost istraživanja prirodnog bogatstva, dobra u opštoj upotrebi i drugog dobra od opšteg interesa koje je u državnoj svojini. Kako je već rečeno, ostali poslovi iz definicije koncesije su obuhvaćeni nekim drugim pravima (izgradnja, rekonstrukcija itd.) osim prava istraživanja prirodnog bogatstva. Npr. prema predloženoj definiciji koncesije, ne bi bilo moguće dati koncesiju na istraživanje nafte u Crnogorskom podmorju ili npr. istraživanje resursa prirodnog građevinskog kamena i slično.

Dodatno, iz navedenih razloga, ovakva definicija je suprotna članu 5 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama.

Osim toga, s obzirom na to da se radi o Zakonu o koncesijama, definiciju koncesije treba izbaciti iz pojmovnika i dati joj poseban član i to član 2 (odmah poslije odrednice iz člana 1 čime se Zakon o koncesijama bavi). Smatramo da u tom članu treba definisati i koncedenta i koncesionara.

Dodatno, trebalo bi (posebno u slučaju izdvajanja definicije koncesije u posebni član 2) dodati još jedan stav koji glasi: "Prava iz prethodnog stava se ne mogu ostvariti na drugi način, osim ako je to definisano posebnim zakonom."

Ovo stoga jer npr. Zakon o energetici predviđa mogućnost ostvarivanja prava na eksploataciju izvora primarne energije pored koncesije i na osnovu tzv. ovlašćenja. Međutim, ima i slučajeva ostvarivanja određenog koncesionog prava i mimo postupka dodjele koncesije.

3. Član 4 stav 1 tačka 1 Zakona o koncesijama tj. član 3 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama

Ne treba širiti definiciju koncesionara kao u Zakonu o koncesijama, niti ga definisati prema njegovoj prethodnoj ulozi (ponuđač), posebno kad se ne zna o kakvom se ponuđaču radi. Stoga definicija koncesionara treba da glasi:

“Koncesionar je pravno ili fizičko lice kojem je dodijeljena koncesija”.

Alternativno, moglo bi da glasi i:

“Koncesionar je pravno ili fizičko lice koje je vlasnik važeće koncesije”.

Ovo stoga jer lice kojem je dodijeljena koncesija ne mora i da je stekne. Ona mu može biti dodijeljena u propisanom postupku, ali to lice time ne postaje koncesionar jer mu to pravo može biti osporeno u žalbenom ili sudskom postupku. Lice, naime, postaje koncesionar tek pravosnažnošću rješenja o dodjeli koncesije.

Osim toga, koncesija je vremenski ograničena, pa lice kojem je dodijeljena koncesija prestaje to da bude njenim istekom, što predložena definicija ne prepoznaje.

4. Član 4 stav 1 tačka 3 Zakona o koncesijama

Prije određivanja odnosno nabiranja koncedenata treba dati definiciju koncedenta, pa ta tačka treba da glasi:

“Koncedent je vlasnik prirodnog bogatstva odnosno dobra koje se dodjeljuje koncesijom. Koncedent može biti Skupština Crne Gore (u daljem tekstu: Skupština), Vlada Crne Gore (u daljem tekstu: Vlada), lokalna samouprava, Glavni grad i Prijestonica (u daljem tekstu: opština)”.

5. Član 4 stav 2 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama treba da glasi:

“Nadležni organ može da javni oglas i tendersku dokumentaciju, pored crnogorskog, objavi i na engleskom ili drugom jeziku koji je uobičajen u međunarodnoj upotrebi”.

Formulacijom se precizira da verzija na engleskom ili drugom jeziku koji je uobičajen u međunarodnoj upotrebi samo prati verziju na crnogorskom, a naglašava se i da se ona ne sačinjava originalno na engleskom jeziku, nego samo objavljuje. Time se ojačava odredba iz stava 3 ovog člana da je verzija na crnogorskom jeziku zvanična verzija javnog oglasa odnosno dokumentacije.

6. Član 6 Zakona o koncesijama, odnosno član 5 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama - treba ih brisati jer sve navedeno mora da bude

institut alternativa

obuhvaćeno definicijom koncesije i ne smije se pod koncesijom davati ništa mimo takve definicije.

Alternativno, spisak koncesija treba spojiti sa definicijom koncesije u posebni član (kako je ranije predloženo u članu 2), pa poslije definicije koncesije treba dodati "a posebno", nakon čega bi slijedio spisak posebno navedenih koncesija.

Takav posebni spisak treba da glasi:

- eksploatacija mineralnih sirovina

(Trebaju izbjeci istraživanje mineralnih sirovina jer je to posao Geološkog zavoda, a ako je neko zainteresovan za eksploataciju nečega neistraženog, onda to treba da radi na sopstvenu odgovornost. Posebno navođenje istraživanja je nepotrebna komplikacija, a posebno u kombinaciji sa eksploatacijom u okviru jednog oglasa.);

- korišćenje prirodnih voda radi flaširanja, primjene u banjском liječenju i na druge načine osim korišćenja za lične potrebe i za upotrebu u poljoprivredi;
- eksploataciju šuma;
- korišćenje izvora primarne energije radi proizvodnje električne i/ili toplotne energije;
- izgradnja i korišćenje infrastrukturnih objekata (puteva, mostova, tunela, naftovoda, gasovoda, objekata za skladištenje, transport i distribuciju nafte i gasa, vodovoda i drugih komunalnih objekata) od kojih koncesionar ostvaruje prihode direktnom naplatom usluga koje pruža od korisnika;
- priređivanje lutrijskih i drugih igara na sreću uključujući igre koje se organizuju u kazinu;

Ostale stavke iz Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama, kao i ostale stavke Zakona o koncesijama koje su bez stvarnog realnog sadržaja, treba izbrisati. Dio koji se odnosi na infrastrukturne projekte ne treba isključiti kako je to urađeno izmjenama i dopunama Zakona.

7. U članu 8 stav 2 Zakona o koncesijama, riječi kada odluku o davanju koncesije donosi Vlada i opština, niti duži od 60 godina kada odluku o davanju koncesije donosi Skupština" treba brisati.

Ovakvim predlogom ukida se mogućnost davanja koncesije na period duži od 30 godina. Ovo stoga jer je nemoguće obračunati isplativost, vrijeme povrata investicije itd. za period duži od 30 godina, niti ijedan ozbiljni investitor uopšte i pokušava da takvo poslovanje projektuje. Skupštini treba ostaviti obavezu davanja koncesije za vrijednost iznad određenog nivoa.

8. Član 10 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama – član 10 treba da glasi:

U članu 12 stav 2 mijenja se i glasi:” U slučaju da je predsjednik ili član Komisije u konfliktu interesa, dužan je da obavijesti Komisiju, koja će ga izuzeti iz daljeg rada na tom predmetu, a u slučaju da su preduzete pojedine radnje u tom postupku, poništiće ih i vratiti postupak na početak”.

9. U članu 12 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama (vezano za član 18 Zakona o koncesijama) stav 2

Ovaj stav mijenja se i glasi: “Prije upućivanja koncesionog akta na usvajanje, nadležni organ organizuje i sprovodi javnu raspravu koja traje od 15 do 30 dana a počinje danom upućivanja javnog poziva za javnu raspravu”.

10. U članu 12 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona (a u vezi sa članom 18 Zakona o koncesijama)

Poslije stava 3 dodaje se novi stav 4: “Uz obavještenje o održavanju javne rasprave iz stava 3, na internet stranici nadležnog organa biće objavljeni i:

- analiza opravdanosti ostvarivanja javnog interesa davanjem koncesije, sa pokazateljima da koncesija obezbjeđuje javni interes i analizom alternativnih mogućnosti pružanja usluga;
- pokazatelji da planirana koncesija obezbjeđuje odgovarajuću vrijednost za uloženi novac;
- analiza procjene i uravnoteženja rizika između koncedenta i koncesionara;
- procjena potrebe učešća koncedenta u ulogu koncesionog društva (vrsti i obimu uloga);
- koncesioni akt sa svim elementima iz člana 19 zakona.”

11. Član 13 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama

U dijelu koji je u vezi sa izmjenama člana 19 stav 2 je bespredmetan, jer kako je ranije navedeno, predložena definicija koncesije uopšte ne omogućava davanje koncesije na istraživanja, pa je bespotrebno dalje razrađivati to pitanje.

12. Član 20 stav 2 Zakona o koncesijama - Pojasniti ili preformulisati odredbu da se može isključiti postupak javnog nadmetanje na osnovu javnog oglasa.

Široko su postavljene mogućnosti izbjegavanje javnog oglasa, čime su ugrožena osnovna načela transparentnost i konkurentnosti.

13. Član 20 stav 2 tačka 5 Zakona o koncesijama - Brisati. To povlači i brisanje Člana 14, stava 2 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama – “Tačka 5 riječi tačka 7 i 8 ovog zakona brišu se”.

Obrazloženje: Predloženom izmjenom se kao izuzetak od javnog postupka dodjele koncesije izuzimaju svi slučajevi dodjeljivanja koncesije. S obzirom da se radi o izuzetku, on se ne može primjenjivati na sve slučajeve, a najbolje bi bilo potpuno izbrisati takvu mogućnost. Ako se želi zadržati bilo koja mogućnost dodjele koncesije bez javnog oglasa (a posebno u slučaju proširivanja te mogućnosti na sve slučajeve dodjele), morao bi se razraditi način određivanja koncesione naknade u tim slučajevima. Koncesiona naknada je jedan od glavnih koristi za državu po osnovu koncesija, a određuje se prihvatanjem određene ponude dostavljene na javnom oglasu, pri čemu bi visina koncesione naknade trebalo da bude jedan od najznačajnijih kriterijuma. Ako javnog oglasa nema, nema ni mogućnosti dobijanja najpovoljnije ponude i ostvarivanja najveće koncesione naknade. Tačka 5 stava 2 člana 20 važećeg Zakona naročito je problematičan, jer predviđa da svaki ponuđač može direktno predložiti projekat državi, bez javnog oglasa, i dobiti pravo korišćenja koncesije.

14. Član 14 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama poslednji stav kojim se predviđa dodavanje nove tačke 7 u stavu 2) - Predlog za dodavanje tačke 7 treba brisati.

Obrazloženje: Predlog za dodavanje tačke 7 treba brisati jer se na osnovu predloga može desiti da se JPP iskoristi za sticanje koncesije, iako je njegova vrijednost i društvena korist manja od vrijednosti odnosno koristi od koncesije koja se tim putem stiže.

15. Član 14 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama (koji se odnosi na član 20 Zakona) poslednji stav u vezi sa dodavanjem novog stava 8 treba brisati.

Obrazloženje: Nema razloga da se Skupština isključuje iz postupka dodjele koncesije bez javnog oglasa.

16. Član 15 stav 3 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama (dodavanje novog stava 4 u član 21) treba brisati.

Obrazloženje: Imajući u vidu da Zakon ne definiše šta je analiza predizvodljivosti istraživanje, nije do kraja jasno šta se od ponuđača traži. Što se tiče ekonomske opravdanosti, nju će sa aspekta svoje opravdanosti raditi sami ponuđač. Što se tiče opravdanosti koncesije za koncedenta, njeno utvrđivanje je obaveza koncedenta prema samoj definiciji koncesije.

17. U članu 17 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama kojim se mijenja član 23, u novom stavu 1 u nastavku tačke 3 dodati: "ili su bili vlasnici ili većinski vlasnici privrednog društva koje je likvidirano a da prethodno nije izmirilo obaveze po osnovu plaćanja poreza i doprinosa u skladu sa zakonom".

18. Član 18 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama - U dijelu koji se odnosi na dodavanje članu 24 novog stava 2 dodati: "pri čemu bliži uslovi moraju po prirodi i obimu biti primjereni predmetu dodjele koncesije".
19. Član 21 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama - Ne treba brisati stav 3 člana 27 Zakona koji predviđa da se o javnom nadmetanju vodi zapisnik.
20. Član 22 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama stav 1 koji se odnosi na brisanje dijela člana 29 stav 1 tačka 3 - Ili ništa ne brisati, ili brisati samo "odnosno tarifa" a ostaviti "pružanja usluga" jer je to suština norme.

Obrazloženje: Jedan od kriterijuma za vrednovanje treba da bude visina ponuđene cijene pružanja usluga. Ako se npr. daje koncesija na izgradnju i eksploataciju seoskog vodovoda, svakako da prednost treba da imaju oni koji ponude nižu cijenu vode. Ako se izbriše "pružanja usluga" više se ne zna na koju cijenu se odnosi kriterijum.

21. Brisati Član 22, stav 1 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama koji se odnosi na brisanje dijela člana 29 stav 1 tačke 5 i 6.

Obrazloženje: Ne treba brisati jtačke 5 i 6 važećeg Zakona, jer su kvalitet usluga i stepen ostvarivanja javnog interesa kriterijumi od primarnog značaja. Naravno, sve ovo pod uslovom da nijesu unaprijed definisani uslovima oglasa. Nije npr. svejedno da li će neko po eksploataciji šume pošumiti posječeno ili ostaviti golet (veći je interes ako se pošumi) niti je isti kvalitet ako se prilikom sječenja odstrane i trula i suva stabla ili će se ostaviti na terenu (veći je kvalitet ako se trula i suva stabla uklone).

22. Član 23 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama u dijelu dodavanja članu 31 Zakona o koncesijama novog stava poslije stava 2 - Novi stav poslije stava 2 treba da glasi:

"Ponudač koji u roku i na način propisan stavom 2 ovog člana podnese zahtjev za uvid u dokumentaciju ima pravo da u okviru uvida ostvari i uvid u ponude ostalih ponuđača. "

Obrazloženje: Ako se onemogućiti uvid u ponude, ponuđačima se uskraćuje i pravo na žalbu, tj. uskraćuje im se pravo na djelotvoran pravni lijek, jer žalbeni postupak u kojem je neko onemogućen u prikupljanju dokaza ne predstavlja djelotvoran pravni lijek.

23. U članu 31 stav 1 Zakona o koncesijama treba dodati: "i u pisanoj formi dostavlja ponuđačima".
24. Član 26 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama - Predloženo je suprotno članu 34 stav 3 Zakona o koncesijama prema kojem je koncedent, u slučaju da je odustao od davanja koncesije, dužan da naknadi prvorangiranom ponuđaču stvarne troškove učešća na javnom oglasu.

Obrazloženje: Odustajanje od davanja koncesije i poništenje oglasa možda u formalnom smislu imaju neke razlike, ali se sa aspekta posljedica po koncesionara ne razlikuju, pa je neprimjereno za ta dva slučaja propisivati različita postupanja.

25. Član 27 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama - U dijelu koji se odnosi na dodavanje novog stava poslije stava 9, situacija je ista kao kod člana 26 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama.

26. Član 41 stav 5 Zakona o koncesijama - treba brisati dio koji se odnosi na naplatu troškova sprovođenja koncesionog postupka od izabranog kaoncesionara u slučaju da nije izabran inicijator raspisivanja oglasa.

Obrazloženje: Time se pravi značajna razlika između takvog koncesionara i onoga koji se prijavljuje da učestvuje po oglasu objavljenom u uobičajenom postupku.

27. Član 30 stav 3 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama - Treba brisati predlog novog stava.

Obrazloženje: Time postupak u velikoj (možda i odlučujućoj mjeri) postaje netransparentan. Tajnim se mogu proglasiti netačni podaci koji mogu biti od odlučujućeg uticaja prilikom odlučivanja. Ako se ostalim ponuđačima ne omogući njihova kontrola, postoji mogućnost donošenja pogrešne odluke na osnovu netačnih podataka.

28. Član 31 stav 2 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama - Brisanje riječi "odnosno tarifa" možda nije neprihvatljivo, ali je brisanje riječi "i usluga" neprihvatljivo jer se koncesija može dati i za pružanje usluga.

29. Član 33 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama - brisati.

Obrazloženje: Sadašnje rješenje je bolje jer je pravno-tehnički preciznije i tačnije. Termin "riješeni imovinsko-pravni odnosi" je kolokvijalni termin. On može da znači i postojanje spora oko vlasništva, a to se ne rješava postupkom eksproprijacije, neriješeni imovinsko-pravni odnosi se ne mogu rješavati ni uređenjem građevinskog zemljišta, kako se predlaže.

30. Član 37 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama u vezi novog člana 51 Zakona o koncesijama - na početku stava 1 prije predloženog teksta treba umetnuti "U slučajevima kad je to opravdano i svrsishodno".

Obrazloženje: Ovo zbog toga jer ovako sročena norma svakom koncesionaru stvara obavezu posjedovanja polise osiguranja, čak i tamo gdje ona nije neophodna.

31. Član 61 Zakona o koncesijama – Imajući u vidu da se minimalna koncesiona naknada prvi put spominje u ovom članu, potrebno je prethodno definisati šta je ona, koja joj je svrha, u kojim se situacijama pirmjenjuje i slično.

32. Član 45 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama – brisati.

Predloženi mehanizam nagrađuje potencijalno nelegalnog korisnika prirodnog bogatstva i abolira ga od odgovornosti. Ukoliko predlagač Zakona zna za stvarne slučajeve u kojima bi ova odredba bila primjenjiva potrebno je da precizira o kakvim je slučajevima riječ. Ovako postavljena norma je preširoka.