



Crna Gora
Agencija za sprječavanje korupcije

Broj: 03-03-2252

Podgorica, 27. oktobar 2019. godine

MIŠLJENJE
na Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama i
Zakon o koncesijama

1. Postupak

Shodno čl. 72, 78 i 79 Zakona o sprječavanju korupcije ("Sl.list CG", broj: 53/14 i 42/17) i članu 10 Statuta Agencije za sprječavanje korupcije, postupajući po službenoj dužnosti Agencija može dati mišljenje radi prevencije korupcije, smanjenja rizika od korupcije i jačanja etike i integriteta u organima vlasti.

Agencija može dati mišljenje za izmjenu i dopunu zakona, nacрта zakona i drugih propisa i opštih akata, radi otklanjanja mogućih rizika za nastanak korupcije ili njihovog usklađivanja sa međunarodnim standardima iz oblasti antikorupcije.

U članu 2 Zakona o sprječavanju korupcije, korupcija se definiše kao svaka zloupotreba službenog, poslovnog, odnosno društvenog položaja ili uticaja u cilju sticanja lične koristi ili koristi za drugog.

Ugrožavanje javnog interesa, u smislu ovog zakona, podrazumijeva povredu propisa, etičkih pravila ili mogućnost nastanka takve povrede koja je izazvala, izaziva ili prijeti da izazove opasnost po život, zdravlje i bezbjednost ljudi i životne sredine, povredu ljudskih prava ili materijalnu i nematerijalnu štetu po državu ili pravno i fizičko lice, kao i radnju koja ima za cilj da se za takvu povredu ne sazna" – član 44 stav 2 Zakona.

Integritet predstavlja zakonito, nezavisno, nepristrasno, odgovorno i transparentno vršenje poslova kojim javni funkcioneri i drugi zaposleni u

organu vlasti čuvaju svoj ugled i ugled organa vlasti, obezbjeđuju povjerenje građana u vršenje javnih funkcija i rad organa vlasti i otklanjaju sumnju u mogućnost nastanka i razvoja korupcije – član 72 Zakona.

Dakle, Zakon o sprječavanju korupcije sistemski uvodi institute prevencije korupcije, koji su prepoznati i ispostavljeni Crnoj Gori kao obaveze međunarodnim konvencijama i dokumentima koje je Crna Gora ratifikovala.

Agencija se u svojim Mišljenjima poziva na odredbe Ustava i relevantnih zakona, ali ne u smislu procjene ustavnosti i zakonitosti već u smislu primjene i ostvarivanja svrhe člana 79 Zakona o sprječavanju korupcije.

2. **Obrazloženje**

a. Strateški okvir

Agencija je od početka rada na praćenju propisa, od ukupno 15 mišljenja, donijela 11 mišljenja koja su se odnosila na pojedine oblasti od posebnog rizika.

Kroz IPA Projekat: Podrška sprovođenju mjera integriteta, Agencija je tokom novembra 2017. godine imala ekspertsku misiju sa ciljem analize integriteta u oblasti javnih nabavki, i tokom februara 2018. posvećenu oblasti javno-privatnog partnerstva, koncesija i privatizacije. Navedene teme predstavljaju oblasti od posebnog rizika koje su kao takve definisane od početka pregovora Crne Gore sa Evropskom Unijom. Agencija za sprječavanje korupcije, kao centralno preventivno antikorupcijsko tijelo nastoji da ispunjavajući svoje nadležnosti, uz pomoć međunarodnih eksperata, doprinese ostvarivanju preuzetih obaveza iz oblasti od posebnog rizika. Preporuke i nalazi iz IPA Projekta su korišćeni u mišljenju koje slijedi.¹

Novim zakonskim rješenjima u oblasti koncesija i javno-privatnog partnerstva, država uvodi nove mehanizme učešća i investiranja privatnog

¹ - Ocjena sprovođenja usvojenih planova integriteta i preporuke za unaprijeđenje istih – sa naglaskom na oblast javnih nabavki.

Posjeta realizovana u periodu 7.-11. novembar 2017. Eksperti: Laura Mascali i Ippolito Pucci

- Preporuke za poboljšanje integriteta u sektorima koji su podložni korupciji – Fokus na javno-privatna partnerstva, koncesije, privatizaciju.

Posjeta realizovana od 14. do 16. februara 2018. Eksperti: Laura Mascali i Silvia Pomes

kapitala, stranog i domaćeg u sveukupni razvoj društva. Predlagač je u obrazloženju zakonskih tekstova opravdano naveo i potrebu usklađivanja sa međunarodnim standardima u ovoj oblasti: Direktivama EU iz 2014. godine koje u osnovnim načelima navode da je smisao ovih instituta u dugoročnom strukturalnom razvoju infrastrukture i strateških usluga uz odgovorno trošenje javnih sredstava, podsticanje konkurencije na tržištu, korišćenje znanja i stručnosti privatnog sektora, podsticanje inovacija uz zaštitu životne sredine itd.

Svi navedeni ciljevi koji se žele ostvariti ovim pravnim instrumentima imaju za krajnji cilj ostvarenje javnog interesa tj. interesa svih što je i konstatovano u prijedlozima zakonskih tekstova.

Oblastima koncesija i javno-privatnog partnerstva bavi se i **Izvjestaj EK za Crnu Goru** i ukazuje na potrebu njihovog usklađivanja sa zakonodavstvom EU.

Ono što je navedeno kao preporuka iz ovogodišnjeg izvještaja za Poglavlje 5: "Crna Gora ostaje umjereno spremna za članstvo u oblasti javnih nabavki, koja može biti posebno podložna korupciji. Tokom 2018. godine postignut je ograničeni napredak, a nastavljaju se **pripreme za nove zakone o koncesijama i javnim nabavkama, s ciljem usklađivanja sa Direktivom EU o javnim nabavkama iz 2014.** Institucionalne promjene u dijelu Uprave za javne nabavke, uvedene krajem 2018, će možda imati uticaj na kapacitet Crne Gore za sprovođenje i izvršenje.

Prošlogodišnje preporuke su dijelom ispunjene a odnosile su se na

→ donošenje zakona koji je usklađen s Direktivom o javnim nabavkama EU iz 2014. godine, **uključujući i pitanje koncesija;**

→ pripremanje detaljnog sveobuhvatnog plana iniciranja elektronskih nabavki;

→ poboljšanje funkcionisanje sistema **pravnih lijekova**, uključujući i pokrivanje nabavki male vrijednosti, koncesija i nabavki u oblasti odbrane, i poboljšanje administrativnih kapaciteta i infrastrukture Državne komisije za kontrolu javnih nabavki.

U predstojećoj, (2019 godini), Crna Gora bi posebno trebalo da:

→ **donese i implementira zakone o javno-privatnim partnerstvima i javnim nabavkama;**

→ pripremi detaljan i sveobuhvatan plan za odvijanje elektronskih javnih nabavki;

→ dalje poboljša funkcionisanje sistema pravnih lijekova, kao i administrativni kapacitet i IT infrastrukturu Državne komisije za kontrolu javnih nabavki."

Dakle pitanje koncesija i JPP se posmatra u sklopu oblasti javnih nabavki jer je u pitanju trošenje javnog novca odnosno budžetskih sredstava i uz sve osobenosti koje svaki od ovih ugovora i pravnih poslova nosi cilj je isti: zadovoljenje javnog interesa. Zato i međunarodni standardi u ove tri oblasti polaze od ujednačenog formalnopravnog pristupa za svaki proces a to je procedura javnih nabavki, uz osobenosti javnog ugovora shodno osobenostima pravnog posla.

I u Strategiji reformi javnih nabavki za period 2016-2020, Crna Gora je prepoznala ovu problematiku i obavezala se na sljedeće:

1. CG mora uskladiti čitav zakonodavni sistem javnih nabavki s pravnom tekovinom EU u svim oblastima, **s posebnim fokusom na oblast koncesija, javno-privatnog partnerstva (JPP) i nabavke u oblasti odbrane.**
2. CG mora postaviti adekvatne administrativne i institucionalne kapacitete na svim nivoima i preduzeti adekvatne mjere da osigura primjenu zakona prije pristupanja EU. Ovo posebno podrazumijeva:
 - 2.1. Implementaciju Strategije za razvoj sistema javnih nabavki za period 2011-2015 i akcionih planova za njeno sprovođenje u cilju jačanja administrativnih kapaciteta, uključujući adekvatne obuke na svim nivoima.
 - 2.2. Pripremu praktičnih alatki za nadgledanje (*uključujući administrativna pravila, instrukcije, priručnike i standardna ugovorna dokumenta*).
 - 2.3. Jačanje kontrolnih mehanizama koji su neophodni kako bi se osiguralo da sistem bude pouzdan, uključujući dobar nadzor i pojačanu transparentnost faze izvršenja javnih ugovora zasnovanih na sistematičnoj procjeni rizika sa prioritonom kontrole ranjivih sektora i procedura.
 - 2.4. Efikasno funkcionisanje sistema pravne zaštite, uključujući pravnu zaštitu u oblasti koncesija, JPP i oblasti odbrane.

2.5. Mjere/aktivnosti vezane za prevenciju i borbu protiv korupcije i sukoba interesa u oblasti javnih nabavki kako na državnom tako i na lokalnom nivou.

3. CG mora pokazati dobar bilans rezultata fer i transparentnog funkcionisanja sistema javnih nabavki koji obezbjeđuje **vrijednost za novac, konkurenciju i efikasnu zaštitu od korupcije.**

Aktivnosti na ispunjenju završnih mjerila su brojne i sve su ili otpočele ili isplanirane, definisane rokovima i date Vladi na informisanje. Neke aktivnosti podrazumijevaju:

- Donošenje novog Zakona o JPP.
- Donošenje novog Zakona o javnim nabavkama (*ZoJN*), čiji je rok utvrđivanja na Vladi, prema planovima, I kvartal 2017. godine, a koji će biti usklađen sa novim paketom Direktiva iz 2014. godine koje uređuju ovu oblast.
- Uspostavljanje elektronskog sistema javnih nabavki, čija je procijenjena vrijednost 1,65 miliona eura, kroz Instrument predpristupne pomoći (*IPA*) 2014.
- Izrada Strategije razvoja sistema javnih nabavki za period 2016-2020. godine.

b. Pravni okvir

S obzirom da je Programom rada Vlade Crne Gore od 2019. godine planirano donošenje Prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama, Agencija za sprječavanje korupcije je u cilju otklanjanja mogućih rizika za nastanak korupcije ili njihovog usklađivanja sa međunarodnim standardima iz oblasti antikorupcije, analizirala navedeni Prijedlog uz osvrt na važeći Zakon o koncesijama.

Opšta zapažanja izmjena zakonskog okvira u ovoj oblasti tiču se pitanja da li se radi o sistemskom zakonu zbog postojanja pojedinih odredbi o obavljanju koncesione djelatnosti koje su sadržane u posebnim zakonima i da li je planirano usklađivanje posebnih zakona sa Zakonom o koncesijama.

Takođe, korišćenje termina *koncesija* u dva zakona: Zakonu o koncesijama i Zakonu o javno-privatnom partnerstvu, sa različitim ciljem i predmetom koji se tim zakonima žele ostvariti na samom početku izazivaju zabunu i pravnu nesigurnost. Zbog toga je potrebno jasno definisati i razgraničiti predmete oba zakona kako ne bi došlo do njihovog preklapanja, imajući u vidu različite pravne režime i različite institucije nadležne za praćenje njihovog sprovođenja, utvrđene ovim zakonima kao i potrebu njihove usklađenosti sa izvorima prava EU.

Opšta zapažanja uključuju i disperziju ovlašćenja za pripremu zakona i vođenje politike u ovoj oblasti u okviru dva različita resora državne uprave: ministarstvo ekonomije i ministarstvo finansija.

Opšta zapažanja su u skladu sa zaključkom italijanskih eksperata iz već pomenutog IPA projekta da *kompleksnost pravnog okvira utiče na efikasnost sistema i njegovu kontrolu*.

Komentari i sugestije koje Agencija daje na tekst Prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama su sljedeći:

Član 4 izmjena i dopuna zakona navodi predmet koncesije koji se uglavnom odnosi na korišćenje prirodnih bogatstava i apsolutno je pravo donosioca odluka da odluči koja prirodna bogatstva i dobra od opšteg interesa, odnosno njihovo korišćenje mogu biti predmet koncesije i koliko je prihod po takvom osnovu strateški bitniji od njihovog očuvanja, imajući u vidu načela na kojima počivaju koncesije u EU zakonodavstvu (posebna pažnja na očuvanje životne sredine).

Iskustva iz regiona nam pokazuju da, npr. Zakon o koncesijama Republike Hrvatske kao i zakon Republike Srbije (koji na jednom mjestu reguliše koncesije i javno-privatna partnerstva) izričito zabranjuje korišćenje šuma kao predmet koncesije.

Imajući u vidu navedeno kao i prethodno iskustvo sa koncesionim ustupanjem korišćenja određenih prirodnih bogatstava, dobra u opštoj upotrebi ili drugog dobra, izvještaje DRI, Poreske uprave i drugih relevantnih organizacija u CG o nenaplativosti koncesionih naknada tokom dugog niza godina trajanja pojedinih ugovora, štete koja po tom osnovu proizilazi za državu ne samo u smislu finansijskog gubitka novca po osnovu naknade nego i strateškog gubitka prirodnih resursa, predmet koncesije koncipiran u izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama zahtijevaće

dužnu pažnju institucija zaduženih za sprovođenje zakona kako bi se cilj zakona ostvario na najbolji način.

U odnosu na član 7 stav 3 postojećeg Zakona: Obavještanje o predmetima i područjima koncesija koji pod javnom raspravom za usvajanje strategije razvoja određene oblasti smatra i javnu raspravu o godišnjem planu koncesija za tu oblast, Agencija smatra da narušava princip transparentnosti i konkurencije među potencijalnim koncesionarima i drugim zainteresovanim subjektima koji bi dali određene primjedbe na ostvarivanje javnog interesa kroz planirane koncesije.

Ovdje želimo da ukažemo i na potrebu planiranja pojedinih koncesionih djelatnosti u pojedinim oblastima za duži vremenski period a ne samo na jednogodišnjem nivou jer se tako dosljedno ostvaruje javni interes kroz strateško planiranje razvoja pojedinih oblasti i ne predstavlja samo uvećanje budžetskih prihoda na kratak rok.

Imajući u vidu da je javno – privatno partnerstvo po definiciji dugoročan pravni posao između javnog naručioca i ponuđača i da u te dugoročne poslove spadaju i koncesije za radove i koncesije za usluge na način kako ih definiše Zakon o JPP, postavlja se pitanje da li je rok (ne duži) od 30 tj. 60 godina za koncesije kako su one definisane ovim Prijedlogom zakona (i važećim zakonom) predugačak odnosno na koji način se njime ostvaruje konkurentnost kao jedan od principa ovog zakona.

Veliki napredak predstavlja uvođenje adekvatne pravne zaštite odnosno odlučivanje Komisije za koncesije po žalbama čime se garantuje pravni lijek.

Međutim, važno pitanje koje su italijanski eksperti istakli tokom IPA misije bilo je pitanje nezavisnosti Komisije za koncesije.

Agencija smatra da su članovi Komisije za koncesije javni funkcioneri u smislu člana 9 stav 2 Zakona o sprječavanju korupcije jer učestvuju u donošenju odluka, te u tom smislu ograničenja za njihov izbor iz člana 10 stav 6 postojećeg zakona je potrebno proširiti u smislu Zakona o sprječavanju korupcije i ograničenja koja postavlja ovaj zakon. Na isti način i mogućnost primanja naknade po osnovu članstva u Komisiji treba da prati ograničenja predviđena Zakonom o sprječavanju korupcije.

U odnosu na član 12 Zakona o koncesijama i regulisanja eventualnog sukoba interesa članova Komisije, italijanski eksperti predviđaju potpisivanje Izjave o sukobu interesa za svaki konkretni slučaj i potrebu regulisanja slučajeve kada se odluka ipak donese uz postojanje sukoba interesa.

U odnosu na član 15 preporuka eksperata je da Registar ugovora o koncesijama sadrži svu relevantnu dokumentaciju o dodijeljenim koncesijama kako bi se princip transparentnosti u potpunosti ispoštovao.

U odnosu na član 10 Prijedloga zakona o izmjenama i dopunama kojim se mijenja član 20 važećeg zakona Agencija smatra da ga treba posmatrati u smislu: osnovnih načela instituta, trošenja javnog novca, iskorišćavanja prirodnih bogatstava, ovlašćenja za odlučivanje o isključenju javnosti kao i ovlašćenja o davanju koncesije u slučajevima u kojima je isključena javnost. Ovo se naročito odnosi na stav 2 tačka 4 ovog člana koji može da znači potpuno isključenje postupka dodjele koncesije ali i na druge slučajeve iz ovog stava.

U odnosu na izmjene i dopune člana 23 koje su predviđene članom 13 Prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama predlažemo da se posebnim članom normiraju i antikorupcijska pravila kojim bi se precizno definisao postupak u slučaju davanja poklona ili neke druge koristi od strane ponuđača članu tenderske komisije (npr. da se takav ponuđač isključi iz postupka dodjele ugovora, da se evidentiraju takvi slučajevi i obavijeste nadležni organi, da se tako zaključeni ugovor proglašni ništavim, da se posebno naglasi obaveza prijavljivanja korupcije, kao i zaštita lica koja su je prijavila takve slučajeve ...), kao što je to sadržano i u Zakonu o javnim nabavakama.

U vezi sa članom 26 važećeg zakona, kao i u slučaju konflikta interesa kod članova Komisije za koncesije, smatramo da bi članovi tenderske komisije trebali da potpišu izjavu o sukobu interesa, a da odluke koje su donijete uz sukob interesa budu ništave.

Skraćenje postupka iz člana 40 važećeg zakona koji predviđa isključenje javnosti iz postupka dodjele koncesija narušava princip transparentnosti koji ovaj zakon proklamuje. Smatramo da je isključenje javnosti kroz navedeni član posebno problematično jer se skraćeni postupak u ovom članu vezuje samo za rok a ne i za vrijednost koncesije.

U odnosu na čl. 45 i 46 važećeg zakona kojim je predviđena obaveza nadležnog organa da zaključeni ugovor o koncesiji dostavi Komisiji, organu uprave nadležnom za naplatu javnih prihoda i organu nadležnom za poslove imovine, smatramo da je potrebno predvidjeti i prekršajne odredbe za odgovorno lice u nadležnom organu ukoliko se u predviđenom roku zaključeni ugovori ne dostave. Ovo iz razloga važnosti naplate naknade za koncesije, upisa zabilježbe tereta u katastru nepokretnosti i ažurnom vođenju Registra ugovora o koncesijama od strane Komisije.

ZAKLJUČAK

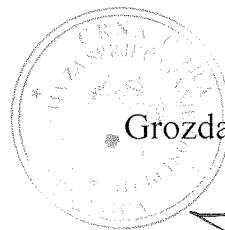
Agencija je analizirala odredbe Prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama i Zakona o koncesijama kroz ispunjavanje jedne od svojih osnovnih nadležnosti definisanih zakonom, ispunjavanje obaveza koje kao koordinator za oblast Prevencija korupcije ima kroz Poglavlje 23 a to je praćenje stanja u oblastima od posebnog rizika na korupciju.

U Mišljenju, Agencija se rukovodila strateškim ciljevima koji su postavljeni za analiziranu oblast, preporukama iz međunarodnih izvještaja i Izvještaja EK.

Imajući u vidu navedeno Agencija je posebnu pažnju posvetila obavezujućim izvorima prava EU za analiziranu oblast, načelima i principima na kojima institut koncesije i javnih ugovora počiva, potrebu pomirenja ovih načela sa načelom zadovoljenja javnog interesa i potrebu postojanja konzistentnog normativnog okvira u ovoj oblasti. Konzistentan pravni okvir prati takav institucionalni okvir što u idealnom omogućava efikasan sistem kontrole.

Agencija je posebno naglasila potrebu uvođenja antikorupcijskog pravila i razradu postojanja sukoba interesa i posljedica koje proizvodi.

Obradio:
Dalibor Šaban



Načelnik:
Grozdana Laković

