



SIGMA

Podrška unapređenju uprave i menadžmenta
Zajednička inicijativa OECD i Evropske Unije, koju, većim dijelom, financira EU

Strukovni pregled

Koncesije i javno-privatna partnerstva u Bosni i Hercegovini

Finalni izvještaj

Novembar 2008./septembar 2009.

1	SAŽETAK	3
2	OPĆE INFORMACIJE	6
3	EU POLITIKA I PRAVNI OKVIR	9
3.1	EU KONTEKST – KONCESIJE.....	9
3.2	EU KONTEKST – JAVNO-PRIVATNA PARTNERSTVA (PPP).....	12
3.3	EU KONTEKST – PRAVNA LIJEK	13
4	ANALIZA ZAKONODAVNOG OKVIRA U BOSNI I HERCEGOVINI.....	15
4.1	UVOD.....	15
4.2	BIH DRŽAVNO ZAKONODAVSTVO	17
4.3	ZAKONODAVSTVO REPUBLIKE SRPSKE	24
4.4	ZAKONODAVSTVO FEDERACIJE BIH	30
5	ANALIZA PRAKSE – DODJELA KONCESIJA	32
5.1	PREGLED.....	32
5.2	BIH DRŽAVNA PRAKSA	32
5.3	PRAKSA U REPUBLICI SRPSKOJ	37
5.4	PRAKSA U FEDERACIJI BIH	43
6	ANALIZA INSTITUCIJA.....	48
6.1	INSTITUCIONALNI OKVIR U EU – PREGLED.....	48
6.2	KOMISIJA ZA KONCESIJE BIH	51
6.3	KOMISIJA ZA KONCESIJE REPUBLIKE SRPSKE	55
6.4	KOMISIJA ZA KONCESIJE FEDERACIJE BIH	58
6.5	OPĆI KOMENTARI NA INSTITUCIONALNO UREĐENJE BIH.....	60
7	PREPORUKE	62
7.1	KONTEKST	62
7.2	PROMJENE ZAKONODAVNOG OKVIRA	63
7.3	OBUKA I PRENOS ZNANJA	67
7.4	INSTITUCIJE	68
7.5	PRIJEDLOZI ZA TEHNIČKU POMOĆ	71

1 Sažetak

Na zahtjev Delegacije Evropske komisije u Bosni i Hercegovini i Komisije za koncesije BiH, SIGMA je u proljeće 2008. obavila pregled sistema dodjeljivanja koncesija i javno-privatnog partnerstva (PPP) na državnom i entitetskom nivou u Bosni i Hercegovini. Pregled je obuhvatio analizu sistema BiH koncesija i PPP u cjelini, fokusirajući se na rad i učinkovitost sistema. Zakonodavstvo i praksa u Bosni i Hercegovini su uspoređeni sa relevantnim zakonodavstvom EU i praksom zemalja članica EU.

Izvještaj o pregledu prepoznaje propuste u zakonodavstvu (i neusklađenost sa *acquis communautaire*), te opisuje prednosti i slabosti sistema, naročito u smislu pravnog i institucionalnog okvira. Namjera izvještaja i preporuka je da pomognu elaboriranju strategije kojom se utvrđuju kratkoročni, srednjoročni i dugoročni ciljevi za postizanje načelno otvorenog, pravednog i transparentnog sistema. Najvažnija je, međutim, potreba za uspostavljanje jasnog i čvrstog pravnog i institucionalnog okvira, koji će potaći konkurenciju i osigurati prijeko potrebne investicije u širokom rasponu koncesionog sektora, poput infrastruktura, škola, domova i bolnica.

Važno je napomenuti da se postojeći zakoni o koncesijama na državnom i entitetskom nivou mogu smatrati pomakom ka uvođenju suvremenog pravnog sistema, iako još uvijek nisu u skladu sa zahtjevima EU, iz mnogih razloga koji su navedeni u ovom izvještaju.

Ono što je pozitivno jeste da zakoni odražavaju namjeru kreiranja solidne pravne osnove za dodjeljivanje koncesija koje mogu privući strane investitore. Oni jasno ciljaju ka poticaju općeg seta uvjeta koji promoviraju razvoj neophodnih infrastrukturnih projekata i drugih projekata u formi modela koncesija. Ovaj cilj je naglašen u članu 2. državnog Zakona BiH, i u Zakonu Federacije BiH, te u članu 3. Zakona Republike Srpske. Ovdje je namjera zakona opisana kao stvaranje “transparentnog”, “nediskriminacijskog” i “jasnog” pravnog okvira za utvrđivanje uvjeta pod kojim se lokalnim i stranim pravnim licima mogu dodijeliti koncesije, kao i za poticaj investiranja stranog kapitala.

Nažalost, zakoni također sadrže odredbe u kojima nedostaje dobih namjera zakonodavaca, kao što je opisano u tim članovima. Ovi nedostaci su također vodili ka praksi koja nije u skladu sa osnovnim zahtjevima EU. Nekoliko osoba sa kojima je tim kolega koji je radio na pregledu razgovarao u toku inicijalnih posjeta koje su za cilj imale prikupljanje podataka o činjeničnom stanju, a zatim i na seminarima, naglasile su da su svjesne ovog problema.

Osnovna karakteristika sistema koncesija, koja je ujedno i predmet najveće zabrinutosti tima za pregled, jeste da je veoma veliki broj ugovora o koncesijama i javno-privatnom partnerstvu dodijeljena putem samoinicijativnih ponuda, bez dovoljno otvorene, transparentne i konkurentne procedure. Upotreba samoinicijativne ponude znači da koncedent nije u poziciji da procijeni da li koncesija (na osnovu

samoinicijativne ponude) predstavlja najpovoljniju ponudu u tehničkom i ekonomskom smislu. Za takvu procjenu bi bila potreba tenderska procedura sa učešćem najmanje tri ponuđača, što bi koncedentu poslužilo kao dokaz da je učinjeno sve kako bi se osiguralo pronalaženje tehnički i ekonomski najpovoljnije ponude. Nedostatak otvorene i konkurentne procedure znači da je popuštena mogućnost pozivanja dodatnih potencijalnih kandidata i proširivanje osnova natjecanja. Ovo, zauzvrat, vodi ka nedostatku realne konkurencije u cijenama, jer su ponuđači pod manjim pritiskom da ponude veću vrijednost za novac, i u smislu koncesione naknade kao i kvalitete proizvoda. Krajnji rezultat je da će prihod od koncesione naknade vjerojatno biti niži, a krajnji korisnici neće neophodno dobiti najveću vrijednost za novac.

Izgleda da je ovaj popust da se koristi javni poziv za započinjanje procesa postao institucionaliziran. To znači da se koncesije i javno-privatna partnerstva ne dodjeljuju u skladu sa osnovnim principima transparentnosti, odgovarajućeg i pravednog natjecanja i jednakog tretmana, popisanih u Ugovoru o EZ.

Ova karakteristika sistema koncesija u BiH vodi ka prvom osnovnom izazovu (i relevantnim preporukama), a to je **zahtjev za određeni broj značajnih izmjena u pravnom okviru**, od kojih je najvažnija transpozicija smjernica Evropske komisije u državni zakon. Također, postoji i načelna potreba za kreiranjem pouzdanog i suvremenog regulatornog okvira, koji štiti osnovne principe ugovora u nabavci svih koncesija i javno-privatnih partnerstava, uključujući područja koja nisu direktno obuhvaćena detaljnim odredbama Smjernica Evropske komisije. Takav okvir bi rezultirao procesom nabavke u konkurentnoj proceduri kao normi za dodjeljivanje koncesija i javno-privatnih partnerstava.

Nekoliko zakonskih akata regulira procedure dodjeljivanja koncesija: Zakon o koncesijama na državnom nivou, entitetski zakoni o koncesijama i kantonalni zakoni o koncesijama. Jasno je da samo istovremeno postojanje nekoliko pravnih režima koncesioniranja na teritoriji BiH – čak i ako se samo neznatno razlikuju jedni od drugih – predstavlja prepreku realiziranju koncesionih projekata, jer, po mišljenju potencijalnih privatnih investitora i njihovih finansijera ovi projekti pokrivaju teritorije na kojima važe različiti zakoni o koncesijama. Ovo se smatra najvećom preprekom za razvoj koncesionih projekata vezanih za izgradnju infrastrukture u Bosni i Hercegovini, poput autoputeva, željeznice ili energetske postrojenja.

Zbog toga postoji ključna potreba osiguravanja da sve izmjene budu napravljene način koji je u potpunosti **konzistentan** između države, oba entiteta i kantona. Tim za pregled je predložio nekoliko načina postizanja ovakvog ishoda.

Drugi osnovni izazov će biti **uspostavljanje učinkovitog i potpuno neovisnog žalbenog mehanizma**. Tim za pregled je zaključio da žalbeni sistem trenutno nije u skladu sa direktivom o pravnim lijekovima EU, ali da postoji potencijal za poboljšanje.

Uvođenje konkurentskog procesa kao standardne procedure za dodjeljivanje koncesija i javno-privatnih partnerstava će označiti značajnu promjenu u praksi i ulogama učesnika u procesu. Dodatni resursi i obuka će biti postavljeni kao zahtjev za koncedente (uključujući resorna ministarstva) i za koncesionare, kako bi se osiguralo da svi učesnici u procesu budu dovoljno dobo pripremljeni za učestvovanje u konkurentskom procesu na učinkovit i definiran način. Tim za pregled je u nekoliko navrata dobio informacije da je jedan od osnovnih razloga nekorisćenja konkurentskog procesa nedostatak resursa i ekspertize za pripremanje studije izvodljivosti. Ovo je pitanje kojim se potrebno posebno pozabaviti. Tim za pregled je također došao do zaključka da se opseg dodijeljenih ugovora o koncesijama i iskustva Komisije za koncesije, resornih ministarstava i vlasti razlikuju u velikoj mjeri. Znanje i iskustva u upravljanju ovim projektima se, stoga, smatra nedosljednim i fragmentiranim.

Ovo vodi ka trećem osnovnom izazovu i relevantnim preporukama, a to je potreba da se **osiguraju podrška i obuka**, kao i osiguravanje konstantnog dijeljenja i prenošenja znanja o provođenju konkurentskog procesa. Također, postoji i zahtjev za pripremanje odgovarajućeg budžeta kako bi se osiguralo da koncedenti budu u stanju da pripreme jasnu studiju izvodljivosti, radije nego da se oslanjaju na koncesionare.

Ovo je usko vezano sa četvrtim osnovnim izazovom koji je naveo tim za pregled, a koji je vezan za **ulogu Komisije za koncesije u budućnosti**. Tim za pregled preporučio je bliže povezivanje uloga komisija sa ulogama njihovih evropskih partnera. Ovo bi značilo reduciranje odgovornosti u donošenju odluka komisija, ali bi značajno uvećalo njihove uloge u pružanju podrške u pripremanju projekata, obrazovanju i kreiranju politike, u funkciji izvora znanja i pozitivne prakse.

Posljednji osnovni izazov je povezan sa **povećanom transparentnošću i pojednostavljivanjem** u smislu raspoloživih informacija o mogućnostima koncesioniranja i dodjeljivanju koncesija. Tim za pregled predložio je ponovno definiranje uloge Komisije za koncesije na državnom nivou u BiH, kako bi, pored svoje regulatorne funkcije u dodjeljivanju koncesija na državnom nivou, preuzela i vodeću ulogu u prikupljanju informacija o PPP/koncesijama i dodijeljenim ugovorima širom zemlje, u centralnog registra svih koncesija koje su na raspolaganju javnosti, prikupljanju statističkih podataka vezanih za koncesije u cijeloj zemlji, provedbi jedinstvenog sistema objavljivanja poziva i osiguravanju podrške potencijalnim koncesionarima. Ova izmjena u ulozi državne Komisije za koncesije ne bi neophodno umanjila odgovornosti i ovlasti drugih nivoa uprave (entiteta, općina, itd.) u procesu donošenja odluka u pojedinačnim slučajevima ili svakodnevnim operativnim aktivnostima.

2 Opće informacije

U proljeće 2008. godine, Delegacija Evropske komisije u Sarajevu i Komisija za koncesije BiH su zatražila pomoć stručnjaka/strukovnih kolega iz SIGMA-e za sistem dodjeljivanja i upravljanja koncesijama i javno-privatnim partnerstvima (PPP) u BiH.

Strukovni pregled je osmišljena kao analiza sistema koncesija u BiH u cjelini. Fokus je bio na analiziranju rada i učinkovitosti sistema koncesija. Zakonodavstvo i praksa u Bosni i Hercegovini su uspoređeni sa relevantnim zakonodavstvom u EU i pozitivnom praksom zemalja članica EU.

Izveštaj o pregledu prepoznaje propuste u zakonodavstvu (i neusklađenost sa *acquis communautaire*), te opisuje prednosti i slabosti sistema, naročito u smislu pravnog i institucionalnog okvira.

Ciljevi pregleda bili su:

- Ispitati pravne i institucionalne strukture i mehanizme dodjeljivanja ugovora o koncesijama i javno-privatnim partnerstvima;
- Osigurati informacije i analize o relevantnom zakonodavstvu i praksi u EU i zemljama članicama EU;
- Ponuditi prijedloge i razgovarati o rješenjima sa interesnim stranama u BiH za promjene i unapređenje pravnih i institucionalnih struktura i mehanizama dodjeljivanja, kako bi se osiguralo bolje prilagođavanje EU praksi u području koncesija i javno-privatnih partnerstava, što bi dovelo do efikasnijeg, koherentnijeg i predvidljivog sistema koncesija i PPP-a u zemlji.

Tim za pregled

Članovi tima za pregled bili su:

- Martin Oder (Austrija) – kvalificirani pravnik, partner u Haslinger Nagele & Partners (Beč), stručnjak za nabavku na projektima, koncesije i javno-privatna partnerstva;
- Susie Smith (Ujedinjeno Kraljevstvo) – kvalificirana pravica, pravna savjetnica i neovisna stručnjakinja za nabavku u nekoliko zemalja;
- Marian Lemke – viši savjetnik za javnu nabavku, SIGMA

Proces pregleda

Dva zadatka utvrđivanja činjenica obavljena su u julu 2008. godine: u Banja Luci u periodu od 7. do 11. jula, i u Sarajevu u periodu od 21. do 25. jula.

Zadacima utvrđivanja činjenica prethodilo je dostavljanje velikog broja dokumenata – većinom zakona i pravila vezanih za predmet ispitivanja – kako bi se timu omogućilo da upoznaju trenutnu situaciju u Bosna i Hercegovina.

Tokom obavljanja ovih zadataka, tim za pregled je imao priliku da se sretne sa svakom od tri komisije za koncesije, kao i sa predstavnicima državnih i ministarstava Republike Srpske i Federacije, državnim i revizorima iz oba entiteta, kao i sa vanjskim stručnjacima. Tim je, također, imao priliku razgovarati sa koncesionarima u Republici Srpskoj i federalnoj Direkciji za puteve.

Svrha strukovnog pregleda je bila analiza ključnih karakteristika i tendencija u pravnom okviru i praksi dodjeljivanja koncesija, kao i pružanje strateških savjeta za buduće razvoje. Izvještaj ne daje kompletan opis svih važećih pravnih akata već se fokusira na zakonodavstvo na državnom i entitetskom nivou. Nisu uključeni propisi koji su doneseni na nivou 10 kantona i u Brčko Distriktu. Ipak, zakonodavstvo na lokalnom nivou se, u principu, ne bi trebalo razlikovati od pravnih akata kojima se ovaj izvještaj bavi. Svo kantonalno zakonodavstvo je usvojeno po modelu federalnog zakona (svi kantonalni propisi bi trebali biti u potpunosti usklađeni sa federalnim zakonom). Stoga bi razmatranje 10 kantonalnih zakona uveliko zakompliciralo strukturu Izvještaja a ne bi imalo utjecaja na njegove zaključke.

Iako tim za pregled nije imao uvid u dokumente, niti se susreo sa predstavnicima kantona i Distrikta Brčko, bili su u mogućnosti da dobiju opći pregleđ prakse u kantonima na osnovu održanih intervjua. Te informacije su uzete u obzir pri izradi ovog izvještaja.

Nažalost, nemoguće je bilo razgovarati sa svim interesnim stranama u koncesijama/javno-privatnim partnerstvima – zbog ograničenog vremena. Međutim, tim za pregled smatra da je stekao objektivni uvid u trenutnu situaciju tokom trajanja revizije.

Kao rezultat zadatka utvrđivanja činjenica, tim za pregled je dobio značajnu dodatnu dokumentaciju, uključujući godišnje izvještaje sve tri komisije za koncesije, statističke podatke i dodatne informacije o zakonima i pravilima vezanim za koncesije i javno-privatna partnerstva.

Tim za pregled se zatim susreo u uredu SIGMA-e u Parizu, kako bi razgovarali o inicijalnim nalazima, predloženim sljedećim koracima i pripremanju nacrtu izvještaja. Svi članovi tima su izrazili zabrinutost rezultatima zadatka utvrđivanja činjenica, koji su otkrili da su zakoni (u određenoj mjeri) i praksa dodjeljivanja koncesija i javno-privatnih partnerstava (u mnogo većoj mjeri) u Bosni i Hercegovini značajno izvan prihvatljive prakse EU.

Tim za pregled se složio da bi bilo korisno sa kolegama u Bosni i Hercegovini podijeliti više informacija o pravnom kontekstu EU i EU praksama u dodjeljivanju javno-privatnih partnerstava i koncesija. Kao rezultat, tim za pregled je organizirao poludnevnu radionicu u Sarajevu, 29. oktobra 2008. godine, kojoj su prisustvovali predstavnici sve tri komisije za koncesije. Tim za pregled je sa zadovoljstvom prihvatio

moгуćnost da razgovara o pitanjima koja su postavljali učesnici, a članovi tima su bili impresionirani nivoom interesiranja i posvećenosti temi. Tim za pregled je također iskoristio priliku da pojasni određeni broj pitanja koja su se pojavila za vrijeme revizije dokumenata i razgovora.

Tim za pregled je smatrao da bi bilo korisno predstaviti inicijalne nalaze revizije svim interesnim stranama pije cirkuliranja nacrtu izvještaja. S tim ciljem je 26. novembar 2008. godine organiziran sastanak u Banja Luci.

Nacrt izvještaja predstavljen je nedugo nakon sastanka održanog u Banja Luci 26.11. 2008. Godine. Tri komisije za koncesije su razmotrile nacrt izvještaja i dostavile timu za pregled komentare u pisanoj formi. U tom smislu, tim za pregled je inkorporirao određen broj izmjena i dopuna kojim su se ispravile netačnosti. Tim za pregled je također zatražio još jedan sastanak koji je organiziran u Banja Luci 1.7.2009. godine. Diskusija na sastanku je značajno doprinijela definiranju novih izmjena i napomena koje su naknadno dodate u izvještaj.

Priznanja

Tim za pregled želi se zahvaliti svima koji su doprinijeli ovom procesu, na dragocjenom odvojenom vremenu i pružanjem mogućnosti timu da obavi otvorene, profesionalne i korisne razgovore. Posebno se zahvaljujemo g. Hamedu Mešanoviću, predsjedniku Komisije za koncesije BiH, g. Predragu Aškrabiću, predsjedniku Komisije za koncesije Republike Srpske, i g. Šefiku Koričiću, predsjedniku Komisije za koncesije Federacije BiH, kao i njihovim kolegama i osoblju komisija za koncesije, gđi Ireni Šotra, task menadžerici iz Delegacije Evropske komisije u Sarajevu. Tim se također zahvaljuje na saradnji osoblju ministarstava, uredima za reviziju i dugim institucijama i organizacijama.

3 EU politika i pravni okvir

3.1 EU kontekst – Koncesije

“Koncesije” nisu definirane u Ugovoru o Evropskoj zajednici ili drugim izvorima primarnog zakona EU. U sekundarnom pravu EU, definicija koncesija može se naći u Direktivi 2004/18/EC, gdje se spominju dvije vrste koncesija: “koncesije za javne radove” i “koncesije za usluge”.

Član 1.(3.) Direktive 2004/18/EC definiše “koncesije za javne radove” kao ugovor iste vrste kao ugovor o javnim radovima, osim činjenice da se radovi koje je potrebno izvesti sastoje ili samo od prava eksploatacije rada ili od ovog prava uz plaćanje. “Javni ugovor” je ugovor o novčanom interesu zaključen, u pisanoj formi, između jednog ili više privrednih subjekata i jednog ili više ugovornih vlasti, čiji je predmet obavljanje radova, pružanje usluga ili opskrba¹.

Članovi 56. do 65. Direktive 2004/18/EC sadrže posebna pravila koja propisuju dodjeljivanje koncesija za javne radove. Shodno tome, dodjeljivanje koncesija za radove u iznosu koji je jednak ili veći od granice propisane u članu 7. Direktive 2004/18/EC podliježe posebnom (na neki način manje rigidnom) režimu nabavke². Dodjeljivanje koncesija za radove od strane ugovornih organa koje obavljaju jednu ili više aktivnosti koje su obuhvaćene Komunalnom direktivom 2004/17/EC nije obuhvaćeno ovim posljednjim okvirom u kojem se te koncesije dodjeljuju za izvođenje komunalnih aktivnosti³.

Član 1. (4.) Direktive 2004/18/EC definiše “koncesije za usluge” kao ugovor iste vrste kao i “ugovor o javnim uslugama”, osim činjenice da se pružanje usluga sastoji ili samo od prava eksploatacije usluga

¹ Preciznije, radom se smatraju “*radovi u okviru značenja propisanog Direktivom 2004/18/EC*”: “ugovor o javnim radovima” mora za cilj imati ili izvršenje i projekta i izvršenja radova vezanih za neku od aktivnosti u okviru značenja propisanog u Aneksu I (t.j. odjeljak F prema NACE nomenklaturi, pri čemu različite su vrste aktivnosti gradnje navedene pojedinačno) ili realizaciju, bilo kojim sredstvima, rada koji odgovara zahtjevima navedenim od strane ugovornih organa [vidi član 1. (2.) (b) Direktive 2004/18/EC].

² Važno je naglasiti da Direktiva 2004/18/EC također sadrže obavezu za koncesionare da primjenjuju pravila javne nabavke u određenim okolnostima (t.j. kada se radi o koncesiji za obavljanje radova i kada koncesionar želi da povjeri ugovor za obavljanje javnih radova trećoj strani; Vidi članove 62. et.seq.).

³ Vidi član 18. Komunalne direktive 2004/17/EC.

ili od ovog prava uz plaćanje. Član 17. Direktive 2004/18/EC navodi eksplicitno da se Direktiva ne može primjenjivati na dodjeljivanje koncesijama za pružanje usluga⁴.

Međutim, to ne znači da koncesije za pružanje usluga (i ostale koncesije izvan obima Direktive 2004/18/EC) nisu predmet ovih pravila i osnovnih principa Ugovora o EZ. Evropski sud pravde (ECJ), je naglasio ovu činjenicu, koja podrazumijeva da su članovi 43. i 49. Ugovora o EZ primjenljivi na dodjeljivanje koncesija (za pružanje usluga): U svojoj poznatoj presudi iz 7. decembra 2000. godine, slučaj C-324/98, *TelAustria*, vezanoj za dodjeljivanje koncesije za pružanje usluga, ECJ je iznio mišljenje da *"...bez obzira na činjenicu da, prema postojećem pravu Zajednice, takvi ugovori [t.j. koncesije za pružanje usluga] nisu obuhvaćeni Direktivom 93/38 [t.j. prethodnom Komunalnom direktivom, koja je sada zamijenjena Direktivom 2004/17/EC; isto važi i za Direktivu 2004/18/EC], ugovorne strane koje ih zaključuju su, svejedno, obavezne da poštuju osnovna pravila Ugovora, načelno, a posebno principe nediskriminiranja na osnovu nacionalnosti; taj princip implicira, naročito, obavezu transparentnosti kako bi se osiguralo da ugovorne vlasti budu sigurne da je princip ispoštovan. Ta obaveza transparentnosti koja je nametnuta ugovornim vlastima sastoji se od osiguravanja, u korist svakog potencijalnog ponuđača, da stepen objavljivanja bude takav da omogućava tržištu usluga da bude otvoreno za konkurenciju, te da se nepristranost procedura nabavke može provjeriti."* (također vidi ECJ 13. septembar 2007. godine, slučaj C-260/04, *Komisija/Italija*; ECJ 21. juli 2005. godine, slučaj C-231/03, *Coname*; i ECJ 13. oktobar 2005. godine, slučaj C-458/03, *Parking Brixen*).

Ovu presudu je ECJ potvrdio i elaborirao ECJ u mnogim potonjim slučajevima. U slučaju C-382/05, ECJ je izrazio mišljenje da *"koncesije za pružanje usluga postoje tamo gdje se dogovorena metoda naplate sastoji od prava dobavljača usluga da za naplatu eksploatira svoje vlastite usluge i znači da on preuzima rizik povezan sa predmetnim pružanjem usluga."* (ECJ 18. juli 2007. godine, slučaj C-382/05, *Komisija/Italija*).

Međutim, važno je spomenuti da ne postoji precizna definicija koliko rizika, ili koje osnovne dijelove rizika nosi eksploatiranje prava korištenja radova i/ili usluga⁵. Pretpostavlja se da je pitanje da li se određeni ugovor kvalificira kao ugovor o koncesijama ili o javnim (radovima ili uslugama) potrebno razmatrati na osnovu pojedinačnih slučajeva, uzimajući u obzir sve indikativne faktore, od kojih je

⁴ Član 17 glasi: *"Ne dovodeći u pitanje primjenu člana 3., ova Direktiva se neće primjenjivati na koncesije za pružanje usluga, kako je definirano u članu 1. (4)."* Član 3. navodi obavezu nediskriminiranja za ugovorne organe koja garantira posebna ili isključiva prava privrednim subjektima da obavljaju pružanje javnih usluga.

⁵ Vidi nedavno dostavljeno (2.6.2009.) mišljenje AG Colomer-a u predmetu C-196/08, *Acoset*, gdje je potvrdio da je prijenos operativnog rizika jedan od najboljih znakova raspoznavanja da li se radi o ugovoru o koncesiji ili o javnoj nabavci, jer je prijenos rizika ključni element koncesije, ali ne potpada pod ugovor (recital 77).

najvažniji da li predmetne koncesije vode ka dodjeljivanju prava eksploatiranja određenih radova ili usluga kao i istovremenog preuzimanja značajnog dijela rizika vezanog za prijenos na koncesionare⁶.

Usklađenost sa principima nediskriminiranja na osnovu nacionalnosti, dakle, zahtijeva da dodjeljivanje koncesija poštuje minimum javnosti i transparentnosti⁷. Javnost se postiže objavljivanjem u Službenom glasniku Evropske unije, ali i na druge načine, poput objavljivanja na internetu, u vodećim međunarodnim novinama, itd.

Koncesije za pružanje usluga koje dodjeljuju ugovorni organi koji obavljaju jednu ili više aktivnosti u okviru Komunalne direktive 2004/17/EC nisu obuhvaćene Direktivom, kao što je slučaj sa koncesijama za obavljanje radova⁸.

Važno je naglasiti da je koncept koncesija za pružanje usluga i obavljanje radova koncept prava EU, te da se mora tumačiti u svjetlu prava EU, bez obzira na to da li je, prema nekom državnom zakonu, koncept koncesija definiran drugačije. Pored toga, činjenica da je određeni ugovor nazvan ili proglašen “ugovorom o koncesiji” od strane ugovornih organa, ne utječe na određivanje njegove prave prirode sa aspekta prava EU. Drugim riječima, ugovor koji se smatra “ugovorom o koncesiji” može u stvarnosti biti ugovor o javnoj nabavci u smislu Direktive 2004/18/EC (i time u potpunosti predmetom pravila javne nabavke) ukoliko njegov predmet ne ispunjava zahtjeve ugovora o koncesiji (za obavljanje radova ili pružanje usluga), kako je definirano Direktivom 2004/18/EC i sudskom praksom ECJ (kao što je navedeno ranije u tekstu). Također je moguće da ugovor koji se smatra “ugovorom o koncesiji” prema državnom zakonu bude ugovor koji nije obuhvaćen direktivama Evropske komisije o javnim nabavkama (poput mnogih “ugovora o koncesiji” dodijeljenih u Bosni i Hercegovini u području poljoprivrede i ribarstva, te drugi ugovori vezani samo za eksploatiranje prirodnih resursa). Ipak, ovo ne znači da pravo EZ nije uopće primjenjivo na dodjelu takvog (koncesionog) ugovora. Ako javni organ takvim ugovorom povjerava (bilo da se zove ugovor o koncesiji ili ne) nabavku ekonomskih aktivnosti trećoj strani, pri dodjeli ovog ugovora, u tom slučaju, moraju se primjenjivati principi Ugovora o EZ.⁹

Sljedeći problem je jasno razlikovati ugovore o javnoj nabavci i ugovore o koncesiji, jer Direktiva 2004/18/EC propisuje u određenoj mjeri različite režime za ove dvije vrste ugovora, sa aspekta nabavke. Ukoliko se radi o mješovitom ugovoru, t.j. ugovoru koji sadrži određene elemente koji se odnose na usluge i elemente koji se odnose na radove, onda je prije početka procedure i objavljivanja u Službenom

⁶ Vidi mišljenje AG Fennelly, 18.5.2000., slučaj C-324/98, *TelAustria*, odjeljak 37 et seq.

⁷ Vidi Mišljenje AG Fennelly, 18.5.2000., Slučaj C-324/98, *TelAustria*, stavak 43. et.seq.

⁸ Vidi član 18. Komunalne direktive 2004/17/EC.

⁹Vidi *Tumačenjski komuniké Evropske komisije o IPPP-u* 5.2.2008, C(2007)6661; Mišljenje AG Colomer od 2.6.2009 u predmetu C-196/08, *Acoset*.

glasniku EU potrebno donijeti odluku o tome koji od ova dva elementa predstavlja osnovnu karakteristiku ugovora. Ukoliko su radovi prateći dio predmeta ugovora, i postoje određene posljedice koje iz toga proizlaze ili koje su tome komplementarne, ugovor se ne može smatrati ugovorom o obavljanju radova¹⁰ (nego kao ugovor o pružanju usluga ili koncesija).

3.2 EU kontekst – javno-privatna partnerstva (PPP)

Ne postoji jasna (pravna) definicija na nivou EU o tome šta čini javno-privatno partnerstvo (PPP). Načelno, javno-privatno partnerstvo može biti opisano kao bilo koji oblik saradnje između javnih organa i privatnih privrednih subjekata, često sa ciljem osiguravanja financiranja, izgradnje, obnove, upravljanja i održavanja infrastrukture (radovi) i/ili pružanja usluga (vidi *Zelenu knjigu o javno-privatnom partnerstvu i zakonodavstvo Zajednice o javnim ugovorima i koncesijama*, Evropska komisija, 30. april 2004. godine, COM (2004) 327 finalni).

Pravni okvir EU ne sadrži zakon o javno-privatnim partnerstvima, niti poseban pravni sistem koji propisuje izbor privatnih partnera za javno-privatna partnerstva od strane javnih tijela. Sa aspekta pravila o nabavci Evropske komisije, ugovori o javno-privatnom partnerstvu su javni ugovori, koncesije (javni radovi ili usluge), ili ugovori koji nisu obuhvaćeni direktivama o javnim nabavkama Evropske komisije. U skladu s tim, ugovori o javno-privatnom partnerstvu koji se kvalificiraju kao ugovori o javnim radovima ili javnim uslugama u okviru direktiva o nabavkama Evropske komisije moraju biti dodijeljeni u skladu sa odredbama ovih direktiva. U slučajevima kada se javno-privatna partnerstva smatraju koncesijama za obavljanje javnih radova, moraju se primijeniti posebne odredbe koje propisuju dodjeljivanje koncesija za obavljanje javnih radova¹¹. Javno-privatna partnerstva koja se mogu smatrati koncesijama za pružanje usluga ili koja su posebni ugovori (t.j. u području odbrane) uopće nisu obuhvaćena direktivama o nabavkama Evropske komisije. Međutim, sva javno-privatna partnerstva u kojima javno tijelo trećoj strani dodijeli radove ili usluge koji uključuju ekonomske aktivnosti podliježe osnovnim principima Ugovora o EZ, a naročito principe transparentnosti, jednakog tretmana, nediskriminiranja, proporcionalnosti i međusobnog priznavanja.

Kako bi se omogućila provedba kompleksnih projekata – kakva su obično javno-privatna partnerstva – pripremljen je novi postupak u Direktivi 2004/18/EC - konkurentski dijalog. Zemlje članice EU su slobodne da odluče da li žele uvrstiti ovaj novi postupak u državni zakon. U kontekstu ugovornog javno-privatnog partnerstva, Evropska komisija smatra da će transpozicija postupka konkurentskog dijaloga u

¹⁰ ECJ, 19. april 1994., C-331/92, *Gestion Hotelera Internacional*.

¹¹ Članovi 56. do 65. Direktiva 2004/18/EC

državni zakon interesnim stranama osigurati proceduru koja je izuzetno dobro prilagođena dodjeljivanju ugovora o javno-privatnim partnerstvima (kao i koncesijama, koje su, također, obično veoma kompleksne).

U februaru 2008. godine, Evropska komisija je objavila „The Interpretative Communication“¹² o primjeni propisa EU o javno-privatnim partnerstvima i koncesijama na “institucionalizirana javno-privatna partnerstva ” (IPPP)¹³. Razlika između javno-privatnih partnerstava i IPPP je da u strukturi IPPP-a javni partner ulazi u subjekt sa mješovitim kapitalom kako bi obavio zadatke koji je tom subjektu dodijelio javni partner kroz javni ugovor ili koncesiju. Za odabir ovog privatnog partnera u subjektu sa mješovitim kapitalom, moraju se primijeniti pravila nabavke EU¹⁴.

3.3 EU kontekst – pravna lijev

Direktiva o pravnom lijevu 89/665/EEC (klasični sektor) i Komunalna direktiva o pravnom lijevu 92/13/EEC (u komunalnim sektorima), izmijenjene Direktivom 2007/66/EC¹⁵, su kreirane kako bi osigurale učinkovitu provedbu Direktiva Evropske komisije o postupcima javnih nabavki. Zemlje članice EU su obavezne uspostaviti učinkovite žalbene mehanizme za odluke donesene u procedurama vezanim za dodjeljivanje javnih ugovora i koncesija za obavljanje javnih radova. Odluke donesene tokom procedura vezanih za koncesije za pružanje usluga nisu obuhvaćene Direktivom o pravnom lijevu, jer se ove odnose samo na odluke donesene u okviru procedura koje su predmet Direktiva 2004/17/EC i 2004/18/EC (što nije slučaj sa koncesijama za pružanje usluga). Koncesije za pružanje usluga su predmet pravnih lijekova na osnovu principa zakonske zaštite garantirane Ugovorom o EZ.

Direktive o pravnim lijekovima nude minimalan nivo zakonske zaštite u području javne nabavke kroz EU. Aktivnosti mora saslušati ili sudsko tijelo u smislu člana 234. Ugovora o EZ (t.j. neovisnom sudu) ili van-sudsko tijelo čije su odluke podložne reviziji neovisnog suda. Mora biti omogućeno reagiranje prije zaključivanja javnog ugovora ili koncesije za obavljanje radova i nakon zaključivanja ugovora

¹² U nekim dokumentima prevedeno kao „Tumačenjski komunike“

¹³ *EC Interpretative Communication on IPPP*, 5. februar 2008. godine, C(2007)6661

¹⁴ Ovo znači da su direktive o nabavkama Evropske komisije za dodjelu javnog ugovora u potpunosti primjenljive, za koncesije za obavljanje javnih radova primjenjuju se posebne odredbe Direktive 2004/18/EC vezane za dodjeljivanje takvih koncesija, a za koncesije za pružanje usluga primjenjuju se, u najmanjoj mjeri, principi iz Ugovora o EZ.

¹⁵ Direktiva 2007/66/EC Evropskog parlamenta i Vijeća od 11. decembra 2007., kojima se izmjenjuju direktive Vijeća 9/665/EEC i 92/13/EEC vezano za unapređenje učinkovitosti žalbene procedure vezane za dodjelu javnih ugovora (koje zemlje članice EU moraju provesti u državnim zakonima prije 20. decembra 2009. godine).

(obično u obliku štete). Sudska tijela moraju imati ovlasti da ospore nezakonitu odluku, kao i da poduzmu prelazne mjere, uključujući suspendiranje procedure dodjeljivanja. Minimalni period mirovanja od najmanje deset kalendarskih dana mora se ispoštovati prije zaključivanja ugovora. Ugovori koji se zaključe protuzakonito (t.j. bez procedure dodjeljivanja, kako je navedeno u Direktivama 2004/18/EC i 2004/17/EC, ili bez poštovanja obaveznog minimalnog perioda mirovanja) su nevažeći.

Ukoliko se ugovori o koncesiji ili ugovori o javno-privatnom partnerstvu kvalificiraju kao javni ugovori ili koncesije za obavljanje radova, proceduralne garancije koje osiguravaju direktive o pravnim lijekovima moraju se u potpunosti poštovati. Za koncesije za pružanje usluga tek treba da se osiguraju odgovarajuća pravna sredstva. Isto vrijedi i za javno-privatna partnerstva koja nisu obuhvaćena direktivama 2004/18/EC i 2004/17/EC, te su na taj način i izvan direktiva o pravnim lijekovima Evropske komisije (poput određenih ugovora o istraživanju i razvoju, ugovori o odbrani). Žalbe bi trebao razmotriti nepristran i neovisan sud, u smislu člana 234. Ugovora o EZ.

4 Analiza zakonodavnog okvira u Bosni i Hercegovini

4.1 Uvod

Postojeći pravni okvir u području koncesija u Bosni i Hercegovini mogao bi se opisati kao fragmentiran.

Nije u potpunosti jasno da li se Zakon o javnim nabavkama (ZJN) primjenjuje na dodjeljivanje ugovora o koncesiji. Definicija “ugovora o javnoj nabavci”, koja se koristi u Zakonu o javnim nabavkama je – bar u principu – dovoljno široka da obuhvata i ugovor o koncesiji. Pored toga, ugovor o koncesiji se ne nalazi u članu 9. Zakona o javnim nabavkama, gdje su pobrojani svi ugovori koji su izuzeti iz Zakona o javnim nabavkama. Zakon o javnim nabavkama, međutim, ne sadrži definiciju ugovora o koncesiji za obavljanje javnih radova ili pružanje usluga, niti posebne odredbe o dodjeljivanju ugovora o koncesiji. Veoma je upitno da li je namjera bila da ZJN obuhvati i koncesija, imajući u vidu činjenicu da postoje odvojeni zakoni o koncesijama u BiH.

Definicija koncesije je u zakonima o koncesijama u Bosni i Hercegovini, s druge strane, toliko široka da obuhvata i javne ugovore. Pored toga, postoje planovi za reguliranje dodjeljivanja ugovora o javno-privatnom partnerstvu u odvojenom zakonu o javno-privatnom partnerstvu. Opasnost postojanja više zakona sa sličnim predmetom je očigledna. S pravne tačke gledišta, nema potrebe regulirati dodjeljivanje ugovora o javno-privatnom partnerstvu, koncesijama i javnih ugovora u tri odvojena zakona. Međutim, ukoliko se administracija u Bosni i Hercegovini odluči za to, od izuzetne je važnosti usklađivanje ovih zakona kako bi se izbjegla preklapanja, nedosljednosti i rupe u zakonu. Ovo je još važnije stoga što dva zakona koji reguliraju javne ugovore i koncesije nisu usklađeni. Zbog toga će biti potrebni dodatni naponi i koordiniranje, kako bi se postigao koherentan pravni okvir u području koncesija i javno-privatnih partnerstava.

Za razliku od Zakona o javnim nabavkama, (koji se odnosi na dodjeljivanje javnih ugovora od strane ugovornih vlasti Bosne i Hercegovine, oba entiteta – Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine, Brčko Distrikta, kantonalnih i općinskih nivoa), dodjeljivanje koncesija od strane ovih vlasti je regulirano određenim brojem sličnih zakona o koncesijama i pratećih zakona i odluka koji su istovremeno na snazi na državnom, entitetskim i kantonalnim nivoima. Čak i kada bi zakoni o koncesijama države BiH, entiteta i kantona bili u potpunosti harmonizirani (ili bili identični), to ne bi automatski vodilo ka jednoobraznoj i dosljednoj provedbi zakona o koncesijama u Bosni i Hercegovini. Potrebni su intenzivni naponi različitih institucija uključenih u provođenje zakona o koncesijama, a naročito na nivou komisija za koncesije, u koordiniranju i harmoniziranju, kako bi se osigurala dosljednost u provođenju zakona.

(Osnovni) zakoni koji reguliraju davanje koncesija u Bosni i Hercegovini su:

- Zakon o koncesijama Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik BiH*, br. 32/02);
- Zakon o koncesijama Federacije Bosne i Hercegovine (*Službene glasnik FBiH*, br. 40/02);
- Zakon o koncesijama of Republika Srpska (*Službeni glasnik RS*, br. 25/02); i
- Kantonalni zakoni o koncesijama.

Može se reći da se zakoni o koncesijama u Bosni i Hercegovini mogu smatrati korakom ka uvođenju modernog pravnog sistema. Ovo je podržano činjenicom da su se vlasti BiH oslanjale i na međunarodne eksperte pri izradi i pripremi zakona o koncesijama, kao i da su uzeli u obzir međunarodne pravne izvore, poput UNCITRAL smjernica i pravila o javnim nabavkama EZ. Potrebno je shvatiti da usklađenost sa međunarodnim pravnim izvorima poput UNCITRAL smjernica ne znači da su ispunjeni preduvjeti postavljeni propisima EU. Da bi se procijenila usklađenost sa propisima EU, u obzir treba uzeti samo pravne izvore koji su obavezujući unutar EU. Procjena stanja dovela je do zaključka da postojeći zakoni o koncesijama se još uvijek ne mogu smatrati usklađenim sa zahtjevima EU u području koncesija i javne nabavke, iz mnogo razloga, od kojih su najvažniji naglašeni u odjeljcima 4.2 do 4.4.

Ono što je pozitivno jeste činjenica da zakoni odražavaju namjeru kreiranja pouzdane zakonske osnove za dodjeljivanje koncesija na teritoriji, koje bi mogle privući strane investitore. Time se očigledno teži ka stvaranju općih uvjeta za promoviranje razvoja važnih infrastrukturnih projekata u formi koncesionih modela u Bosni i Hercegovini.

Nažalost, dobre namjere zakonodavca se ne odražavaju uvijek u zakonima, što se može vidjeti u odjeljcima 4.2 do 4.4.

Tim za pregled je informiran da su vlasti u Bosni i Hercegovini razmišljale o reguliranju dodjeljivanja ugovora o javno-privatnom partnerstvu odvojenim zakonima. Izgleda da je Parlament RS-a donio Zakon o javno-privatnom partnerstvu („PPP Zakon RS“) u martu 2009. godine. Ovaj zakon nije dat timu za pregled na uvid prije nego što je usvojen. Također, nije u potpunosti jasno da li usvojeni Zakon Republike Srpske o PPP-u odgovara verziji tog zakona koja je SIGMI bila dostupna. Komentari u Izvještaju koji se odnose na ovaj zakon zasnivaju se na odredbama zakona o javno-privatnom partnerstvu koje su bile dostupne SIGMI za pregled. .

Ovaj izvještaj tako obuhvata zakon o koncesijama na državnom nivou BiH, kao i na nivoima entiteta (FBiH i RS), ali ne i zakone o koncesijama na kantonalnom nivou i nivou Brčko Distrikta. Izvještaj također ne uključuje sektorske zakone koji bi mogli sadržati odredbe o koncesijama (poput sektora

vezanih za vodoprivredu, puteve, željeznicu, šume, energiju i rudarstvo). Nadalje, obuhvata i RS Zakon o javno-privatnom partnerstvu.

4.2 BiH državno zakonodavstvo

4.2.1 Državni zakon o koncesijama

Zakon o koncesijama Bosne i Hercegovine (“Državni zakon o koncesijama”) je Parlament Bosne i Hercegovine usvojio 2002. godine (*Službeni glasnik BiH*, br. 32/02). Ovim zakonom se reguliraju modaliteti i uvjeti koji se odnose na dodjeljivanje koncesija, uključujući nadležnosti i institucionalnu strukturu BiH državne Komisije za koncesije (dalje u tekstu: “BiH Komisija”), tenderske procedure, sadržaj ugovora o koncesiji, te prava i dužnosti koncesionara.

Pozitivno je to što zakon odražava namjeru države da kreira pouzdanu zakonsku osnovu za dodjelu koncesija na teritoriji države BiH koja bi mogla privući strane investitore. Jasna je namjera poticaja općih uvjeta za promoviranje razvoja važnih infrastrukturnih projekata u formi koncesionih modela u Bosni i Hercegovini. Ovo je naglašeno, na primjer, članom 2., gdje je namjera zakona opisana kao stvaranje *“transparentnog, nediskriminatornog i jasnog pravnog okvira za određivanje uvjeta pod kojim domaćim i stranim pravnim licima mogu biti dodijeljene koncesije u Bosni i Hercegovini i podrška investiranju stranog kapitala u [određenim sektorima].”* Nažalost, zakon također sadrži odredbe u kojima nedostaju dobre namjere zakonodavca, kako je opisano u članu 2.

Čini se da su samo ona ministarstva ili vlasti u Bosni i Hercegovini koje je odredilo Vijeće Ministara (definirano kao “koncedent” u članu 3.) nadležni za davanje koncesija. Zakon ne sadrži daljnja objašnjenja vezana za ova imenovanja, te, shodno tome, nije u potpunosti jasno koji organi su obuhvaćeni terminom “koncedent”, odnosno, da li su svi ugovorni organi u smislu Direktive 2004/18/EC obuhvaćene ovom definicijom.

Termin “koncesija” ima znatno različito značenje u državnom Zakonu o koncesijama od onog koje je ponuđeno u kontekstu EU. Član 3. Zakona definira termin “koncesija” kao pravo koje koncedent dodjeljuje u svrhu obezbjeđivanja izgradnje infrastrukture i/ili usluga te eksploatacije prirodnih resursa, u rokovima i pod uvjetima o kojima se koncedent i koncesionar dogovore. Jasno je iz ovoga da ovako široka definicija uključuje i javne ugovore u smislu Zakona o javnim nabavkama. To bi se, sa druge

strane, također moglo proširiti na ugovore koji nisu ni ugovori o koncesiji niti javni ugovori, u smislu Zakona o javnim nabavkama EU, kao koncesije za eksploatiranje prirodnih resursa¹⁶.

“Koncesionar”, kako je definirano članom 3., mora biti *“pravno lice osnovano u skladu sa zakonima Bosne i Hercegovine”*, koji najvjerojatnije krši osnovne principe Ugovora o EZ o slobodi pružanja usluga i slobodi osnivanja¹⁷.

U principu, državni zakon o koncesijama uređuje samo koncesije koje dodjeljuju državne vlasti BiH. Ovo stvara probleme za koncesione projekte u kojima dodjela koncesija, pored državnih vlasti BiH, zahtijeva i dozvolu drugih vlasti. Ovo se odražava u odredbama koje navode da *“u slučaju zajedničke nadležnosti Bosne i Hercegovine i/ili Federacije Bosne i Hercegovine i/ili Republike Srpske i/ili Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine [...] nadležne vlasti usklađuju uvjete i oblik dodjele koncesija ”* i da će sve sporove proistekle iz takve zajedničke nadležnosti riješiti zajednička komisija za koncesije¹⁸. Očigledno je da samo istovremeno postojanje nekoliko zakonskih režima koncesija na teritoriji BiH – čak i ako su razlike među njima neznatne – predstavlja ozbiljnu smetnju realiziranju koncesionih projekata za potencijalne privatne investitore i njihove financijere, jer ovi projekti pokrivaju teritoriju koja je obuhvaćena u više od jednom zakonu o koncesijama. Ovo se smatra najvećom preprekom za razvoj koncesionih projekata vezanih za infrastrukturu u Bosni i Hercegovini, poput autoputeva, željeznice ili energetike.

Odluku o vrsti, predmetu i obimu koncesija koje treba dodijeliti donosi Vijeće Ministara Bosne i Hercegovine, a neophodno je i ratificiranje od strane Parlamenta Bosne i Hercegovine. Ovo je prilično neobično stoga što je za koncesiju potreban pristanak najmanje četiri organa, prije nego se dodijeli: koncedent/nadležno ministarstvo, BiH Komisija, Vijeće Ministara i Parlament. Teško je naći objašnjenje za ovako kompliciranu proceduru, naročito vezano za odobrenje Parlamenta. Također, nije u potpunost jasno u kojoj fazi procedure odobrenje daju Vijeće Ministara i Parlament.

¹⁶ Iako se takvi ugovori ne moraju kvalificirati kao javni ugovori kada ugovorni organ u osnovi nabavlja radove, usluge ili robe, te na taj način mogu biti izvan obuhvata direktiva o nabavkama Evropske komisije, oni bi i dalje morali biti dodijeljeni u skladu sa općim zahtjevima iz Ugovora o EZ.

¹⁷ Ova definicija se može dozvoliti samo u okviru pravila Ugovora o EZ ukoliko zakoni Bosne i Hercegovine vezani za osnivanje poduzeća dozvoljavaju poduzećima osnovanim u okviru zakona zemalja članica EU da budu tretirana kao da su osnovana u okviru zakona Bosne i Hercegovine.

¹⁸ Vidi član 4. (2.) i (3.) državnog Zakona o koncesijama; interesantno je da su zajedničke komisije za koncesije iz člana 6.(2.) nadležne za rješavanje sporova između države BiH i Republike Srpske, ali ne i u drugim slučajevima zajedničke nadležnosti.

Zakon utvrđuje institucionalnu strukturu u području koncesija: BiH Komisija funkcionira kao neovisno regulatorno pravno lice koje ima veoma važnu ulogu u proceduri vezanoj za dodjelu i provedbu koncesija. Kako je navedeno u članu 5. (2.) *“Komisija se zalaže za zadovoljavanje javnih potreba i privredni razvoj putem uključivanja privatnog sektora u financiranje, projektiranje, izgradnju, obnovu, održavanje i/ili rukovođenje radom infrastrukture i za nju vezanih objekata i uređaja, usluga i eksploataciju prirodnih resursa i objekata koji služe njihovom iskorištavanju, vodeći računa o zaštiti privrednih i društvenih interesa, zaštiti okoline kao i pravičnom odnosu prema privatnom sektoru.”*

Poglavlje III državnog Zakona o koncesijama odnosi se na tendersku proceduru¹⁹. Član 21. sadrži odredbe o odobrenju BiH Komisije, koje je neophodno za provedbu projekta kao koncesije. Procedura odobravanja koncesionog projekta iz ovog člana opisuje najvažnije elemente potrebne za dobivanje takvog odobrenja, ali nedostaju pojašnjenja određenih pitanja, poput sadržaja i detalja potrebnih za studiju izvodljivosti i razloga koji dozvoljavaju Komisiji da uskrati odobrenje. Ovo bi se dijelom moglo uraditi u podzakonskim aktima (t.j. u pravilniku, u formi smjernica za koncedente vezanih za potrebni sadržaj i detalje studije izvodljivosti).

Državni Zakon o koncesijama dozvoljava zaključivanje koncesija na osnovu javnog poziva ili samoinicijativne ponude ponuđača bez javnog poziva²⁰. Obje vrste procedure – iako u različitoj mjeri – nisu u skladu sa zahtjevima EU. Iako se javni poziv može usporediti sa procedurom sa prethodnim obavještenjem, kako je propisano u direktivama o javnim nabavkama Evropske komisije, nedostaje obaveza međunarodnog objavljivanja. Prema zakonu, međunarodni poziv mora biti poslan samo u slučajevima kada BiH Komisija to eksplicitno zatraži. Odluka o tome da li će Komisija zatražiti od koncedenta da objavi međunarodni poziv ili ne je u potpunosti prepuštena samoj Komisiji²¹.

Ono što zabrinjava još više jeste da državni Zakon o koncesijama dozvoljava zaključivanje koncesije bez prethodnog javnog poziva, oslanjajući se na samoinicijativne ponude bez javnog poziva. Ovo ne samo da nije u skladu sa direktivama o nabavkama Evropske komisije, nego također ne predstavlja pozitivnu praksu. Međutim, tačno je da direktive o nabavkama Evropske komisije dozvoljavaju određene slučajeve kada je dozvoljena upotreba dogovorene procedure bez objavljivanja obavještenja o ugovoru²², ali treba naglasiti da su ovi slučajevi izuzetak od pravila, što ECJ uvijek naglašava. Uvjeti

¹⁹ Poglavlje III, članovi 21. do 25.

²⁰ Vidi član 25. državnog Zakona o koncesijama.

²¹ Ova zabrinutost je potvrđena odgovarajućim odredbama iz “Pravilnik o proceduri podnošenja zahtjeva i proceduri dodjele koncesija 2006.”.

²² Vidi član 31. Direktive 2004/18/EC. Stav 1. ovog člana, na primjer, dozvoljava upotrebu takve procedure za dodjelu javnih radova ili ugovora o pružanju usluga u slučajevima kada (i) nisu podneseni (odgovarajući) tenderi ili zahtjevi kao odgovor na otvorenu ili ograničenu proceduru, ukoliko uvjeti ugovora nisu značajno izmijenjeni,

koji opravdavaju upotrebu ove procedure moraju se tumačiti – u skladu sa utvrđenom sudskom praksom ECJ – veoma restriktivno. Ako privatni partner predlaže koncesioni projekat (a ne ugovorni organ) onda je velikog značaja da se tokom postupka koji vodi dodjeli ugovora za projekat koji potiče iz privatne inicijative poštuju osnovni principi Ugovora o EZ i direktive EZ o javnim nabavkama (u slučaju da su koncesioni ugovori ustvari ugovori o javnoj nabavci). Ovo znači da svi privredni subjekti moraju imati pristup takvim projektima. Pristup se može osigurati putem adekvatnog oglašavanja poziva za formiranje koncesionog projekta. Posljedično, ako organ želi da provede dati projekat koji je potekao od privatne inicijative, mora organizirati poziv na natječaj koji se odnosi na sve privredne subjekte koji su potencijalno zainteresirani za izradu odabranog projekta, osiguravajući u potpunosti nepristranost, transparentnost, jednak tretman i pravičnost tokom postupka odabira²³. Opis projekta mora biti izrađen na način koji ne favorizira stranu koja je izrazila interes za dati projekat, na primjer, putem opisa specifikacija rezultata i funkcionalnih zahtjeva umjesto preskriptivnih rješenja koje je ponudio jedan, određeni privredni subjekt.

Upotreba ove procedure vrijedi za koncesije koje se mogu kvalificirati kao javni ugovori ili koncesije za obavljanje javnih radova, ali također i za koncesije za pružanje usluga. Državni Zakon o koncesijama nije pojasnio da uvjeti koji dozvoljavaju zaključivanje koncesijama osnovu samoinicijativne ponude moraju biti tumačeni veoma restriktivno.

Sljedeća zabrinjavajuća činjenica je da zakon dozvoljava da studiju izvodljivosti priprema ponuđač, a ne koncedent. Ovo važi za javne pozive, kao i za samoinicijativne ponude. Prenošnjem ovog zadatka na ponuđača, zahtjeve ugovornih organa procjenjuje njihov budući partner, koji je, po pravilu, veoma zainteresiran da bude odabran za privatnog partnera na određenom projektu te samim tim ima vitalni interes u predstavljanju potreba i koristi koncedenta u veoma pozitivnom svjetlu. Obično je pripremanje studije izvodljivosti, uključujući procjenu utjecaja na okolinu, ključni zadatak ugovorne vlasti. U njoj se obično nalaze značajke koje omogućavaju usporedbu dobivenih ponuda.

Konačno, neizvjesno je da li državni Zakon o koncesijama regulira odgovarajuće mehanizme revizije, jer je jasno navedeno u članu 35. da će u slučaju spora koji proistječe iz povrede zakona, nadležni sud koji će odlučiti o rješavanju spora u upravnom postupku biti Sud Bosne i Hercegovine. Upravni postupci

ili kada (ii), iz tehničkih ili umjetničkih razloga, ili razloga vezanih za zaštitu ekskluzivnih prava, ugovor može biti dodijeljen samo određenom privrednom subjektu, ili kada (iii) ukoliko je izričito neophodno, kada iz razloga ekstremne hitnosti uzrokovanih događajima koji nisu mogli biti predviđeni od strane ugovornih vlasti u pitanju, vremenski okvir za otvorenu, ograničenu ili dogovorenu proceduru sa objavljivanjem obavještenja o ugovoru nisu mogli biti zadovoljeni.

²³ Vidi Evropska komisija, *Zeleni dokument o javno-privatnom partnerstvu i pravo Zajednice o ugovorima o javnim nabavkama i koncesijama*, 30.4.2004, COM (2004) 327 konačna verzija.

se opisuju kao spori i često traju i po nekoliko godina. Zakon ne nudi dodatne odredbe o reviziji i sistemu pravnih sredstava. Stoga nije jasno, na primjer, koji su rokovi za podnošenje žalbe, da li se primjenjuju prelazne mjere, protiv kojih odluka je dozvoljena žalba, i, da li postupak dozvoljava ili obavezuje tijelo koje odlučuje da donese “brze i učinkovite” odluke. Također je nejasno da li su pravna sredstva u okviru Zakona o javnim nabavkama na raspolaganju za proceduru dodjele vezano za koncesije, ako su u stvarnosti kvalificirani kao javni ugovori u smislu direktiva o nabavkama Evropske komisije. Na osnovu informacija dobivenih tokom seminara u Banja Luci 26. novembra 2008. godine, mora se zaključiti da upravni postupci nisu u skladu sa zahtjevima EU vezanim za ova pitanja²⁴.

Pored toga, odnos između člana 35. i člana 16. d) je donekle dvosmislen. Obje odredbe se odnose na reviziju. Prema članu 16. d), Komisija za koncesije je isključivo nadležna da “riješi svaku žalbu ili zahtjev za reviziju, u skladu sa ovim Zakonom.” Čini se da član 18. opisuje one slučajeve (ili bar jedan od slučajeva) kada je Komisija obavezna preispitati svoje vlastite odluke. Prvo, nejasno je ko ima pravo da inicira takvo preispitivanje²⁵. Drugo, razlozi koji dozvoljavaju BiH Komisiji da preispituje ili poništava odluku kao odgovor na zahtjev za preispitivanje bilo koje interesne strane je ograničen utvrđivanjem novih činjenica i nedostataka u proceduri (kršenje prava glasa). Čini se da se protupravnost, na primjer, ne kvalificira kao legitiman razlog zbog kojeg bi BiH Komisija revidirala ili poništila svoju odluku, ali to ne može biti u ispravno. Član 18. (6.) onemogućava žalbu protiv preispitivanja odluka Komisije, ali dozvoljava pokretanje pravnog postupka pred “Sudom Bosne i Hercegovine.” Nejasno je da li su ove odredbe u suprotnosti ili u skladu sa članom 35. Zakona.

4.2.2 Podzakonski akti

U 2006. godini, Komisija za koncesije Bosne i Hercegovine usvojila je, uz suglasnost BiH Vijeća Ministara, “Pravilnik o proceduri podnošenja zahtjeva i proceduri dodjele koncesija”. Ovaj pravilnik, baziran na članu 19. državnog Zakona o koncesijama, donosi detaljnija pravila tenderske procedure, naročito vezano za javni poziv za eventualne ponuđače i samoinicijativne ponude.

Pravilnik također sadrži odredbe o studiji izvodljivosti, iako ove odredbe ne nude više uputa nego što je ponuđeno u članu 21. državnog Zakona o koncesijama. Odredbe koje se odnose na javni poziv su sadržajnije, i sadrže pravila koja su detaljnija od onih iz državnog Zakona o koncesijama. Član 13.

²⁴ Za sve koncesije važi da moraju biti kvalificirane kao javni ugovori u smislu direktiva o nabavkama Evropske komisije, ali i za koncesije u smislu propisa EU koji se odnose na nabavke, jer će Ugovor o EZ o principima jednakosti, primjerenosti i korisnosti biti prekršen.

²⁵ Izgleda da se ovo pravo daje “*interesnima stranama*”. Međutim, nije definirano ko se može smatrati “*interesnom stranom*” u kontekstu različitih odluka koje donosi Komisija za koncesije.

Pravilnika navodi situacije koje ovlašćuju BiH Komisiju za koncesije da traži međunarodni javni poziv. Diskreciono pravo Komisije u donošenju takve odluke, međutim, nije precizno definirano. Neke proceduralne odredbe nisu dovoljno precizne, poput člana 19. koji se odnosi na javno otvaranje ponuda. Prvo, nije precizirano ko je ovlašten da prisustvuje javnom otvaranju i koje informacije se moraju pročitati pri otvaranju ponuda. Zatim, javno otvaranje ponuda na kojem se čita cijena/koncesiona naknada može biti kontraproduktivno u onim slučajevima kada koncedent želi pregovarati sa ponuđačima o aspektima tendera, poput cijene i odredaba ugovora.

Poglavlje III Pravilnika regulira dodjelu koncesija kroz samoinicijativne ponude. Procedure predviđene u ovom poglavlju potvrđuju zabrinutost koja je navedena ranije u ovom izvještaju. Prvo, ponuđač je odgovoran za definiranje obima projekta, uključujući procjenu izvodljivosti, procjenu vrijednosti investicije i osnovne uvjete provedbe koncesije²⁶. Nejasno je zašto koncedent ne bi bio u poziciji da razmatra i odlučuje o svojim potrebama prije podnošenja predložene definicije projekta od strane potencijalnog koncesionara. Ova nepodudarnost je naglašena činjenicom da nadležno ministarstvo mora u svakom slučaju procijeniti da li je predložena koncesija u javnom interesu, i samo u tom slučaju bi vlastima bilo dozvoljeno da pregovaraju sa ponuđačem²⁷. Pored toga, Ministarstvo je dužno definirati elemente koji će biti uključeni u studiju izvodljivosti, uključujući procjenu utjecaja projekta na okolinu. Ako je Ministarstvo u svakom slučaju obavezno obaviti ovaj zadatak, teško je shvatiti zašto isto ne bi uradili putem javnog poziva. Upotrebom samoinicijativne ponude, koncedent obično neće biti u poziciji da procjenjuje da li koncesija (bazirana na samoinicijativnoj ponudi) predstavlja tehnički i ekonomski najbolje rješenje/ponudu. Takva procjena bi zahtijevala tendersku proceduru sa najmanje tri ponuđača, što bi koncedentu dalo argument da je učinjeno sve kako bi se osiguralo tehnički i ekonomski najbolje rješenje.

Postoji dosta drugih podzakonskih akata, poput "Pravilnika o registru koncesionih ugovora u BiH", koji je BiH Komisija pripremila 2007. godine²⁸.

Pored toga, BiH Komisija je usvojila nekoliko internih propisa, poput "Pravilnika o upotrebi, čuvanju i uništavanju pečata", "Procedure nabavke roba, usluga i ustupanja radova", "Poslovnik o radu Komisije za koncesije", "Pravilnik o unutarnjoj kontroli i reviziji", "Pravilnik o korištenju fondova za reprezentaciju" i "Pravilnik o upotrebi mobilnih telefona". Pored toga Komisija za koncesije je pripremila nacrt "Pravilnika o provedbi tenderskih procedura u postupku dodjele koncesija"²⁹.

²⁶ Vidi član 31.

²⁷ Vidi članove 31. i 32.

²⁸ Vidi "Izvještaj o radu Komisije za koncesije Bosne i Hercegovine za 2007.", objavljen u februaru 2008.

²⁹ Ibid.

4.2.3 BiH Dokument o politici dodjele koncesija

BiH Komisija za koncesije pripremila je nacrt Dokumenta o politici dodjele koncesija u Bosni i Hercegovini, koji su Vijeće Ministara i Parlament Bosne i Hercegovine usvojili 2005. godine³⁰. Ovaj dokument propisuje opću strategiju dodjele koncesija. Dokument se fokusira na namjeru Bosne i Hercegovine da podrži izgradnju infrastrukture, pružanje usluga i eksploatiranje prirodnih resursa financiranjem ovih projekata kroz odobravanje koncesija. Dokument također navodi privredne sektore u kojima se mogu koristiti koncesije.

Iako u ovom strateškom dokumentu stoji da su okolnosti za investiranje, kao i pravni i institucionalni okvir značajno unaprijeđeni kako bi potakli strane i domaće investicije u Bosni i Hercegovini, u isto vrijeme je uočeno da *“još uvijek postoji mnogo pitanja koja je potrebno riješiti kako bi se u budućnosti unaprijedilo poslovno okruženje”*. Jasno je da će ovakvo unapređenje zahtijevati usvajanje međunarodnih standarda i formirane prakse investiranja u koncesione projekte kroz učešće privatnog sektora i javno-privatnih partnerstava, kao i kroz transpoziciju i provedbu preporuka i smjernica EU u području koncesionih investicija³¹.

Dokument je u neku ruku pretjerano optimističan u tvrdnji da Ustav Bosne i Hercegovine, Ustav Republike Srpske i Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, kao i Statut Brčko Distrikta garantiraju zaštitu privatnog kapitala i vlasništva, kao i zaštitu direktnih stranih investicija na način da je eliminiran svaki oblik diskriminiranja. Ova tvrdnja ne odražava u potpunosti ograničenja koja se još uvijek nalaze u državnom Zakonu o koncesijama i ograničenjima koja se događaju u praksi.

Važno je napomenuti da se u strateškom dokumentu tvrdi da je u potpunosti usuglašen sa odgovarajućim strateškim dokumentima u oba entiteta. Dokument sadrži listu prioritetnih projekata u infrastrukturnim sektorima, sa fokusom na željeznički saobraćaj, zračni saobraćaj, riječni i pomorski saobraćaj, poštanski i telekomunikacijski saobraćaj i energetiku. Među ovim prioritetima je i izgradnja koridora VC za autoput na ruti Jadransko more - Sarajevo – Republika Hrvatska - Mađarska. Problemi u provedbi projekta VC u oba entiteta i na državnom nivou jasno indiciraju da koordinirani i harmonizirani akcioni plan između entiteta i države još uvijek nije proveden u praksi.

³⁰ Član 17. državnog Zakona o koncesijama dodjeljuje Komisiji za koncesije zadatak pripremanja takvog strateškog dokumenta za dodjelu koncesija koje su u isključivoj nadležnosti Bosne i Hercegovine.

³¹ Vidi *“Dokument o politici dodjele koncesija in Bosna i Hercegovina”*, poglavlje II, str. 6.

Za sada, stoga, postojeća metoda koordiniranja aktivnosti države i entiteta vezanih za koncesije, kroz harmonizirane strateške dokumente i harmonizirane zakone o koncesijama ne može se smatrati učinkovitim, ili – dovoljno učinkovitim. Strateški dokument koji je pripremila BiH Komisija, međutim, dobro je orijentiran jer utvrđuje osnovne principe koji se moraju poštovati pri dodjeli koncesija, i, pruža administrativnu podršku projektima koji su odabrani da budu realizirani kao koncesije.

4.2.4 Ostali dokumenti

U skladu sa članom 14., stavom 1. državnog Zakona o koncesijama, BiH Komisija za koncesije dužna je pripremiti izvještaj o radu koji je obavila u prethodnoj godini i podnijeti ga Vijeću ministara. Ovaj godišnji izvještaj se objavljuje tokom prvog mjeseca sljedeće godine, odnosno, u februaru 2008. za period od 1. januara do 31. decembra 2007. godine. Ovaj izvještaj predstavlja sveobuhvatni pregled aktivnosti i razvoja u području koncesija, koji su direktno vezani za rad BiH Komisije.

4.3 Zakonodavstvo Republike Srpske

4.3.1 Zakon o koncesijama i Zakon o javno-privatnom partnerstvu Republike Srpske

4.3.1.1. Zakon o koncesijama Republike Srpske

Zakon o koncesijama Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 25/02) (“Zakon o koncesijama RS”) je u velikoj mjeri harmoniziran sa državnim Zakonom o koncesijama³². Stoga, ukoliko drugačije nije eksplicitno navedeno, napomene vezane za odjeljka ovog izvještaja također vrijede i za Zakon o koncesijama RS. Komentari u ovom odjeljku se stoga odnose na pitanja koja se razlikuju od onih opisanih vezano za državni Zakon o koncesijama.

Termin “koncedent” je definiran jednako dvosmisleno kao i u državnom Zakonu o koncesijama.

Poimanje “koncesije” je izmijenjeno 2006. godine amandmanom na Zakon o koncesijama RS. Koncesija se sada definira kao “*pravo koje koncedent dodjeljuje koncesionaru na određeni vremenski period i pod određenim uvjetima u svrhu obavljanja privrednih aktivnosti kroz upotrebu prirodnih*

³² Zakon o koncesijama RS donesen je 2002. i izmijenjen 2006. godine

*resursa, dobara u općoj upotrebi i djelatnosti od općeg interesa.”*³³ Međutim, član 2. Zakona o koncesijama RS nudi u određenoj mjeri šire značenje koncesija: *“Koncesija je u smislu ovog zakona, pravo obavljanja privrednih djelatnosti korištenjem prirodnih bogatstava, dobara u općoj upotrebi i obavljanja djelatnosti od općeg interesa određenih ovim zakonom. ”*

Zakon o koncesijama RS zahtijeva da koncesije koje reguliraju drugi zakoni, t.j. sektorski zakoni, budu dodijeljene sa njihovim odredbama³⁴. To je korisno jer je dodjela koncesija u svim sektorima predmet usklađenosti sa Zakonom o koncesijama RS.

Zakon o koncesijama RS sadrži listu područja za koja koncesije mogu biti odobrene³⁵. Ova lista sadrži i sektore i aktivnosti koji su obuhvaćeni Direktivom 2004/17/EC koje koordiniraju procedure nabavke tijela koja rade u sektorima vodoprivrede, energije, saobraćaja i poštanskih usluga (“Komunalna direktiva”). Ovo, u teoriji, ne bi trebalo biti problematično, jer koncesije za obavljanje radova i pružanje usluga, u svakom slučaju, nisu obuhvaćene Komunalnom direktivom. Ne može se isključiti mogućnost da koncesije, u smislu RS Zakona o koncesijama budu, u stvarnosti, smatrane javnim ugovorima u smislu Komunalne direktive, i pri dodjeli takvih ugovora primjenjivat će se odredbe Komunalne direktive.

Proces donošenja odluka potrebnih za odobravanje davanja koncesija je manje formalan od onog u državnom Zakonu o koncesijama. Odluku da se dodijeli koncesija mora donijeti Vlada Republike Srpske (a dodatno odobrenje Parlamenta nije potrebno).

Zakon o koncesijama RS također uspostavlja komisiju za koncesije (dalje u tekstu: “RS Komisija”), koja ima slične funkcije, zadatke i dužnosti poput onih koje su date BiH Komisiji za koncesije u okviru državnog Zakona o koncesijama.

Pravila za tenderske procedure su veoma slična onima iz državnog Zakona o koncesijama, ali nisu identična. Jedna od razlika je da je, u principu, zadatak koncedenta da pripremi studiju izvodljivosti za svaki projekt koji će biti dodijeljen kao koncesija, te da, nakon odobrenja RS Komisije, organizira javni poziv³⁶. Samo u slučajevima kada koncedent propusti napraviti revidiranu studiju izvodljivosti ili pred-studiju o ekonomskoj ili socijalnoj izvodljivosti, RS Komisija može zahtijevati da javni poziv uključuje obavezu za ponuđača da pripremi studiju izvodljivosti sa procjenom utjecaja na okolinu³⁷. Zakon ne

³³ Vidi član 3. izmjena i dopuna na Zakon o koncesijama RS.

³⁴ Vidi član 2. Zakona o koncesijama RS.

³⁵ Vidi član 4.

³⁶ Vidi član 23.

³⁷ Vidi član 24.

navodi nikakve razloge koji dozvoljavaju koncedentu da ne pripremi studiju izvodljivosti. Čini se da koncedent može odlučiti da zanemari svoju obavezu pripremanja studije izvodljivosti, kako bi potakao Komisiju da pripremanje takve studije zatraži od ponuđača. Ovo je problematično sa aspekta nabavke i ne predstavlja dobru praksu.

Zakon o koncesijama RS također ostavlja mogućnost dodjele koncesija na osnovu samoinicijativne ponude. Pravi se razlika između pravnih lica koja već vrše transformiranje imovine i imaju osnovne aktivnosti koje su direktno vezane za predmet koncesije i drugih pravnih lica koji nemaju takva iskustva ili odnose. U oba slučaja, podnošenje samoinicijativne ponude za dodjelu koncesija je dozvoljeno ukoliko taj zahtjev sadrži revidiranu studiju ili pred-studiju o ekonomskoj izvodljivosti. Pored toga, relevantna ministarstva mogu, u skladu sa odobrenjem Vlade Republike Srpske, objaviti javni poziv za izražavanje interesa u samoinicijativnoj ponudi. Takav javni poziv mora biti objavljen u Službenom glasniku Republike Srpske i najmanje još jednom dnevnom listu. Ipak, ministarstva nemaju obavezu da objave javni poziv. Međutim, relevantna ministarstva utvrđuju kriterije za dodjelu i analizu postojanja javnog interesa u danoj koncesiji samo nakon podnošenja samoinicijativnih ponuda, uzevši u obzir da ta koncesija može biti realizirana samo ukoliko ponuđač ekskluzivno posjeduje proces, projekt, metodologiju ili koncept gradnje, ili u hitnim slučajevima. Ukoliko postoje dva ili više zainteresiranih ponuđača u samoinicijativnoj ponudi, javni poziv mora biti objavljen u skladu sa odjeljkom III Zakona o koncesijama RS, vezanim za tendersku proceduru.

Ova odredba o samoinicijativnim ponudama, koja je izmijenjena kroz amandmane iz 2006. godine, očigledno nije u skladu sa zahtjevima EU. Ovo je naglašeno činjenicom da ne postoji obaveza za vlasti RS-a da objave javni poziv kada dobiju samoinicijativnu ponudu.

Argument koji je korišten u odbranu primjene samoinicijativnih ponuda je da se taj postupak zasniva na međunarodnoj praksi, posebice na UNCITRAL-ovom zakonodavnom vodiču o privatno finansiranim infrastrukturnim projektima ("UNCITRAL vodič"). Kako je gore navedeno, čak i ako je Zakon o koncesijama RS u potpunosti usklađen sa UNCITRAL vodičem, to ne podrazumijeva automatsku usklađenost sa propisima EU.

Ova vrsta procedure se može opisati kao potpuna suprotnost osnovnim principima Ugovora o EZ, a naročito principima transparentnosti i javnosti. U zemlji koja nema dugu tradiciju dodjeljivanja velikih infrastrukturnih projekata na transparentan i nediskriminatoran način, ne bi se smjela dozvoliti i promovirati široka primjena postupaka koji se trebaju – prema pravu i ustanovljenoj dobroj praksi – koristiti samo u iznimnim okolnostima. Posebno kada je riječ o tržištima u nastajanju –poput BiH – ovo svakako predstavlja slanje fundamentalno pogrešnih signal međunarodnim investitorima.

4.3.1.1 *Zakon o javno-privatnom partnerstvu Republike Srpske*

Čini se da je Parlament RS-a donio Zakon o PPP-u u martu 2009. Godine. Nije poznato da li doneseni zakon odgovara nacrtu zakona o PPP-u. Komentari koji slijede su, ipak, zasnovani na odredbama nacrtu Zakona o PPP-u jer je ova verzija bila dostupna SIGMI za pregled.

Usvajanje nacrtu zakona o PPP-u će vjerovatno dovesti do pravne nesigurnosti i konfuzije. Neće biti u suprotnosti sa propisima o javnim nabavkama EZ, ali bi mogao biti zastrašujući za strane investitore. Također bi mogao narušiti ambiciju RS-a da stvori pravnu, čvrstu i ekonomski održivu osnovu za razvoj javno-privatnog partnerstva.

Iako nacrt zakona o PPP-u izričito navodi da je njegova svrha stravanje transparentne i nediskriminatorne pravne osnove za dodjelu i provedbu ugovora o PPP-u, upitno je da li njegove odredbe mogu ispuniti dobru namjeru zakonodavaca.

Prvo, opseg nacrtu zakona postavlja pitanja vezana za njegovu kompatibilnost sa pravom EU. Nije jasno šta se desi ako se javno-privatno partnerstvo, u smislu nacrtu zakona, mora proglasiti ugovorom o javnoj nabavci ili ugovorom o koncesiji u smislu propisa o javnim nabavkama EU (član 10 (1) navodi da ugovorni PPP u *“koncesionom obliku”* mora biti proveden u skladu sa odredbama Zakona o koncesijama, međutim nema pojašnjenja da li će neke od odredbi nacrtu zakona o PPP-u (ako da, koje) svakako biti primjenjive na PPP u *“koncesionom obliku”*. Drugo, otvoreno je pitanje koje će se proceduralne odredbe primjenjivati na postupak odabira privatnog partnera: nacrt zakona navodi da će se koristiti *“pregovarački postupak u skladu da normama međunarodnog prava”* bez specificiranja na koje se *“međunarodne norme”* zakon poziva (čak i ako je ovo pozivanje na propise o javnim nabavkama EU, zanemarena je činjenica da je pregovarački postupak takav postupak koji se može koristiti samo u posebnim okolnostima). Treće, nacrt zakona ne navodi koji su pravni lijekovi – ako ih ima – dostupni ponuđačima koji se natječu u procesu odabira. Ovi jasni primjeri ilustruju potrebu da se ponovno razmotri nacrt zakona; usvajanje zakona u ovom obliku mora se smatrati preuranjenim i kontraproduktivnim u smislu njegovog cilja, t.j. promocije privatnih stranih investicija u velike (infrastrukturne) projekte u RS-u.

Nacrt zakona i njegove odredbe otvaraju mnogobrojna pitanja kojima se potrebno pozabaviti, najbolje prije njegovog usvajanja: na primjer, opseg zakona koje jasan jer se čini da uključuje PPP u širem smislu, ali onda se ograničava na PPP u formi koncesija (vidi član 4 (1) (d) gdje je jedan od principa PPP-a da privatni partner prikuplja plaćanja direktno od krajnjih korisnika). S druge strane, navodi da će se primjenjivati Zakon o koncesijama na PPP u formi koncesija (član 10 (1)). Na drugim mjestima postaje jasno da pretpostavke zakonodavaca ne oslikavaju precizno tržišne uvjete koji trenutno prevladavaju u

oblasti PPP-a (npr., član 19 (1) (c) gdje stoji da je rizik potražnje “uobičajen rizik koji privatna strana nosi u tržišnoj ekonomiji” – što jasno više nije slučaj). Korištene definicije nisu u potpunosti jasne.

S tačke gledišta javnih partnera, nacrt zakona je nepotpun jer ne postavlja uvjete pod kojim će se razmatrati dati projekat koji je odgovarajući za provedbu u formi PPP-a. Također, nije navedeno koju vrstu ekonomske opravdanosti mora obezbijediti javni partner kada “izrađuje studiju ili predstudiju”, niti pod kojim uvjetima Ministarstvo financija (MF) ima pravo da uskrati odobrenje (član 12). Čini se da se odobrenje MF-a zahtijeva prije početka, ali i tokom postupka dodjele što nije u potpunosti jasno. Ovo je nešto što će, u postupku dodjele, predstavljati problem i za privatne učesnike (uključujući zajmodavce), jer mora postojati jasnoća o mogućim odlukama koje organ tokom postupka može donijeti.

Neki od ovih problema su mogli biti izbjegnuti da je administracija RS-a iskoristila ponudu SIGME da pomogne pri izradi nacrt zakona o PPP-u, što nije učinjeno iz razloga koji su SIGMI nepoznati.

Ukratko rečeno, nacrt zakona o PPP-u otvara ozbiljna razmatranja. Nije usklađen sa EU propisima o javnim nabavkama. Opseg mu je nejasan, kao i neke definicije i izuzeci. Mnoge odredbe i obaveze otvaraju prostor za broj pitanja i problema. Općenito, mora se posumnjati u to da će sistem predložen u ovom zakonu rezultirati uspostavljanjem transparentne, čvrste i međunarodno priznate pravne osnove za privatne investicije u Republici Srpskoj.

4.3.2 Podzakonski akti

Nekoliko podzakonskih akata odnosi se na dodjeljivanje koncesija:

“Pravilnik o utvrđivanju kriterija za određivanje koncesione naknade” utvrđuje – kao stoji u naslovu – kriterije za određivanje koncesione naknade³⁸.

U 2005. godini, RS komisija za koncesije usvojila je “Upute za procjenu postojanja javnog interesa kod samoinicijativne ponude”³⁹. Ovo uputa sadrži detaljna pravila o načinu procjenjivanja samoinicijativnih ponuda, naročito vezano za postojanje javnog interesa. Uputa definira područja u kojima se očekuje da postojanje javnog interesa bude od izuzetnog značaja, poput privrede, socijalnog sektora, ekologije, balansirano regionalnog razvoja i prostornog planiranja i korištenja koncesija. Dokument također

³⁸ Usvajanje ovog Pravilnik je bazirano na članu 21. RS Zakona o koncesijama, koji je usvojen 2002. i izmijenjen 2006. godine.

³⁹ Ove upute su bazirane na članu 14., stavak 5. i članu 27., stavak 1. RS Zakona o koncesijama.

utvrđuje detaljna pravila o sadržaju pred-studije ekonomske izvodljivosti kao i same studije ekonomske izvodljivosti. Kao što je već spomenuto, upotreba samoinicijativnih ponuda je sama po sebi problematična. Postojanje detaljnijih uputa o procjeni postojanja javnog interesa u slučaju samoinicijativne ponude ne mijenja ništa u tom pogledu. Mora se, međutim, priznati da su upute korisne sve dok ova vrsta procedure postoji, jer nude smjernice o tome na koji način ih koncedenti koriste i procjenjuju.

U 2004. godini, predsjednik RS Komisije za koncesije je donio “Pravilnik o unutarnjoj organizaciji i sistematizaciji poslova u Komisiji za koncesije Republike Srpske”⁴⁰. Ovaj Pravilnik definira obim poslova i unutarnju organizaciju Komisije RS, kao i druga organizaciona pitanja.

4.3.3 Strateški dokument RS

U 2006. godini Komisija za koncesije RS je pripremila nacrt izvještaja o politici dodjeljivanja koncesija, koji je ekvivalentan strateškom dokumentu koji je pripremila BiH Komisija za koncesije⁴¹. Izvještaj (“strateški dokument”) fokusira se na važnost privlačenja stranih investicija u Republiku Srpsku, a koncesije vidi kao važno sredstvo za postizanje tog cilja. Dokument sadrži listu prioriternih projekata u različitim sektorima u kojima se mogu dodijeliti koncesije. Dokument također nudi pregled procedura i metoda koje se koriste za dodjelu koncesija i naglašava neophodnost pripremanja pred-studije izvodljivosti i/ili studije izvodljivosti.

4.3.4 Ostali dokumenti

RS Komisija za koncesije je obavezna pripremiti izvještaj o svom radu u protekloj godini. U maju 2008. objavljen je izvještaj koji se odnosi na 2007. fiskalnu godinu. U izvještaju se nalazi pregled pravnog okvira u području koncesija u Republici Srpskoj, uključujući podzakonske akte i interne dokumente⁴². RS Komisija je, također, proučila sektorske zakone koji se odnose na koncesije i ustanovila da većina ovih zakona nije usklađena sa RS Zakonom o koncesijama.

⁴⁰ Ovaj Pravilnik je baziran na članu 21. RS Zakona o koncesijama.

⁴¹ U skladu sa članom 14. RS Zakona o koncesijama, RS Komisija za koncesije dužna je pripremiti prijedlog strateškog dokumenta za dodjelu koncesija.

⁴² Vidi poglavlje 2 izvještaja.

4.4 Zakonodavstvo Federacije BiH

4.4.1 Zakon o koncesijama Federacije BiH

Zakon o koncesijama Federacije Bosne i Hercegovine (“FBiH Zakon o koncesijama”) donesen je 2002. godine, a izmijenjen 2006. godine (Službeni glasnik Federacije Bosne i Hercegovine, br. 40/02 i 61/07). Komentari koji slijede fokusirani su na odredbe i pitanja koja se razlikuju od navedenih za državni Zakon o koncesijama (i/ili RS Zakon o koncesijama). Ukoliko nije eksplicitno navedeno drugačije, komentari iz odjeljka o državnom Zakonu o koncesijama vrijede i za FBiH Zakon o koncesijama.

Termin “koncesija” je opisan donekle drugačije u FBiH Zakonu o koncesijama: *“Pravo obavljanja privrednih aktivnosti kroz upotrebu prirodnih dobara i dobara u općoj upotrebi i obavljanje aktivnosti od općeg interesa je propisano ovim zakonom”*⁴³.

Odluku za iniciranje procedure dodjele koncesija za određena dobra donosi Vlada Federacije, nakon prijedloga resornog ministra, što je u određenoj mjeri manje komplicirano od procedure predviđene u državnom Zakonu o koncesijama⁴⁴. FBiH Zakon o koncesijama sadrži listu predmeta ili područja koji su predmeti koncesija⁴⁵. Zakon također sadrži pravila razgraničenja između ovlasti Federacije i ovlasti kantona i općina u dodjeli koncesija. U tom smislu, član 6. rezervira nekoliko bitnih sektora za Vladu Federacije, dok je dodjela koncesija u sektorima koji nisu navedeni u članu 6. sadržana u kantonalnim zakonima.

FBiH Zakon o koncesijama također utvrđuje sličnu institucionalnu strukturu: FBiH Komisija za koncesije (dalje u tekstu: “FBiH Komisija”) je odgovorna za provođenje važnih zadataka u proceduri dodjele i fazi njene pripreme. Zakon također dozvoljava mogućnost dodjele koncesije na osnovu ili poziva na tender ili samoinicijativne ponude. U tom smislu, ista zabrinutost kao i za državni i RS Zakon o koncesijama vrijedi i za ovaj Zakon.

⁴³ Vidi član 4.

⁴⁴ Vidi član 5.

⁴⁵ Vidi član 3.

4.4.2 Podzakonski akti

U 2006. godini, Vlada Federacije donijela je Odluku o davanju pristanka na tekst pravila i procedura dodjele prava na koncesije⁴⁶, u kojem se nalaze detaljniji zahtjevi za dodjelu koncesija na nivou Federacije.

Nekoliko drugih podzakonskih akata usvojeno je 2007. godine⁴⁷.

4.4.3 Ostali dokumenti

Kao što je slučaj i sa RS i BiH komisijama za koncesije, FBiH Komisija priprema izvještaj o radu obavljenom tokom prethodne godine. Posljednji izvještaj, objavljen u maju 2008. godine, potvrđuje namjeru Komisije da promijeni pravila kako bi privukla strane investicije.

⁴⁶ Ova Odluka je bazirana na članu 19., stavak 2. FBiH Zakona o koncesijama.

⁴⁷ Vidi listu pravila i uputa u izvještaju Komisije, str. 2.

5 Analiza prakse – dodjela koncesija

5.1 Pregled

Ovaj odjeljak govori o praksi predlaganja i dodjeljivanja ugovora o koncesiji u Bosni i Hercegovini.

Informacije ponuđene u ovom odjeljku su prikupljene na sastancima sa predstavnicima javnog i privatnog sektora u Bosni i Hercegovini, te iz pisanih informacija i izvještaja koje je tim za pregled dobio od različitih institucija, te javno pristupačnih dokumenata.

Održani su sastanci sa institucijama na državnom i entitetskim nivoima, kao i sa koncesionarima i profesionalnim i savjetodavnim organizacijama.

Statistički podaci o dodijeljenim ugovorima o koncesijama su preuzeti iz godišnjih izvještaja za 2007. godinu, koje su pripremile tri komisije za koncesije. Ovi izvještaji se fokusiraju na aktivnosti u 2007. godini.

U svojim komentarima na nacrt izvještaja, Komisija za koncesije Republike Srpske navela je da podaci u njemu nisu ažurirani i ne uključuju informacije koje sadrži godišnji izvještaj za 2008. godinu. Nažalost, ovi izvještaji nisu bili dostupni u vrijeme kada je pisan izvještaj, tako da se izvještaj temeljio, i još uvijek se temelji, na podacima koje sadrže godišnji izvještaji za 2007. godinu. Ipak, uključili smo napomene u daljem tekstu koje se odnose na dodatne informacije o dodijeljenim ugovorima u Republici Srpskoj.

5.2 BiH državna praksa

5.2.1 Ko je odgovoran za dodjeljivanje ugovora o koncesijama?

Ministarstva i organi koje je imenovalo Vijeće ministara su koncedenti koji mogu dodjeljivati ugovore o koncesijama. Relevantna ministarstva i vlasti imaju primarnu odgovornost za utvrđivanje određene koncesije, odgovaranje na samoinicijativne ponude i provođenje relevantnih procedura dodjeljivanja, uključujući pregovaranje sa koncesionarima. Odluka o dodjeljivanju koncesija podliježe odobrenju BiH Parlamenta, kao i drugim odobrenjima, odlukama i kontrolama od strane Vijeća ministara i /ili Komisije za koncesije BiH. (Vidi odjeljak 4.2.1 za više detalja).

5.2.2 Informacije o koncesijama

Informacije o koncesijama dodijeljenim na državnom nivou mogu se naći u godišnjem izvještaju Komisije za koncesije.

Tim za pregled je obaviješten o ponudi uvođenja registra koncesija koji bi uključivao sve ugovore o koncesijama dodijeljene na državnom i entitetskim nivoima. Ovaj prijedlog će dobiti punu podršku, naročito u slučaju da neke ili sve informacije budu na raspolaganju javnosti. Ukoliko su na raspolaganju, ove informacije bi pomogle unapređenju poznavanja koncesija i javno-privatnih partnerstava, povećale transparentnost i eventualno potakle konkurenciju.

5.2.3 Dodijeljeni ugovori o koncesijama

Komisija za koncesije BiH počela je sa radom u junu 2005. Do revizije u julu 2008. godine, vjerujemo da Komisija još uvijek nije odobrila konačno dodjeljivanje bilo kojeg državnog ugovora o koncesijama.

U 2007. godini, Komisija za koncesije BiH je razmatrala tri veća koncesiona projekta, u skladu sa svojom regulatornom ulogom. Radilo se o sljedećim projektima:

- Autoput koridor VC: Komisija za koncesije BiH je bila uključena u pripremanje i nadzor pripremanja studije o ekonomskoj opravdanosti projekta. Kompletnu studiju je Ministarstvo saobraćaja podnijelo Komisiji na razmatranje u januaru 2007. godine. Komisija je odobrila studiju u okviru propisanog vremenskog okvira, a obavještenje o njihovoj odluci je objavljeno u Službenom glasniku 9. aprila 2007. godine. Komisija je također obavijestila Ministarstvo o zahtjevima za odluku Vijeća ministara o vrsti, predmetu i obimu koncesija i potonjem odobrenju Parlamenta. Do datuma posjete tima za pregled (jul 2008. godine), formalni konkurentski proces za ovu koncesiju još nije bio započet.
- Hidroelektrana Ravne na rijeci Drinjači: Komisija je primila samoinicijativnu ponudu za ovaj projekt koji je, kako je lociran na oba entiteta, prosljeđen državnom Ministarstvu vanjske trgovine i ekonomskih odnosa.
- Hidroelektrana Novakovići, Zapeće i Šajin Kamen: Komisija je održala zajednički sastanak sa predstavnicima relevantnih ministarstava na državnom nivou BiH, Republike Srpske i Federacije, jer se ovaj projekt odnosio na dodjelu tri ugovora o koncesiji koji se odnose na oba entiteta. Republika Srpska je već dodijelila koncesije za izgradnju tri elektrane. Kao rezultat ovog sastanka, odlučeno je da koncesionari kojima su dodijeljene koncesije u Republici Srpskoj

kontaktiraju relevantna državna ministarstva BiH; u skladu sa procedurom samoinicijativne ponude, BiH bi trebala tim koncesionarima dodijeliti ugovore o koncesiji.

U godišnjem izvještaju Komisije za koncesije BiH, također se govori o tri ostale samoinicijativne ponude, o kojima su odlučivala državna ministarstva BiH bez uključivanja Komisije za koncesije BiH. Da su ovi procesi bili poduzeti prije provedbe državnog Zakona o koncesijama, propust uključivanja BiH Komisije bi bio kršenje tog zakona. Ovo možda ukazuje na nedostatak razumijevanja pravnih i proceduralnih uvjeta na određenom nivou, u okviru relevantnih ministarstava. Timu za pregled nije poznato da li je ovo i trenutna praksa. Ukoliko jeste, onda bi je, vjerojatno, trebalo promijeniti, na primjer, pripremanjem jednostavnih smjernica o propisanim procedurama i osigurati da se te smjernice cirkuliraju i/ili kroz organiziranje programa obuke za relevantne pojedince i ministarstva.

5.2.4 Vrste korištenih procedura

Koliko je tim za pregled bio u mogućnosti utvrditi, za sve predložene koncesije za koje se primjenjuje formalni proces nabavke se koriste procedure samoinicijativne ponude. Tim za pregled je veoma kritičan prema uvriježenoj praksi upotrebe procedura samoinicijativnih ponuda – vidi komentare dalje u tekstu.

5.2.5 Razlozi za nedodjeljivanje ugovora o koncesiji na državnom nivou

Tim za pregled je prepoznao nekoliko razloga zašto, do danas, na državnom nivou nije bilo dodjele koncesija. Osnovni razlozi koje je tim dobio su navedeni dalje u tekstu (neki elementi su detaljnije analizirani u odjeljku 6.2.1):

- a) Politička pitanja
 - Politička kompleksnost;
 - Pitanja saradnje između države i entiteta;
 - Opiranje i/ili propust u postizanju političkih sporazuma o projektima koji bi bili locirani na teritoriji dva entiteta (prekogranični projekti);
 - Paralelne i ponekad konfliktne strategije na državnom i entitetskim nivoima.
- b) Vlasništvo nad imovinom
 - Sva nepokretna imovina (zemljište) je u vlasništvu entiteta a ne države i stoga država nema nadležnost da dodjeljuje prava koncesije;
 - Neregulirana prava vlasništva kao dio post-komunističkog i poslijeratnog naslijeđa (zemljišne knjige ne prikazuju stvarno stanje);

- Nejasno je šta se dešava sa imovinom nakon isteka perioda koncesije.

c) Nadležnosti u okviru državne strukture

- Problem nejasnoća po pitanju organizacije koja je odgovorna za razmatranje samoinicijativnih ponuda ili proturječnosti oko pitanja koja organizacija je odgovorna (vidi primjere dalje u tekstu);
- Problem nejasnoća vezanih za test javnog interesa koji se primjenjuje u slučaju samoinicijativnih ponuda;
- Problem nejasnoća vezanih za pitanje koja državna institucija donosi odluku o testu javnog interesa.

d) Resursi i investicije

- Nedostataka tehničkih kapaciteta i ekspertize u okviru nadležnih ministarstava, naročito vezano za pripremanje studije izvodljivosti;
- Ograničeni finansijski resursi koji su na raspolaganju institucijama na državnom nivou (oko dva posto budžeta se troši na državnom nivou);
- Nedostatak proaktivne inicijative uprave i ugovornih vlasti, koje su sklonije čekati samoinicijativne ponude nego tražiti mogućnosti i voditi potencijalne projekte.

Energetski sektor u državnom Ministarstvu vanjske trgovine i ekonomskih odnosa dobio je samoinicijativnu ponudu za dvije mini hidrocentrale nakon upućivanja vlasti u Republici Srpskoj. Razgovori su napredovali, ali nije došlo do dodjele zbog očite nepreciznosti pitanja ko je obavezan donijeti odluku o tome da li prijedlog zadovoljava ili ne zadovoljava test javnog interesa: Vijeće Ministara (član 4. državnog Zakona o koncesijama) ili relevantno ministarstvo (član 25.). Kao rezultat, odluka nije donesena.

Tim za pregled razumije da pod određenim okolnostima predložena dodjela Ugovora o koncesiji mora biti vezana za privatiziranje tekućih aktivnosti bivših poduzeća u vlasništvu države čije poslovanje ovisi, t.j. vezano je za dodjelu ugovora o koncesiji. U takvim okolnostima, opravdanje je da postoji pravo prve kupnje ili ekskluzivno pravo, koje dozvoljava upotrebu procedure samoinicijativne ponude u skladu sa članom 25. državnog Zakona o koncesijama.

5.2.6 Trajanje koncesije

Obično je maksimalni period na koji se dodjeljuju ugovori o koncesijama 30 godina. U izuzetnim okolnostima koje podrazumijevaju dugoročne investicije, ovaj period se može produžiti do, najviše, 50

godina. Ugovor o koncesijama se može obnoviti na period koji ne prelazi više od polovine trajanja prvobitnog ugovora. Kako do danas nije bilo dodjeljivanja koncesija na državnom nivou, tim za pregled ne može komentirati praktičnu primjenu.

5.2.7 Koncesione naknade

Kako do danas nije bilo dodjeljivanja koncesija na državnom nivou, tim za pregled ne može komentirati o iznosu koncesionih naknada ili praktičnoj primjeni.

5.2.8 Institucionalni kapaciteti i ekspertize

BiH Komisija za koncesije bi trebala osigurati ekspertizu za nabavku i podršku žalbenom sistemu, što bi pomoglo povodenju procesa dodjeljivanja ugovora. Također, unutar ministarstava, postoji i tehnička ekspertiza specifična za pojedine sektore. Međutim, u diskusijama tima za pregled naglašena je opća zabrinutost zbog potpunog nedostatka resursa i ekspertize, naočito unutar ministarstava, koji bi osigurali učinkovito pripremanje ugovora o koncesiji. Komisija do sada nije bila uključena u pripremu i dodjelu velikog broja ugovora, tako da nije imala priliku da akumulira značajno praktično iskustvo u toj oblasti, te stoga tim za pregled nije u mogućnosti da da komentar o nivou ekspertize.

5.2.9 Potencijalni budući projekti na državnom nivou

Postoji značajan broj sektora gdje je lako predvidjeti projekte koji će se proširiti na teritoriju oba entiteta.

Čisto komercijalna analiza ovih mogućnosti ukazuje na neophodnost prevazilaženja gore-spomenutih ograničenja, kako bi se, u najmanju ruku, koncesije mogle realno smatrati i nuditi na tržištu kao mogućnost otvorena na teritoriji cijele države. Takva aktivnost bi imala potencijal poticanja konkurencije i, eventualno, osiguravanja korisnijeg finansijskog i ishoda vezanog za rezultate i za državu i za entitete.

Tim za pregled je kroz diskusije susreo određen broj primjera koncesija koje bi u velikoj mjeri imale koristi od zajedničkog pristupa. Ovi primjeri uključuju:

- Hidro-projekti, gdje dodjela koncesije od strane jednog entiteta može imati utjecaja na buduće mogućnosti na teritoriji drugog entiteta, i gdje politika državnog nivoa i provedba na državnom nivou mogu biti od velike koristi;
- Projekt izgradnje autoputa VC;

- Sektor saobraćajne infrastrukture (željeznica, putevi i riječni saobraćaj), zračni saobraćaj, telekomunikacije, turizam i ugovori vezani za proizvodnju energije.

5.3 Praksa u Republici Srpskoj

5.3.1 Ko je nadležan za dodjelu ugovora o koncesiji?

Vlada Republike Srpske i nadležna ministarstva i organi vlasti su koncedenti i oni mogu sklapati ugovore o dodjeli koncesije. Nadležna ministarstva i organi vlasti imaju primarnu odgovornost za utvrđivanje potencijalnih koncesija, odgovor na samoinicijativne ponude, te provođenje relevantnih postupaka dodjele, uključujući i pregovore sa koncesionarima. Proces dodjele podliježe odluci o dodjeli koncesije od strane Vlade Republike Srpske i raznim saglasnostima, odlukama i kontrolama od strane [Vlade i] Komisije za koncesije RS (vidi dio 4.3.1 za dodatne detalje).

Općinske, lokalne vlasti također mogu biti koncedenti.

5.3.2 Informacije o koncesijama

Informacije o koncesijama dodijeljenim na nivou Republike Srpske su date u godišnjem izvještaju Komisije za koncesije RS koji usvaja Narodna skupština Republike Srpske i koji se objavljuje u Službenom glasniku.

Od nadležnih ministarstava se takođe zahtijeva da vode evidencije o koncesijama i koncesionim naknadama, a prema informacijama dostavljenim Timu za pregled, te evidencije nisu uvijek ažurirane.

Ministarstvo za ekonomske odnose i koordinaciju vodi Registar koncesija, a postojanje ovog Registra treba pozdraviti. Registar se ne objavljuje javno. Ministarstvo finansija vodi evidenciju plaćanja koncesionih naknada. Resorna ministarstva vode evidencije o dodijeljenim koncesijama.

U idealnom slučaju, sve informacije o dodijeljenim koncesijama bi trebale da se čuvaju u jedinstvenom Registru, a neke ili sve informacije u Registru se trebaju javno objavljivati. Kako je razmatrano u dijelu 7.4, trebali bi postojati jedinstveni ili konsolidiran registar koji bi obuhvatao dodjele na državnom i entitetskom nivou.

U komentarima na nacrt izvještaja, Komisija za koncesije Republike Srpske navodi da oni održavaju vlastiti registar, a da web stranica komisije pruža informacije o svim dodijeljenim koncesionim ugovorima. Komisija također pohranjuje, za svaku pojedinačnu koncesiju, svu dokumentaciju (sve odluke, odluke o javnom interesu, studije izvodljivosti, koncesione ugovore i zapisnike o nadzoru koncesionara).

5.3.3 Dodijeljeni ugovori o koncesiji

Izveštaj o radu Komisije za koncesije RS za 2007. godinu navodi 54 ugovora o dodjeli koncesije koji su zaključeni 2007. godine (čime je ukupni broj dodijeljenih koncesija do danas 185). Komisija je bila veoma aktivna i, pored odlučivanja o dodjeli ugovora, dala je i brojne saglasnosti za pregovore i/ili pripremu studija ekonomske opravdanosti, te saglasnosti na promjene u glasačkim pravima/vlasništvu koncesionara (Puni detalji su navedeni u Izveštaju o radu Komisije za koncesije RS za 2007. godinu). *(Nakon sastanka održanog 1.7.2009. godine, Komisija RS je dostavila dodatne podatke koji se odnose na ugovore dodjeljene do 30.6.2008. godine. Zbog konzistentnosti, podatke nismo uključili u ovom dijelu, ali smo ih uzeli u obzir u komentarima u dijelu 5.3.4)*

Zaključeni ugovori o dodjeli koncesije su obuhvatali niz polja:

Male hidroelektrane	13
Eksploatacija mineralnih sirovina, kamena, pijeska i vode	13
Turizam	2
Poljoprivredno i ribarsko područje	26

Zakon o koncesijama RS-a zahtjeva da kada se dodjeli koncesioni ugovor, koncesiono preduzeće za tu koncesionu aktivnost mora biti registrirano u Republici Srpskoj iako to koncesiono preduzeće može biti u vlasništvu stranog lica.

Manjina ugovora, posebno u sektoru malih hidroelektrana i eksploataciji mineralnih resursa, je data preduzećima koja nisu u vlasništvu lica iz RS.

Mnoge koncesije dodijeljene u sektoru poljoprivrednog zemljišta i vodotoka ne potpadaju pod definiciju koncesija radi potreba EU (vidi gore navedeni komentar u dijelu 4.2.1).

Kao dio svojih aktivnosti širokog obima, Komisija za koncesije RS je takođe bila direktno uključena u podršku ministarstvima pri pregovaranju o ugovorima. Godišnji izvještaj Komisije se konkretno osvrće na njenu uključenost u pregovore, razgovore i sastanke u vezi sa sljedećim ugovorima:

- izgradnja “Termoelektrane Stanari” Doboj sa EFTA Grupacijom;
- ugovor o koncesiji za izgradnju autoputeva u RS sa Strabagom AG Austrija, entitetski projekt za izgradnju 397 km puteva u Republici Srpskoj, uključujući i element Koridora VC;
- izgradnja malih hidroelektrana i uređenje sliva rijeke na području Doboja sa Technoenergy, Norveška.

5.3.4 Vrsta korištenih procedura

U nacrtu izvještaja koji je dostavljen komisijama, tim za pregled navodi da “razumije da su sve dodjele koncesionih ugovora koristile postupak samoinicijativne ponude definiran članom 27. Zakona o koncesijama RS (izmijenjenog i dopunjenog) ili varijantu tog postupka. Tim nije upoznat sa drugim koncesijama koje su dodijeljene na osnovu javnog poziva u skladu sa svim preduvjetima navedenim u članovima 25. i 26. Zakona“.

Nakon sastanka u Banja Luci 1.7.2009. godine, RS Komisija je dostavila dodatne informacije koje uključuju podatke koji se odnose na period do 30.6.2008. godine. Ovi podaci, čini se da navode da je od 139 ugovora za koje je ustanovljeno da su dodijeljeni nakon konkurentske tenderske procedure samo mali broj njih uključivao u potpunosti konkurentan proces koji je iniciran od strane ugovornog organa.

Značajan broj ugovora se odnosi na prijenos vlasništva.

Podaci pokazuju da se još uvijek općenito ne koristi javni poziv koji inicira ugovorni organ, i čini se da je ovaj pristup postao institucionaliziran. Ne izgleda da je ta praksa u skladu sa osnovnim pravcem zakonodavstva koje ističe proces konkurentnosti kao normu, a samoinicijativne ponude kao izuzetak. Standardna praksa korištena samoinicijativnih ponuda nije dozvoljena u kontekstu EU, pošto je to kršenje osnovnih principa transparentnosti, jednakog tretmana i konkurentnosti.

Nedostatak potpuno otvorenog i konkurentskog procesa koji započinje ugovorni organ znači da je propuštena prilika da se uputi poziv dodatnim potencijalnim kandidatima i time proširi konkurentska osnova. Ovo će zauzvrat vjerovatno voditi nedostatku stvarne konkurentnosti cijena, pošto su ponuđači pod malim pritiskom da daju bolju vrijednost za dobijeni novac, i u smislu koncesionih naknada i kvaliteta učinka. Krajnji rezultat je da će prihod od koncesionih naknada vjerovatno biti niži, a krajnji korisnici možda neće dobiti najbolju vrijednost za dati novac.

Treba konstatovati da zakoni o koncesijama i na državnom nivou i Federacije BiH imaju odredbe koje omogućavaju korištenje procedure samoinicijativne ponude. Pošto nema koncesija koje su date na državnom nivou, Tim nije u mogućnosti da daje komentar na ovu praksu u tom kontekstu. Slično tome, aktivnost na nivou Federacije je ograničena, a tim za pregled nije dobio bilo kakve dodatne informacije od Federacije nakon sastanka održanog 1.7.2009. godine, a koji se odnose na 10 ugovora o vodama. Obimni komentari Tima u ovom dijelu izvještaja koji obuhvata aktivnost u RS-u dolaze zbog činjenice da je jedina značajna aktivnost u smislu dodjele ugovora o koncesijama na državnom/entitetskom nivou ona u RS. Međutim, organi vlasti BiH i Federacije trebaju obratiti posebnu pažnju na ove komentare i preporuke, koji su i za njih također direktno relevantni.

5.3.5 Razlozi zbog kojih je korištenje procedure samoinicijativne ponude standardna praksa

U razgovorima i sa institucijama i sa koncesionarima, Tim za pregled je ispitao razloge zbog kojih je procedura samoinicijativnih ponuda postala standard. Osnovni razlog koji je dat za ovu situaciju je bio nedostatak resursa i/ili stručnosti unutar nadležnih ministarstava da pripreme studije ekonomske opravdanosti prije konkurentskog procesa javne nabavke. U praksi, nadležna ministarstva se oslanjaju na stručnost i resurse koncesionara da urade studije ekonomske opravdanosti.

Tim za pregled shvata da u je mnogim okolnostima dodjela ugovora o koncesiji povezana sa privatizacijom ili tekućim djelatnostima bivših preduzeća u državnom vlasništvu, čiji posao zavisi od vezane dodjele ugovora o koncesiji. U takvim okolnostima, koristi se argument da postoji pravo preče kupnje ili isključivo pravo, dopuštajući korištenje procedure samoinicijativne ponude u skladu sa članom 27. "Zakona o koncesijama RS".

Tim također shvata da se u mnogim slučajevima koristi procedura samoinicijativne ponude zato što je dodjela zapravo nastavak postojećih aranžmana. Ovdje se postavlja pitanje zašto izgleda da je to standardna praksa da se obnovi ili produži ugovor umjesto da se ide na konkurentnost kako bi se utvrdilo da li se može dodijeliti ugovor koji će biti korisniji za entitet/državu?

Istinska situacija samoinicijativne ponude se i odnosi na neke slučajeve, odnosno kada koncesionar učini prvi korak ka nadležnom ministarstvu i podnese mu studiju ekonomske opravdanosti. Međutim, situacija u kojoj postoji anomalija se pojavljuje kada, na primjer, Ministarstvo objavi priliku za ponude i pozove na podnošenje samoinicijativne ponude kako bi dobilo prijedloge sa studijama ekonomske opravdanosti. Ovo jeste pragmatično rješenje, ali nije u potpunosti u duhu slova zakona na način kako to Tim za pregled tumači. Teško je vidjeti kako se takvi prijedlozi mogu propisno smatrati "samoinicijativnim" ponudama.

Još jedno pitanje se pojavljuje u ovom kontekstu. Ukoliko postoje ograničeni unutrašnji resursi ili raspoloživa stručnost za pripremu studija ekonomske opravdanosti, kako će nadležna ministarstva biti uvjerena da su u dovoljno jakoj poziciji da (1) detaljno i rigorozno preispitaju studije ekonomske opravdanosti koje su primljene, čak i uz učešće Komisije za koncesije RS i ovlaštenih revizorskih kuća; i (2) pregovaraju o najpovoljnijem poslu za Republiku Srpsku? Komisija za koncesije RS zaista igra ključnu ulogu u ovom procesu razmatranja, što zaista daje pomoć. *RS Komisija je dala komentar da koncedent ili Komsija provode tehnički pregled dokumentacije putem upošljavanja kompanije, a da resorna ministarstva provode tehničku kontrolu u postupku koja se zahtjeva zbog izdavanja potrebnih odobrenja, licenci, saglasnosti ili ovlaštenja. Za projekt visokog profila, kao što je Ugovor o dodjeli*

koncesije za izgradnju mreže autoputeva, Vlada je imenovala vanjske međunarodne eksperte u cilju podrške procesu procjene i dodjele ugovora, ali to je nešto što nije održivo da se radi za sve procese.

Još jedno praktično pitanje koje može dosta uticati na efikasnost konačnog posla naglašeno je u gore pomenutom ugovoru o dodjeli koncesije za izgradnju mreže autoputeva. Prema shvatanju Tima za pregled, ovaj ugovor će biti (ili dosad već jeste) dodijeljen na osnovu podnošenja studija ekonomske opravdanosti koje obuhvataju samo dio predložene mreže. Dodatne studije ekonomske opravdanosti će se kasnije pripremiti, kad se projekt pokrene i nakon dodjele ugovora. U ovoj fazi će Vlada vjerovatno biti u mnogo slabijoj poziciji za pregovore, čak i ako odredbe ugovora koje se odnose na pokretanje projekta budu čvrste.

Tim je obaviješten da je ranije bilo pokušaja procesa konkurencije, ali je to rezultiralo nekim veoma negativnim iskustvima. Tvrdi se da je bilo davanja znatno nižih ponuda od drugih i neprofesionalnog ponašanja dijela preduzeća iz privatnog sektora. To nije posebno iznenađujuće ako je norma takva da se ne koristi proces konkurencije. Ovo ukazuje na potrebu za daljom podrškom i obukom i javnog i privatnog sektora o tome kako se provode procesi konkurencije.

5.3.6 Period koncesije

Zakon o koncesijama RS precizira da se ugovor o koncesiji obično može zaključiti na period ne duži od 30 godina. U izuzetnim okolnostima, koje zahtijevaju ulaganja za koja je potreban duži vremenski period, ugovorni rok se može produžiti, ali ne može biti duži od 50 godina. Ugovor o koncesiji se može obnoviti za period koji ne može biti duži od polovine prvobitnog roka.

U praksi, većina koncesija se dodjeljuje na 30 godina. Nijedan od ugovora o dodjeli koncesije naveden u Registru na dan 9. jula 2008. godine nije dat na period duži od 30 godina. Za manji broj koncesija, koje nisu date na period od 30 godina, vremenski raspon je od 2 do 28 godina, pri čemu su najčešći ugovoreni periodi 15, 20 i 25 godina. Predmet koncesionog ugovora ima utjecaj na dužinu trajanja koncesije, tako da je, na primjer, u potpunosti legitimno dodijeliti duži period za koncesiju kada koncesionar treba povratiti značajnu kapitalnu investiciju poput onih u energetske i mineralnom sektoru. Nije jasno zbog čega se razlikuju neki od ovih perioda koncesije kada se radi o sličnom predmetu, a tokom misije sa zadatkom utvrđivanja činjenica se saznalo da koncesionaru koji predlaže određeni period nije uvijek i dat taj traženi period.

5.3.7 Koncesione naknade

Obavezna koncesiona naknada je podijeljena u dva elementa: jednokratna naknada za pravo kod zaključivanja ugovora i tekuća koncesiona naknada za korištenje. "Pravilnik o određivanju kriterijuma za utvrđivanje koncesione naknade" daje smjernice o raznim kriterijima koji se koriste za određivanje naknada.

Pravilnik takođe navodi metod koji se koristi za izračun koncesione naknade. Registar koncesija pokazuje da je najčešća godišnja koncesiona naknada 3 do 4% godišnje vrijednosti, izračunata u skladu sa Pravilnikom. Međutim, ima i nekih prilično širokih varijanti, sa godišnjim naknadama koje su u rasponu od tako malo kao što je 1,25% do tako mnogo, kao što je 15%.

U svojim komentarima, Komisija za koncesije Republike Srpske navela je da koncesiona naknada za određene resurse ne može biti manja od 1% godišnjeg bruto prihoda. Komisija je također objasnila da kada se radi o naknadama u značajno većem procentu od onih izračunatih u skladu sa Pravilnikom, to znači da je te naknade koncesionar predložio u kontekstu javnog tendera.

U situaciji u kojoj postoji malo ili nimalo konkurentnosti, što je trenutno slučaj, apel za fiksni pristup izračunu naknada je razumljiv. Međutim, ukoliko Republika Srpska počne čak i redovnije koristiti u potpunosti javne tendere za dodjelu ugovora, onda bi povećana konkurencija trebala rezultirati u konkurentnijim predloženim naknadama i u većoj ostvarenoj vrijednosti za Republiku Srpsku.

5.3.8 Institucionalni kapacitet i stručnost

Komisija za koncesije RS pruža stručnu pomoć kod nabavki, razmatranja i tehničke pomoći, što pomaže u provođenju procesa dodjele ugovora. Također, unutar ministarstava postoji i određena tehnička stručnost za određeni sektor, te određeni broj ovlaštenih revizorskih kuća koje procjenjuju studije ekonomske opravdanosti.

Diskusije unutar Tima su naglasile generalnu zabrinutost, kako su to izrazili intervjuirani predstavnici, za nedostatak resursa i stručnosti, posebno unutar ministarstava, ali također i unutar Komisije, da se provedu efikasna analiza, razmatranje i davanje ugovora o koncesiji. Nedostatak unutrašnje stručnosti i resursa u ministarstvima da se pripreme propisane studije ekonomske opravdanosti je često opravdanje za korištenje procedure samoinicijativne ponude kao standardne procedure.

5.3.9 Kapacitet i stručnost privatnog sektora

Ministarstva se u značajnom stepenu oslanjaju na kapacitet i stručnost koncesionara, što se razlikuje od jednog do drugog koncesionara. Neki koncesionari su dio velikih međunarodnih grupa, sa značajnim nivoom iskustva i znanja. U slučajevima kada javna uprava pregovara sa visoko izvještenim i iskusnim koncesionarima, posao koji rezultira iz toga će veoma vjerovatno biti u korist koncesionara koji obično smanjuje svoje rizike što je više moguće. Ostali koncesionari imaju ograničenu stručnost u pripremi propisanih studija ekonomske opravdanosti, što može rezultirati poslovima koji su manje idealni i za entitet/državu i za koncesionara.

5.3.10 Potencijalni budući projekti

Utvrđen je određeni broj krupnih koncesionih projekata, posebno u sektoru transporta. To obuhvata sljedeće:

- Saobraćajnica u Hercegovini: razgovori sa italijanskim preduzećem su već u toku u skladu sa procedurom samoinicijativne ponude;
- Željeznička pruga koja povezuje rafineriju nafte, što je još uvijek u veoma neformalnoj fazi;
- Novi aerodrom u Trebinju, gdje očito postoji određeni oblik javnog poziva; navodno je Aerodrom Beč uključen u ovaj projekt.
- *U svojim komentarima na nacrt izvještaja, Komisija za koncesije Republike Srpske pozvala se na nedavno planirane aktivnosti unutar nekoliko velikih hidroenergetskih i termoeenergetskih projekata.*

5.4 Praksa u Federaciji BiH

5.4.1 Ko je nadležan za dodjelu ugovora o koncesiji?

Ministarstva i ostali organi koje odredi Vlada FBiH su koncedenti i mogu dodjeljivati ugovore o koncesiji. Nadležna ministarstva i organi imaju primarnu odgovornost za utvrđivanje potencijalnih koncesija, odgovor na samoinicijativne ponude, te provođenje relevantnih postupaka dodjele, uključujući i pregovore sa koncesionarima. Za koncesije navedene u članu 6. "Zakona o koncesijama FBiH", neophodna je odluka Vlade FBiH za započinjanje dodjele ugovora o koncesiji, a proces podliježe drugim raznim saglasnostima, odlukama i kontrolama od strane Vlade i Komisije za koncesije FBiH.

Kantoni također mogu dodjeljivati koncesije koje nisu obuhvaćene članom 6., u skladu sa svojim kantonalnim zakonima o koncesiji.

U praksi, prema shvatanju Tima, do kraja 2007. godine nije bilo nijedne dodjele od strane ministarstava na federalnom nivou; sve koncesije koje su dodijeljene su bile na nivou kantona/lokalne vlasti. Saznanje je Tima su da zakoni o koncesiji na kantonalnom nivou nisu konzistentni, te da nisu svi kantonalni zakoni o koncesiji usklađeni sa "Zakonom o koncesijama FBiH".

U Izvještaju Komisije za koncesije FBiH je napravljen osvrt na propust da se propisno implementira odredba člana 37. "Zakona o koncesijama FBiH". Ovom se odredbom traži od privrednih subjekata koji već aktivno koriste prirodno bogatstvo i dobro u općoj upotrebi ili obavljaju djelatnosti od općeg interesa da zaključe ugovore o koncesiji, ali bez primjene odredbi Zakona koje se odnose na konkurentnost ili samoinicijativne ponude. U velikoj većini slučajeva ne izgleda da je ovaj uvjet implementiran u propisanom vremenskom periodu, te je zbog toga Federacija izgubila koncesione naknade koje bi proizašle iz tih ugovora.

Informacije koje se odnose na 2007. godinu pokazuju da broj dodjela koje su dali kantoni uveliko varira, pri čemu neki kantoni imaju kadrovski dobro popunjene timove i aktivno i redovno dodjeljuju koncesije, dok drugi kantoni pokazuju minimalnu ili nikakvu službenu aktivnost.

5.4.2 Informacije o koncesijama

Informacije o koncesijama dodijeljenim na nivou Federacije se navode u godišnjem izvještaju Komisije za koncesije FBiH.

U Izvještaju Komisije za koncesije FBiH je napravljen osvrt na pripremu pravilnika koji se odnosi na osnivanje i djelatnost Registra o koncesionim ugovorima na nivou Federacije.

Osnivanje i djelatnost Registra je dobra ideja, pošto bi to pomoglo pojašnjavanju aktivnosti koje se odvijaju širom Federacije na kantonalnom nivou. To bi također trebalo pomoći u usklađivanju osnova za dodjele ugovora i u smislu perioda koncesije i nivoa koncesionih naknada.

U idealnom slučaju, trebale bi neke ili sve informacije biti dostupne javnosti, a trebao bi postojati jedinstveni ili konsolidirani registar koji bi obuhvatio dodjele koncesija širom Bosne i Hercegovine, odnosno na državnom i entitetskom nivou.

5.4.3 Dodijeljeni ugovori o koncesiji

Komisija za koncesije FBiH je osnovana 2007. godine. Do danas, nije dala saglasnost ni za jedan federalni ugovor o dodjeli koncesije.

Prema saznanjima Tima, kantoni su dodijelili približno 300 ugovora o koncesiji, a velika većina tih ugovora je data lokalnim preduzećima. Ima nekoliko izuzetaka, kao što je dodjela koncesija za ribarstvo i projekte mini hidrocentrala holandskim i njemačkim preduzećima.

Komisija za koncesije FBiH se osvrće na svoju uključenost 2006/07. godine u projekt elektro-energetskih postrojenja, kojeg je vodilo Federalno ministarstvo energije, rudarstva i industrije u smislu odgovora na samoinicijativnu ponudu koju je dalo preduzeće Intrade Energija d.o.o. Sarajevo. Ovo izgleda kao dugoročni projekt, koji obuhvata i Federaciju i kantone. Komisija za koncesije FBiH je donijela Odluku, kojom se Ministarstvo ovlašćuje da započne pregovore sa predloženim koncesionarom. Tim do sada nije obaviješten o tome da li je ugovor zaključen.

5.4.4 Vrsta korištenih procedura

Tim za pregled ima samo veoma ograničene informacije koje se odnose na dodjelu koncesija od strane kantona. Očito su u mnogim nedavnim slučajevima dodjele ugovora na kantonalnom nivou bile obnavljanja postojećih ugovora o koncesijama, ali pod revidiranim uvjetima (što je zahtijevao generalni revizor FBiH) umjesto kao rezultat otvorenog i konkurentskog procesa.

5.4.5 Razlozi za nedodjeljivanje ugovora o koncesiji na federalnom nivou

Prema shvatanjima Tima, postoji određen broj razloga zbog kojih koncesije nisu dodjeljivane na federalnom nivou. Osnovni razlozi koji su istaknuti Timu su sljedeći:

a) Kantoni

- Kantoni su preuzeli vođstvo u dodjeli lokalnih koncesija. U nekim slučajevima, na primjer u vezi sa mini hidrocentralama, obim koncesije je nizak, tako da se one mogu dodijeliti na lokalnom nivou;
- Sadašnji finansijski aranžmani, što znači da kantoni dobijaju 100% koncesione naknade.

b) Nedostatak jasnoće u vezi sa nadležnošću

- Dupliciranje obuhvatanja/zajedničkih nadležnosti i nesigurnost u vezi sa nadležnošću između Federacije i kantona, te između entiteta.
- c) Političke složenosti
- d) Resursi i investiranje
- Nedostatak tehničkog kapaciteta i stručnosti unutar nadležnih ministarstava, posebno u vezi sa pripremom studija ekonomske opravdanosti;
 - Nedostatak preventivne inicijative od strane ministarstava, koja su izgleda više sklona tome da čekaju samoinicijativne ponude nego da pozitivno utvrde prilike i budu vođstvo u potencijalnim projektima.

5.4.6 Period koncesije

Uobičajeni najduži period dodjele ugovora o koncesiji je 30 godina. U izuzetnim okolnostima koje zahtijevaju ulaganja za koja je potreban duži vremenski period, ugovorni rok se može produžiti na najviše 50 godina. Ugovor o koncesiji se može obnoviti za period koji ne može biti duži od polovine prvobitnog roka. Pošto Federacija nije dodijelila nijednu koncesiju, Tim nije u mogućnosti da komentariše šta se dešava u praksi.

Na sastanku u Banja Luci 1.7.2009. godine, Komisija Federacije navela je 10 dodijeljenih koncesionih ugovora koji se odnose na vode. Prema shvatanju tima za pregled, ovi ugovori nisu dodijeljeni prema odredbama Zakona o koncesijama Federacije iz 2002. godine. Tim za pregled nema nikakve dodatne informacije o ovim ugovorima.

5.4.7 Koncesione naknade

Pošto Federacija nije dodijelila nijednu koncesiju prema trenutno važećem Zakonu o koncesijama, Tim nije u mogućnosti dati komentar na nivo naknada ili na to šta se dešava u praksi na nivou Federacije.

Komisija za koncesije FBiH je donijela "Pravilnik o utvrđivanju koncesionih naknada", koji je usvojen 2006. godine. Pravilnik navodi da koncesione naknade treba da se sastoje od dva elementa: početna paušalna naknada, koja se isplaćuje nakon zaključenja ugovora, a koja je zasnovana na izračunima navedenim u Pravilniku; ona ne može biti manja od 1,5% od ukupne planirane investicije, a drugi element je godišnja naknada, izračunata na bazi dobijenih prihoda.

Tokom 2007. godine, generalni revizor FBiH je izvršio reviziju koncesija koje su dodijelili kantoni. Ključni rezultat revizije je bio da je prema postojećim aranžmanima nivo koncesionih naknada često bio

zanemarljiv ili čak nepostojeći. Ključna preporuka naknadnog izvještaja generalnog revizora je bila da se ugovori o dodjeli koncesije, zaključeni u skladu sa ranijim zakonodavstvom, trebaju raskinuti, a da se treba ponovo pregovarati sa postojećim koncesionarima o novim ugovorima u skladu sa novim "Zakonom o koncesijama FBiH". Rezultat ove preporuke je bilo povećanje vrijednosti godišnjih koncesionih naknada isplaćenih kantonima. Generalni revizor treba ponovo revidirati situaciju nakon roka za implementaciju, odnosno decembra 2008. godine.

5.4.8 Institucionalni kapacitet i stručnost

Komisija za koncesije FBiH je obavezna da obezbijedi stručnost i podršku u vršenju razmatranja, što bi trebalo pomoći u provođenju procesa dodjele ugovora. Ova funkcija obuhvata i nadležnost za razmatranje i davanje saglasnosti na studije ekonomske opravdanosti. Postoje dokazi u izvještaju Komisije za koncesije FBiH da je bila uključena u davanje tehničkog učešća, posebno u hidroenergetskom sektoru, a Komisija je spomenula 10 dodjeljenih ugovora o vodama.

U brojnim prilikama je Timu skrenuta pažnja na nedostatak institucionalnog kapaciteta, stručnosti i resursa na nivou ministarstava. Tim je utvrdio brojne situacije u kojima se možda gubi vrijedno znanje ili stručnost. Na primjer, prenos nadležnosti za koridor VC sa Direkcije cesta FBiH na Federalno ministarstvo je obuhvatilo samo ograničeni transfer znanja, ali ne i transfer zaposlenih. Nedostatak praktičnog iskustva u odnosu na ulogu Komisije u pripremi i dodjeli ugovora, kao i nedostatak informacija koje se odnose na njeno učešće u 10 ugovora o vodama dovelo je do toga da tim za pregled nije u stanju da komentira nivo ekspertize i resursa Komisije.

6 Analiza institucija

6.1 Institucionalni okvir u EU – Pregled

Od početka treba biti jasno da sve koncesije i projekti javno-privatnih partnerstava trebaju biti praktično pripremani jedino preko nadležnog ministarstva ili vladine agencije. Dalje, iskustvo drugih zemalja je jasno utoliko što su institucionalni sistemi koji najbolje funkcioniraju oni koji to čine na osnovu partnerstva raznih zainteresiranih strana u organima vlasti. Ovo se obično naziva "javno-javno partnerstvo" i od ključne važnosti je da vlada bude jasna u tome koji je dio njene uprave zadužen za politike i predmetno pitanje, te vrši centralnu koordinacionu funkciju koja je dovoljno kvalitetna da omogućiti Vladi da pokaže svoju vrijednost drugim akterima kroz svoje aktivnosti i rezultate.

Pravo EU ne regulira administrativne strukture koje su neophodne za implementaciju *acquis communautaire* u oblasti koncesija i javno-privatnih partnerstava. "Ugovor o Evropskoj zajednici" uspostavlja osnovne principe, a direktive EZ harmonizira u određene elemente procedura (opća pravila koja se trebaju unijeti u domaće zakonodavstvo), ali svaka zemlja članica može odabrati svoju administrativno uređenje u skladu sa svojom pravnom tradicijom i sistemom uprave (osim kad je riječ o određenim preduvjetima u vezi sa tijelima za žalbe – vidi dio 3.3).

Ipak, Evropska komisija je pripremila neformalni "Vodič za osnovne administrativne strukture neophodne za primjenu *Acquisa* za partnerske zemlje koje su angažirane u procesu aproksimacije svog zakonodavstva sa onim koji postoji u EU" (uglavnom za zemlje kandidate i buduće kandidate), koji je zadnji put ažuriran u maju 2005. godine. U ovom Vodiču, Komisija prezentira svoje stanovište u smislu toga koje su institucije neophodne u oblasti javnih nabavki u cilju zadovoljavanja kriterija EU. Pošto su u EU procedure za dodjelu koncesija (za javne radove) regulirane "Direktivom o javnim nabavkama" (2004/18), razmatranja Komisije u vezi sa institucijama javne nabavke su također relevantna i za sistem koncesija (bar za koncesije javnih radova).

Evropska komisija preporučuje osnivanje dva odvojena tijela za javne nabavke:

- **Centralna jedinica za politike** (donosioci politika): Ovakva centralna jedinica se smatra ključnom za uspješnu implementaciju zakonodavstva o javnim nabavkama i za stvaranje efikasnog sistema javnih nabavki. Kakva god da je unutrašnja organizacija države, centralna jedinica za politike ima tri osnovna zadatka koja treba obaviti:

(1) organiziranje/upravljanje politikama javnih nabavki;

(2) izrada zakonodavstva i davanje operativne podrške (npr. smjernica i uputstava);

(3) davanje informacija, omogućavanje kontrole i poduzimanje neophodnih korekcija.

- **Tijela za monitoring i reviziju:** Ova tijela, bez obzira da li su sudska ili upravna, su od suštinske važnosti za pripremu za provođenje i samo provođenje zakonodavstva o javnim nabavkama. Kroz administrativnu kontrolu – prije ili nakon dešavanja – verificiraju se procedure dodjele nezavisno od bilo kakve žalbe. Tijela za žalbe i sudije interveniraju po žalbi osobe koja je oštećena u proceduri dodjele. Cilj ovog sistema pravnog lijeka je omogućiti da se odluke koje ugovorni organi donesu revidiraju efikasno i posebno što je prije moguće.

Vodič Komisije ne precizira da li tijelo za javne nabavke također treba biti nadležno za sistem koncesija ili te nadležnosti trebaju biti odvojene.

Nekoliko zemalja u EU je odlučilo da osnuje centralnu jedinicu za politike radi koordiniranja prakse koncesija i javno-privatnih partnerstava. Takva je organizacija obično locirana unutar struktura vlade (najčešće unutar Ministarstva finansija, ali ponekad kao samostalna organizacija), iako su neke zemlje (kao što je Velika Britanija) odabrale mješovitu, javno-privatnu organizaciju.

Takva centralna jedinica za politike obično ima sljedeće funkcije:

- Utvrđivanje i izrada državnih politika koncesije i javno-privatnih partnerstava;
- Praćenje usklađenosti projekata koncesije/javno-privatnih partnerstava sa razvojnim planovima, programima i sektorskim politikama;
- Analiza, evaluacija, određivanje prioriteta, odabir i praćenje projekata koncesija/javno-privatnih partnerstava, uključujući i prethodnu i naknadnu evaluaciju projekata;
- Davanje podrške ugovornim organima (po zahtjevu) u obavljanju posla tokom cijelog procesa evaluacije i u proceduri dodjele;
- Služi kao “robna kuća sve na jednom mjestu” u koncesijama/javno-privatnim partnerstvima jednako za organe vlasti, investitore i finansijere;
- Priprema smjernice i standardne dokumente za ugovorne organe.

Takve centralne jedinice za politike su često uključene u pomaganje provođenja pojedinačnih projekata tokom operativne faze. Na primjer, britanska organizacija Partnerships UK [osnovana 2000. godine u cilju podrške implementaciji projekata *Privatno-finansijske inicijative* (PFI), a koja je 51% u vlasništvu privatnog sektora i 49% britanske Vlade], je osnovala Operativnu radnu grupu (OTF) radi davanja podrške ugovornim organima. Uloga OTF-a je da pomogne javnom sektoru u poboljšavanju svog operativnog izvršavanja ugovora PFI, te da podržava pojedinačne projekte u smislu bavljenja operativnim pitanjima.

Njene osnovne funkcije su:

- Biti besplatna pomoć (help-desk) radi podrške rukovodiocima iz javnog sektora u operativnim pitanjima;
- Sačiniti smjernice o operativnim pitanjima;
- Voditi bazu podataka sa informacijama o operativnim projektima;
- Prikupljati i preko help-deska staviti na raspolaganje informacije o pitanjima koja se pokrenu u vezi sa projektima, utvrditi kretanja na tržištu i omogućiti širenje najboljih praksi naširoko;
- Obavljati operativne revizije dugoročnih ugovora o pružanju usluga, sa ciljem davanja dalekovidnih savjeta projektnim timovima kako bi se poboljšalo izvršenje ugovora;
- Pregovarati o kodeksu ponašanja sa privatnim sektorom kako bi se omogućio konzistentan pristup i za ranije ugovore.

OTF pruža širok raspon usluga svojim klijentima iz javnog sektora:

- Help-desk – osnovan radi davanja podrške rukovodiocima nadležnim za ugovore u javnom sektoru u bavljenju operativnim pitanjima, ali na raspolaganju svima;
- Strategija upravljanja ugovorima – pomoć klijentima iz javnog sektora da utvrde svoj pristup upravljanju ugovorima prije nego što projekt postane operativan, tako da se pitanja kao što su primopredaja, obuka zaposlenih, upravljanje ugovorima i struktura upravljanja planiraju na odgovarajući način i da se tako i upravlja njima;
- Benčmarking [*poređenje sa standardima ili drugim u struci*] i ispitivanje tržišta – davanje savjeta iz prve ruke i podrške privatno-finansijskim jedinicama i rukovodiocima nadležnim za ugovore, koji rukovode procesom benčmarkinga ili ispitivanja tržišta;
- Varijacije u ugovorima – podrška ugovornim organima pri pregovaranju o bitnim promjenama kojima se zadovoljavaju potrebe javnog sektora u odredbama prihvatljivim za ponuđače;
- Teškoće kod ponuđača – nadograđujući se na iskustvo u radu sa ranijim ponuđačima u teškoćama, OTF daje dobro usmjerenu centralnu podršku, pomažući da se minimizuju negativni efekti finansijskih ili operativnih teškoća sa kojima se ponuđači suočavaju na tijela u javnom sektoru;
- Revizija ugovora – obavljanje operativne revizije dugoročnih ugovora o pružanju usluga, sa prvenstvenim ciljem davanja dalekovidnih savjeta projektnim timovima kako bi se poboljšalo izvršenje ugovora;
- Promjene u vlasništvu ponuđača – savjetovanje ugovornih organa o bilo kakvim konkretnim pitanjima u vezi sa predloženim promjenama u vlasništvu ponuđača, bez obzira na to da li ta promjena znači i moguće refinansiranje projekta;
- Posredovanje – ponuda usluge posredništva u rješavanju sporova između ugovornih strana, sa ciljem pomaganja objema stranama da dođu do sporazuma o pitanjima koja bi inače mogla biti sporna i skupa za rješavanje.

6.2 Komisija za koncesije BiH

Na osnovu člana 5, stava 1. "Zakona o koncesijama BiH" (u daljem tekstu: državni zakon o koncesijama)⁴⁸, Komisija za koncesije BiH (u daljem tekstu: Komisija BiH) je osnovana kao nezavisno regulatorno tijelo koje je nadležno za dodjelu koncesija Bosne i Hercegovine (Internet adresa: <http://www.koncesijebih.ba>).

Komisija BiH je državni organ, sa sjedištem u Banja Luci.

6.2.1 Nadležnost Komisije BiH

Nadležnost Komisije BiH obuhvata koncesije koje se trebaju dodijeliti u sektorima u nadležnosti državnih institucija Bosne i Hercegovine (za razliku od nadležnosti entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta).

Teoretski, Komisija BiH je nadležna da se bavi procedurama dodjele koncesija u tri situacije:

- kada se koncesije tiču međunarodnih odnosa Bosne i Hercegovine (član 1 stav 2.);
- kada se koncesiono dobro prostire na Federaciju Bosne i Hercegovine i Republiku Srpsku ("prekogranične koncesije") (član 1 stav 2.);
- u slučaju spornih pitanja između entiteta u vezi sa davanjem koncesija (tada djeluje kao Zajednička komisija) (član 4 stav 3.).

Komisija BiH je obavezna da sarađuje ("usklađuje uvjete i oblik davanja koncesija") sa komisijama entiteta u slučaju preklapanja nadležnosti ili zajedničke nadležnosti države i entiteta (član 4 stav 2.)

Komisija BiH nema nikakvu nadležnost nad koncesijama koje su dodijelili entiteti i Brčko Distrikt, niti je nadležna za koordinaciju relevantnog zakonodavstva koje su zakonodavna tijela entiteta (i Brčko Distrikta) usvojila.

U praksi, gore navedeni opis nadležnosti Komisije BiH se pokazao problematičnim i stvorio je konflikte, a kao rezultat toga je Komisija BiH učinjena doslovce neaktivnom. Kao što je navedeno u

⁴⁸ Ukoliko nije naznačeno drugačije, sve reference u ovom dijelu se odnose na Zakon o koncesijama Bosne i Hercegovine (državni zakon o koncesijama).

prošlogodišnjem godišnjem izvještaju, broj koncesija za koji je Komisija BiH nadležna je u stvarnosti bio veoma ograničen (a broj koncesija koje su zaista dodijeljene iznosi nula). Postoji određen broj razloga za ovakvu situaciju.

Prvo, nije bilo koncesija koje se odnose na međunarodne odnose Bosne i Hercegovine. Obzirom na oblasti u kojima su koncesije dopuštene, nije vjerovatno da će u budućnosti ikakve koncesije ove vrste biti razmatrane [uz mogući izuzetak jedne koncesije koja se odnosi na imovinu BiH u Hrvatskoj (vila Aurora u Trstenom)].

Drugo, nema političke saglasnosti (između entiteta i države) o tome kako nastaviti sa koncesijama kod kojih se imovina o kojoj je riječ proteže na teritoriji oba entiteta. U takvim slučajevima su entiteti ili djelovali samostalno (i bez koordinacije), bez uključivanja Komisije BiH (npr. autoput koridor VC), ili su procedure za dodjelu koncesija efikasno blokirane zbog nedostatka jasne granice nadležnosti nadležnih ministarstava (npr. projekti tri hidrocentrale). Komisiji BiH nedostaje politička podrška za poduzimanje radnji koje bi mogle dovesti do dodjeljivanja koncesija na državnom nivou koje bi obuhvatale cijelu zemlju (odluka o koncesiji za autoput koridor VC, koju je predložila Komisija BiH, nije nikad usvojena od strane Parlamentarne skupštine BiH).

Treće, do danas se nijedna institucija nije obratila Komisiji BiH da riješi neki spor (između entiteta) u vezi sa dodjelom koncesija.

Četvrto, iako je pokrenuta saradnja sa komisijama entiteta, ona nije vodila nikakvim opipljivim rezultatima. Nijedna zajednička koncesija nije data; nedavno usvojene izmjene i dopune propisa nisu harmonizirane, a zajednički registar svih koncesija u cijeloj zemlji ne postoji.

Problem nedefinisane (i u praksi veoma uske) nadležnosti Komisije BiH odražava generalnije političke probleme u BiH – ratovi oko nadležnosti između državnog nivoa i entiteta, te odbojnost da se prenese više nadležnosti sa entitetskog na državni nivo. Očito, ovo pitanje se ne može razriješiti samo pomoću Komisije BiH – ono traži generalniji pristup i ustavno rješenje.

Međutim, bez takvog razjašnjenja nadležnosti Komisije BiH (i novih funkcija koje bi joj se dodijelile – vidi dalje u tekstu), njeno postojanje nije opravdano u smislu koristi koje ona daje poreskim obveznicima BiH.

Po mišljenju Tima za pregled, nadležnost i uloga Komisije BiH se treba ponovno definirati, pri čemu se ne moraju nužno ostali nivoi vlasti (entiteti, općine) lišiti svojih nadležnosti i ovlaštenja da donose odluke u pojedinim slučajevima (vidi u daljem tekstu – diskusija o funkcijama Komisije BiH).

6.2.2 Sastav i organizacija

Komisija BiH je kolektivni organ, sastavljen od sedam članova – tri iz svakog entiteta i jedan iz Brčko Distrikta (član 7). Članove imenuje Parlamentarna skupština BiH (na prijedlog Vijeća ministara BiH) na mandat od pet godina (članovi 8 stav 1. i 9 stav 1.). Predsjedavajućeg i zamjenika predsjedavajućeg Komisije imenuje predsjedavajući Vijeća ministara iz redova članova Komisije. Zakon ne precizira uvjete i procedure za razrješenje predsjedavajućeg ili članova Komisije; zbog toga nije jasno da li oni mogu biti razriješeni dužnosti prije isteka mandata poštovanjem iste procedure kao i za njihovo imenovanje.

Ipak, čini se da odredbe garantiraju i odgovarajuću zastupljenost (svih dijelova države) i nezavisnost Komisije od direktnog političkog uticaja.

Komisija BiH ima devet zaposlenika, a njen budžet je u 2007. godini iznosio 1.105.065 KM (561.000 eura), iako je zbog ograničenih aktivnosti Komisija utrošila samo 75% ovih dodijeljenih sredstava. Komisija nema vlastite prihode i u potpunosti se finansira iz državnog budžeta BiH.

Komisija BiH za svoj rad odgovara Vijeću ministara BiH i Parlamentarnoj skupštini BiH. Ona podnosi godišnji izvještaj Vijeću ministara BiH na razmatranje (do 30. maja) i nakon toga Parlamentarnoj skupštini BiH na usvajanje. Nakon usvajanja, izvještaj se objavljuje u "Službenom glasniku BiH".

6.2.3 Funkcije Komisije BiH

Zakon definira sljedeće funkcije Komisije BiH:

- Definiranje strategije i politika za dodjelu koncesija BiH; naknadni nadzor nad implementacijom politika (član 17., stavovi 1. i 2.);
- Odobravanje svakog projekta koji će se dati kao koncesija (studija ekonomske opravdanosti) prije poziva na tender (član 21.);
- Odobravanje poziva na tender i prateće dokumentacije za svaku koncesiju koja će se dodijeliti, prije objavljivanja (član 23.);
- Odobravanje svake procedure koja se bavi samoinicijativnim ponudama (član 25.);
- Saglasnost za potpisivanje svakog ugovora o koncesiji (član 26.);
- Praćenje aktivnosti koncesionara [član 16., stav a)];
- Odobravanje standardnih rokova i uvjeta ugovora koji će se zaključiti između koncesionara i korisnika usluga (potrošača) [članovi 16. stav b) i 30. stav 3.];

- Razmatranje žalbi korisnika usluga (potrošača) u vezi sa iznosom naknade koju koncesionari naplaćuju ili uvjetima za pružanje usluga od strane koncesionara [član 16. (c)];
- Vođenje postupka protiv ugovornog organa i koncesionara u slučaju kršenja državnog zakona o koncesijama (uključujući i propisivanje novčanih kazni za odgovorna lica i organizacije) [članovi 16. e) i 33.].

Sve zakonom predviđene funkcije Komisije BiH odnose se na koncesije dodijeljene na državnom nivou. Komisija ne igra nikakvu ulogu u koncesijama koje dodijele entiteti (i lokalne vlasti).

Međutim, pošto Komisija BiH do danas nije dodijelila nijednu koncesiju, većina gore navedenih funkcija nije vršena u praksi.

6.2.4 Rad Komisije BiH

Komisija BiH je započela sa radom 1. juna 2005. godine, kada je Parlamentarna skupština BiH imenovala šest njenih članova. Sedmi član je imenovan u decembru 2007. godine.

Od svog osnivanja, Komisija BiH je sačinila i usvojila sekundarno zakonodavstvo i dokument o politici, propisane državnim zakonom o koncesijama:

- Dokument o politici dodjele koncesija u Bosni i Hercegovini (juli 2006);
- "Pravilnik o postupku podnošenja zahtjeva i provođenju procedure dodjele koncesija" (juli 2006. godine).
-

Komisija BiH je također usvojila nekoliko internih akata kojima se regulira njena organizacija i rad.

Zadnjih godina je Komisija uključena u određeni broj procedura za dodjelu koncesija (Koridor VC, projekti hidroenergetike), ali nijedna od tih procedura nije finalizirana. Broj koncesija dodijeljenih na nivou države BiH je jednak nuli.

6.2.5 Ostale nadležne institucije

Ministarstvo finansija i trezora BiH je nadležno za izradu zakonodavstva u oblasti koncesija i javno-privatnih partnerstava na državnom nivou.

6.3 Komisija za koncesije Republike Srpske

Komisija za koncesije RS (u daljem tekstu: Komisija RS) je osnovana u skladu sa članom 7. "Zakona o koncesijama Republike Srpske"⁴⁹. Komisija RS je nezavisni regulatorni organ, nadležan za koncesije koje se dodijele u Republici Srpskoj (<http://www.koncesije-rs.org>).

Sjedište Komisije RS je u Banja Luci.

6.3.1 Sastav i organizacija

Komisija RS je kolektivni organ, sastavljen od pet članova. Članove imenuje Narodna skupština RS na preporuku Vlade RS (član 9.). Kandidati za članove se biraju iz reda "istaknutih stručnjaka u oblasti prava, ekonomije i inženjerstva" (član 9.).

Mandat članova Komisije RS je pet godina i može se još jednom produžiti (član 11.). Članovi mogu biti razriješeni prije isteka mandata u slučaju kršenja zakona. Međutim, nije jasno da li navodno kršenje mora biti potvrđeno pravosnažnom presudom nadležnog suda ili je to predmet procjene Narodne skupštine. Ako je ova druga interpretacija tačna, to bi moglo značiti mogućnost političkog uticaja i podrivanja nezavisnosti Komisije RS.

Narodna skupština RS imenuje predsjednika i potpredsjednika Komisije RS iz reda njenih članova (član 9.).

Rad Komisije RS podržavaju sekretar (koji nadgleda administrativni dio Komisije RS) i zaposlenici. Komisija RS nema vlastite prihode i u potpunosti se finansira iz budžeta RS. Sredstva za rad Komisije dodijeljena za 2008. godinu su iznosila 677.290 KM (346.000 eura).

Komisija RS je obavezna podnositi godišnji izvještaj o svojim aktivnostima Vladi RS na razmatranje. Zatim Vlada dostavlja izvještaj Narodnoj skupštini RS na usvajanje. Nakon što ga Skupština usvoji, izvještaj se objavljuje u "Službenom glasniku RS" (član 18.).

⁴⁹ Ukoliko nije naznačeno drugačije, sve reference u ovom dijelu se odnose na Zakon o koncesijama Republike Srpske.

6.3.2 Funkcije Komisije RS

Komisija RS djeluje i kao regulatorno tijelo i kao tijelo za donošenje politika, te obavlja nekoliko funkcija u pojedinačnim postupcima oko dodjele koncesije (u fazama pripreme, dodjele ugovora i izvršenja ugovora).

Djelujući kao regulatorno tijelo, Komisija RS ima sljedeće zadatke:

- Elaborira dokument o politici dodjele koncesija (kojeg usvajaju Vlada RS i Narodna skupština RS) (član 14.);
- Nadzire izvršenje dokumenta o politikama i priprema godišnji izvještaj o koncesijama u RS (članovi 14. i 18.);
- Formulira opće principe davanja koncesija i predlaže preporuke u vezi sa politikom dodjele koncesija u određenim sektorima (član 14.);
- Sačinjava standardne obrasce i detaljno sekundarno zakonodavstvo o procedurama za dodjelu koncesija (saglasnost daje Vlada RS) (član 21.).

U vezi sa pojedinačnim procedurama, Komisija RS vrši sljedeće funkcije:

- Odobrava studiju ekonomske opravdanosti projekta koji se predlaže za davanje na koncesiju (član 23.);
- Odobrava tekst javnog poziva i prateću tendersku dokumentaciju (član 25.);
- Odobrava ugovor o koncesiji kojeg su ugovorni organ i privredni subjekt ispregovarali prije podnošenja Vladi RS na konačno usvajanje (član 26.);
- Daje saglasnost na proceduru u slučaju samoinicijativne ponude (procjenjujući javni interes u datoj koncesiji) (član 27.);
- Prati izvršenje ugovora od strane koncesionara (član 13.);
- Odobrava standardne rokove i uvjete ugovora koje koncesionari trebaju zaključiti sa korisnicima usluga (potrošačima) (članovi 13. i 33.);
- Razmatra sporove između korisnika usluga (potrošača) i koncesionara u vezi sa uvjetima za snabdijevanje uslugama od strane koncesionara ili iznosom naknade koju koncesionari naplaćuju (član 13.);
- Prihvata promjene vlasništva kod koncesionara (član 33.).

Tendersku proceduru za dodjelu koncesija vrši ugovorni organ (nadležno ministarstvo), koje je obavezano da pribavi nekoliko saglasnosti od Komisije RS u toku procedure. Ugovorni organ priprema studiju ekonomske opravdanosti (što podliježe odobrenju Komisije RS) (član 23.), te objavljuje javni poziv (nakon odobrenja Komisije RS) (član 25.). Na kraju tenderske procedure, nacrt odluke (sa rang listom prijavljenih ponuđača) se podnosi (preko Komisije RS) Vladi RS, koja donosi konačnu odluku

(o dodjeli koncesije) (član 26.). Tačna uloga Komisije u evaluaciji ponuda i pregovorima sa ponuđačima (u odnosu na ugovorni organ) je nejasna pošto nije regulirana osnovnim zakonom. Čini se da sekundarno zakonodavstvo ide dalje nego Zakon o koncesijama RS u definiranju uloge Komisije u evaluaciji ponuda i izradi konačne odluke. U skladu sa članovima 31. i 32. "Poslovnika o radu Komisije za koncesije RS", uloga je Komisije RS (a ne ugovornog organa) da otvori i procijeni ponude (i da pripremi rang listu). U takvoj situaciji, uloga Komisije RS je mnogo veća nego ona predviđena Zakonom. U svakom slučaju, sistem izgleda zamagljen i kompliciran, te nije jasno ko je u konačnici nadležan za odluku jer je uključeno toliko mnogo institucija.

6.3.3 Rad Komisije RS

Komisija RS je započela sa radom u martu 2004. godine.

Komisija RS je sačinila i podnijela na usvajanje Vladi RS sekundarno zakonodavstvo propisano "Zakonom o koncesijama RS":

- "Poslovnik o radu Komisije RS", usvojen 7. jula 2004. godine;
- "Uputstvo za procjenu postojanja javnog interesa kod samoinicijativne ponude", usvojeno 31. oktobra 2005. godine;
- "Pravilnik o određivanju kriterijuma za utvrđivanje koncesione naknade", usvojen 30. maja 2007. godine, izmijenjen i dopunjen 10. jula 2007. godine i 7. novembra 2007. godine.

Komisija RS je takođe usvojila nekoliko internih akata koji se odnose na njenu organizaciju i rad.

Za razliku od ostale dvije komisije za koncesiju, Komisija RS aktivno učestvuje u nekoliko procedura za dodjelu koncesija. Samo u 2007. godini, Komisija RS je donijela odluke (mišljenja) u 154 slučaja, od kojih su:

- 34 odluke kojima se daje saglasnost na pregovore između ugovornih tijela i koncesionara;
- 54 odluke kojima se daje saglasnost na zaključenje ugovora;
- 26 odluke o saglasnosti na studije ekonomske opravdanosti;
- 10 odluka o prenosu prava (promjena u vlasništvu koncesionara);
- 3 odluke o izmjeni ugovora;
- 3 odluke kojima se odbija zahtjev za dodjelu koncesije;
- 15 mišljenja o raznim pitanjima koje su podnijela ministarstva, ugovorni organi i drugi organi.

6.3.4 Ostale relevantne institucije

Ministarstvo za ekonomske odnose i koordinaciju vodi Registar koncesija dodijeljenih u RS. Međutim, Registar nije dostupan javno, lista zaključenih koncesionih ugovora se objavljuje na web stranici Komisije za koncesije RS.

6.4 Komisija za koncesije Federacije BiH

Komisija za koncesije Federacije BiH (u daljem tekstu: Komisija FBiH) je osnovana kao nezavisni regulatorni organ u Federaciji BiH, u skladu sa članom 7. "Zakona o koncesijama Federacije BiH"⁵⁰. Sjedište Komisije FBiH je u Sarajevu.

6.4.1 Nadležnost Komisije za koncesije FBiH

Komisija FBiH je nadležna za dodjelu koncesija koje su regulisane "Zakonom o koncesijama FBiH". Član 6. ovog Zakona navodi koje vrste koncesija dodijeljene na teritoriji FBiH podliježu entitetskom zakonu (izgradnja i korištenje autoputeva, magistralnih puteva, željezničkih pruga, aerodroma, hidorenergetskih objekata snage više od 5 MW itd.). Sve druge vrste koncesije su regulisane kantonalnim zakonima i zato ne potpadaju pod nadležnost Komisije FBiH. Komisija FBiH nema nadležnost nad koncesijama koje dodijele kantoni.

U praksi, do ljeta 2008. godine, Komisija FBiH nije dodijelila ni jednu jedinu koncesiju. Trenutno ima određeni broj projekata u fazi pregovora (svi u hidroenergetskom sektoru), ali nijedni pregovori nisu finalizirani. U praksi, sve koncesije na teritoriji FBiH su dodijeljene na lokalnom nivou, od strane kantona.

6.4.2 Funkcije Komisije za koncesije FBiH

U skladu sa zakonodavstvom, Komisija FBiH treba vršiti sljedeće funkcije:

- Priprema Dokumenta o politici dodjele koncesija (kojeg usvaja Vlada FBiH), kojim se definiraju sektori u kojima će se dodjeljivati koncesije, te naknadno praćenje implementacije politike dodjele koncesija (član 14.);
- Odobravanje studije ekonomske opravdanosti (projekta koji će se dodijeliti kao koncesija), a koju radi koncedent (ugovorni organ) (član 23.);

⁵⁰ Ukoliko nije naznačeno drugačije, sve reference u ovom dijelu se odnose na Zakon o koncesijama Federacije BiH.

- Odobranje tenderske dokumentacije i poziva na tender, kojeg sačinjava ugovorni organ (članovi 24. i 25.);
- Preporuka Vladi FBiH, a nakon pregovora koje ugovorni organ vodi, o zaključenju ugovora o dodjeli koncesije (član 26.);
- Praćenje izvršenja ugovora o dodjeli koncesije od strane koncesionara (članovi 13. i 22.);
- Odobranje standardnih rokova i uvjeta ugovora koji će se zaključiti između koncesionara i potrošača (član 13.);
- Rješavanje sporova između koncesionara i potrošača u vezi sa uvjetima datih usluga i naplaćenim naknadama (član 13.);
- Odobranje prenosa prava vlasništva među koncesionarima (član 29.).

Mandat Komisije FBiH obuhvata i opće regulatorne funkcije u vezi sa sistemom kao cjelinom, kao i funkcije u vezi sa dodjelom i upravljanjem pojedinačnim ugovorima o dodjeli koncesije.

6.4.3 Sastav i organizacija

Komisija FBiH se sastoji od sedam članova (uključujući predsjedavajućeg i zamjenika predsjedavajućeg). Članove imenuje Parlament FBiH na prijedlog Vlade FBiH. Kandidati za članstvo se biraju iz reda stručnjaka u oblasti prava, ekonomije i inženjerstva (član 10). Mandat članova Komisije FBiH je pet godina i može se jednom produžiti (član 11.). Zakon o koncesijama FBiH ne definira uvjete i procedure za razrješenje članova Komisije.

Komisija FBiH je obavezna podnijeti Vladi FBiH godišnji izvještaj o svojim aktivnostima (do 31. maja). Nakon toga se izvještaj podnosi Parlamentu FBiH na usvajanje. Nakon što ga usvoji Parlament, izvještaj se objavljuje u "Službenom glasniku Federacije BiH" (član 18.).

6.4.4 Rad Komisije za koncesije FBiH

Komisija za koncesije FBiH je postala operativna tek 2007. godine. Te godine je Komisija usvojila sve unutrašnje propise (pravila i uputstva), koja su neophodna za njeno funkcioniranje.

Nekoliko procedura za dodjelu koncesija je pokrenuto 2008. godine (sve zasnovane na samoinicijativnim ponudama koje su potencijalni kandidati podnijeli); međutim, nijedna procedura nije finalizirana.

6.5 Opći komentari na institucionalno uređenje BiH

Administrativno uređenje BiH u smislu reguliranja i upravljanja koncesijama izgleda krajnje kompleksno. Relativno velike institucije (komisije za koncesije) se repliciraju na svakom nivou vlasti – državnom, regionalnom (entiteti) i lokalnom (kantoni). Administrativni trošak sistema je visok. Nadležnosti raznih institucija nisu jasno definirane i imaju tendenciju da se preklapaju. Nivoi aktivnosti se na široko razlikuju. Komisija za koncesije RS je bila izuzetno aktivna. S druge strane, Komisija BiH i Komisija FBiH su bile doslovce neaktivne, pošto skoro da nema stvarnih koncesija koje su dodijeljene na tim nivoima (država, Federacija). Međutim, ovaj problem bar djelimično proizilazi iz ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine (podjela nadležnosti između državnog nivoa, entiteta i kantona) i ne može se lako riješiti bez primjene generalnijeg političkog rješenja (kao što je sporazum da se projekti koncesije i javno-privatnih partnerstava trebaju implementirati na državnom nivou).

Sve tri komisije za koncesije koje je Tim za pregled analizirao predstavljaju isti ili bar veoma sličan model. Njihov sastav, pozicija unutar struktura vlasti i funkcije su veoma slične. Zakoni o koncesijama, usvojeni 2002. godine na državnom nivou i u entitetima, izgledaju prilično dobro harmonizirani u tom pogledu. Zbog toga većina komentara Tima jednako važi za sve tri komisije.

Sve komisije za koncesiju imaju relativno jaku poziciju unutar strukture vlasti. One su samostalne organizacije i nisu podređene bilo kom ministarstvu nego za svoj rad odgovaraju direktno svojim vladama. Njihovi članovi imaju visok status i imenuju ih odgovarajući parlamenti (na prijedlog vlade). Način imenovanja i razrješenja članova do određenog stepena štiti komisije od direktnog političkog uticaja i od pritiska koje na njih vrše ugovorni organi. Ova zaštita izgleda dovoljna da im omogući da propisno vrše svoje regulatorne i izvršne funkcije. Međutim, komisije ne uživaju nivo nezavisnosti koji se u direktivama Evropske zajednice traži za tijela za žalbe.

Proceduralni propisi izgleda zahtijevaju dovoljan nivo transparentnosti i odgovornosti u radu komisija.

Praktično, u ovom trenutku izgleda da su tri komisije propisno opremljene resursima i sredstvima koji odgovaraju njihovoj količini posla. Ipak, nove funkcije i zadaci koje za njih predlaže Tim za pregled (vidi dalje u tekstu) će vjerovatno zahtijevati dodjelu dodatnih resursa i pojačanu obuku i vanjsku podršku.

Sve komisije za koncesije u BiH imaju sličan skup funkcija i nadležnosti. One su nadležne za ukupno reguliranje sistema (izrada dokumenata o politikama, priprema zakonodavstva, usvajanje provedbenih propisa, usvajanje standardnih dokumenata i obrazaca), te za praćenje (kontroliranje) i procedura dodjele koncesija i izvršenja ugovora o dodjeli koncesija. Funkcija kontrole je veoma važna, pošto su komisije

uključene u svaki korak procedure dodjele koncesije (davanje saglasnosti na studije ekonomske opravdanosti prije pokretanja procedure, saglasnosti na tendersku dokumentaciju, učešće u procesu odabira, prihvatanje sadržaja ugovora i svih naknadnih promjena u ugovoru tokom izvršenja ugovora). U praksi, komisije za koncesiju u BiH ne samo da kontroliraju regularnost procesa, nego i aktivno učestvuju u donošenju odluka, čime do određenog stepena preuzimaju od ugovornih organa "vlasništvo" nad odlukama o dodjeli koncesija. S druge strane, ugovorni organi u BiH ne mogu očekivati mnogo pomoći u pripremi studija ekonomske opravdanosti, tenderske dokumentacije ili uvjeta i rokova ugovora. U većini zemalja EU, ovlaštenje (i odgovornost) za pripremu i provođenje procedure dodjele i upravljanja ugovorom o dodjeli koncesije je u potpunosti na ugovornim organima. Uloga centralnog regulatornog organa u pojedinačnim procedurama je obično ograničena na podršku i pomoć. Zbog toga, kolege komisija BiH po liniji rada iz EU su manje snažne (u smislu donošenja odluka), ali više daju podršku (posebno u smislu pripreme projekata i davanja tekuće podrške, obrazovanja, obuke i izrade politika).

I pored komentara izraženih tokom diskusije o nacrtu izvještaja, mišljenje je tima za pregled da je institucionalizirana uloga podrške i savjetovanja centralnog tijela za PPP/koncesije značajnija za dobijanje dobrih ugovora, od kontrolne funkcije tog tijela.

7 Preporuke

7.1 Kontekst

Kao što je uopće slučaj sa javnim nabavkama, jedan od osnovnih ciljeva državnih koncesija i sistema javno-privatnog partnerstva je da se ostvari efikasnost i “vrijednost za novac” u korištenju javnih sredstava uz pridržavanje direktiva Evropske zajednice, temeljnih principa Ugovora o EZ (transparentnost, nediskriminacija, jednak tretman, poštena konkurencija, međusobno priznavanje i proporcionalnost), te državnog zakona i politika. Zakonski i institucionalni okviri, uključujući i druge uticajne faktore, utvrđuju osnovne uvjete za način na koji se nabavka u formi koncesija i javno-privatnih partnerstava može uraditi u proceduralnom smislu, rezultate koji se mogu očekivati, te potencijalnih koristi u efikasnosti koje se mogu ostvariti. U ovom okruženju, profesionalizam i iskustvo javnih partnera u rukovođenju procesom nabavke i u iskorištavanju prednosti konkurencije na tržištu su odlučni za ishod u smislu “vrijednosti za novac” bilo koje koncesije ili projekta javno-privatnog partnerstva.

Naredne crte bi karakterizirale čvrst i efikasan sistem koncesija i javno-privatnog partnerstva:

- Jasan i smislen zakonski i institucionalni okvir u oblasti koncesija i javno-privatnog partnerstva, koji služi kao osnova za razvoj funkcionalnog i napredujućeg tržišta koncesija i javno-privatnog partnerstva, koje posebno privlači strane investitore;
- Državno zakonodavstvo u skladu sa direktivama Evropske zajednice i sa odgovarajućim politikama javne nabavke i pravilima o efektivnom, efikasnom i pravilnom korištenju javnih resursa, bez obzira na to da li direktive važe ili ne;
- Jasne strategije i politike za raspodjelu odgovornosti i struktura za donošenje odluka o podobnosti projekata koncesija ili javno-privatnog partnerstva, uključujući i efikasnu koordinaciju svih zainteresovanih strana u sistemu;
- Dobro razvijene centralne strukture i dovoljan administrativni kapacitet u cilju efikasne implementacije zakona i politika u oblasti koncesija i javno-privatnog partnerstva, uključujući i pripremu i širenje informacija, te davanje smjernica i obuke zainteresovanim stranama u sistemu, uključujući i organe vlasti, privredne subjekte, tijela za žalbe i revizore;
- Odgovarajuća sredstva za praćenje efektivnosti okvira politika i zakonskog okvira, uzimajući u obzir potrebu da se nađe prava ravnoteža između kontrole i diskrecionih ovlaštenja kako bi se obezbijedila odgovornost za donesene odluke;
- Sistem revizije koji je osposobljen za davanje brzih i efikasnih pravnih lijekova, uključujući i oblast koncesija i javno-privatnih partnerstava; u idealnom slučaju, žalbeni mehanizam ustanovljen na osnovu zakona o javnim nabavkama bi se također primjenjivao i na procedure u vezi sa dodjelom ugovora javno-privatnog partnerstva (i bar do nekog stepena na koncesije).

Sa gore navedenim na umu, Tim za pregled daje preporuke koje slijede. Tim je svjestan da će promjene vjerovatno značiti pristup po fazama, ali oblasti koje su ovdje istaknute trebaju se smatrati prioriternim oblastima. Preporuke Tima u pogledu dalje tehničke pomoći odražavaju ove prioritete.

7.2 Promjene zakonodavnog okvira

Jasan i usklađen zakonski okvir na polju koncesija i javno-privatnih partnerstava

Od elementarne važnosti je da se uspostavi jasan i smislen zakonski okvir kojim se regulira dodjela koncesija i javno-privatnog partnerstva u Bosni i Hercegovini na takav način da se unaprijedi razvoj važne infrastrukturnih i drugih projekata u obliku modela koncesija i javno-privatnog partnerstva. Stvarna, otvorena i pravedna konkurencija za dodjelu koncesija i javno-privatnih partnerstava je ključni element omogućavanja Bosni i Hercegovini da ostvari “vrijednost za novac” u korištenju javnih fondova. Ovaj zakonski okvir također obuhvata i sekundarno zakonodavstvo u ovoj oblasti, što će omogućiti dublje smjernice za najvažnije aspekte o tome kako se projekti koncesije i javno-privatnog partnerstva daju učesnicima na tržištu.

Zakon o javnim nabavkama, kao i državni i entitetski zakoni o koncesijama, trebaju se uskladiti radi eliminiranja preklapanja, nedosljednosti i nejasnoća (za Republiku Srpsku, nedavno usvojeni Zakon o PPP-u zahtijeva harmonizaciju sa ZJN i Zakonom o koncesijama). Treba se napraviti jasno razgraničenje između pojedinačnih djelokruga "Zakona o javnim nabavkama" i zakona o koncesijama. Ovo posebno zahtijeva jasne definicije izraza “koncesija”, “koncesor/koncedent” i “koncesionar” u zakonima o koncesijama. Pri definiranju izraza “koncesija”, u obzir se mora uzeti neophodnost pravljenja razlike između koncesije za usluge u smislu pravila javne nabavke u EU i drugih koncesija (npr. koncesija za korištenje resursa). U svakom slučaju, zakonska jasnoća ne treba da trpi zbog potrebe da se razgraniče ugovori koji su obuhvaćeni režimom javnih nabavki i ugovori koji ne potpadaju pod taj djelokrug. Potreba za daljom harmonizacijom i koordinacijom će postati čak još hitnija ukoliko se pravila o dodjeli ugovora javno-privatnog partnerstva unesu u postojeći zakonski okvir – kakav je slučaj u RS-u gdje je u martu 2009. godine usvojen Zakon o PPP-u.

SIGMA predlaže nekoliko opcija u smislu kako bi se ti ciljevi mogli ostvariti:

Opcija 1 (preferirana po mišljenju Tima za pregled): Jedan mogući način da se ostvari dalja unifikacija i harmonizacija u oblasti koncesija bi bio postojanje jednog zakona o koncesijama na državnom nivou za cijelu teritoriju Bosne i Hercegovine (kao što je to Zakon o javnim nabavkama), koji bi se primjenjivao na dodjelu koncesija bez obzira na to koji je organ vlasti koncedent. Taj državni zakon o koncesijama bi bio proširen na koncesije za radove, koncesije za usluge i druge koncesije (na primjer, koncesije u vezi sa korištenjem prirodnih resursa). Taj državni zakon o koncesijama bi mogao utvrđivati

sve neophodne uvjete i procedure za dodjelu svih vrsta koncesija. Kao alternativna opcija, zakon bi mogao propisati da se procedure u "Zakonu o javnim nabavkama" primjenjuju na dodjelu tih ugovora, bar za koncesije za radove i koncesije za usluge (za dodjelu drugih koncesija bi državni zakon morao predvidjeti najmanje primjenu principa "Ugovora o EZ"). Onda bi Zakon o javnim nabavkama morao biti izmijenjen i dopunjen da obuhvati proceduru konkurentskog dijaloga.

Prema mišljenju Komisije RS takvo rješenje (jedan pravni akt za sve ugovorne organe: na državno, entitetskom i kantonalnom nivou) ne bi bilo ustavno. Tim za pregled iskreno sumnja u tačnost ovog mišljenja. Ustavni sud BiH je u oktobru 2008. godine razmatrao ustavnost Zakona o javnim nabavkama BiH (predmet U-6/07). U svojoj odluci, Sud je potvrdio da je Zakon o javnim nabavkama u skladu sa Ustavom BiH:

“Ustavni sud smatra da se pod ovlaštenjima u smislu člana III stav 3. tačka a) Ustava BiH ne podrazumijevaju samo izričite nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine predviđene članom III stav 1. Ustava BiH nego i ostale nadležnosti i ovlaštenja koja su propisana u Ustavu BiH kao cjelini (...). Jedna od oblasti prava koju je Bosna i Hercegovina dužna uskladiti sa zahtjevima Sporazuma Evropske zajednice (EZ) i subsidijarnog prava jesu i javne nabavke. Za ispunjenje ovih međunarodnih obaveza odgovorna je Bosna i Hercegovina, a njeni entiteti, prema članu III stav 2. tačka b) Ustava BiH, dužni su «pružiti svu potrebnu pomoć Vladi Bosne i Hercegovine kako bi joj se omogućilo da ispoštuje međunarodne obaveze Bosne i Hercegovine».

Donošenjem gore sporenog zakona, Bosna i Hercegovina je ispunila jedan od zahtjeva predviđenih u okviru njenih međunarodnih obaveza i stvorila zakonodavni okvir koji organima omogućava provođenje svih aktivnosti na transparentan i savjestan način u odnosu na postupke koji su povezani sa korištenjem javnih sredstava i, time je Bosna i Hercegovina doprinijela jačanju vladavine prava, jednog od najosnovnijih principa demokratske države”.

Uzimajući u obzir sličnosti javnih nabavki i koncesija/PPP-a (gdje je ovo drugo poseban oblik nabavke projekata), može se racionalno očekivati ista presuda i potvrda ustavnosti jedinstvenog zakona kojim bi se regulirali postupci za dodjelu koncesionih i PPP projekata.

- Opcija 2 bi omogućila istovremeno postojanje više od jednog zakona o koncesijama. Ti zakoni bi morali biti identični umjesto samo harmonizirani do velikog nivoa, što trenutno jeste slučaj. Dalje, jedinstvena primjena bi se trebala obezbijediti širom teritorije Bosne i Hercegovine.

Od suštinske je važnosti obezbijediti da su zakoni o koncesijama i javno-privatnom partnerstvu sačinjeni i primijenjeni na način koji je u potpunosti konzistentan od strane države i svakog entiteta. Ovo bi zahtijevalo kompletnu harmonizaciju raznih zakona o koncesijama na državnom, entitetskom i kantonalnom nivou. Postojeće razlike, koje su ponekad materijalne, a ponekad suptilne, bi se morale eliminirati. Ova opcija traži neposredniju saradnju između

komisija za koncesije. Ne samo da se radi o formulaciji harmoniziranih podzakonskih akata već i o (formalnim ili neformalnim) savjetima koji se daju ugovornim organima kada se obrate komisijama u okviru postupka dodjele. S pravne i praktične tačke gledišta, komisije su te koje igraju ključnu ulogu u kako u promociji tako i u oblikovanju koncesija.

Što se tiče proceduralnih pravila, prijedlog objašnjen u Opciji 1 bi također važio i za tu mogućnost (procedure dodjele koncesija/javno-privatnog partnerstva ili definirane u zakonima o koncesijama ili da se na njih odnose procedure iz "Zakona o javnim nabavkama").

Komisija BiH dodatno predlaže:

“Jedan “Okvirni zakon o koncesijama i javno-privatnom partnerstvu u BiH” koji bi definirao politiku pravnog okvira u skladu sa zakonima i praksama EU, a entiteti i kantoni bi se obavezali da postojeća zakonodavstva prilagode ili da usvoje nova koja će biti u potpunosti usklađena sa okvirnim zakonom. Bit će potrebe za značajnim izmjenama postojećeg Zakona o javnim nabavkama jer bi došlo do velike asimetrije koja bi stvorila konfuziju u primjeni zakonodavstva (bilo bi teško uspostaviti jasnu granicu između javnih nabavki i javno-privatnog partnerstva, što bi dovelo do otežane primjene zakona).”

Vrijedi razmotriti ovaj prijedlog u slučaju da propadne Opcija 1 (jedinствени zakon), usprkos manama ovog rješenja (rizik da se usvoje različite verzije tokom parlamentarnih procedura; praktične poteškoće pri naporima da se osigura identična implementacija).

Međutim, po mišljenju Tima za pregled, čak iako bi zakoni o koncesijama države, entiteta i kantona bili harmonizirani do najvećeg mogućeg stepena (ili čak kad bi bili identični), to ne bi automatski vodilo jedinstvenoj i konzistentnoj primjeni zakona širom Bosne i Hercegovine. Od raznih institucija uključenih u primjenu zakona o koncesiji, posebno komisija za koncesije, bi se tražili značajni naponi ka koordinaciji i harmonizaciji u cilju osiguranja konzistentnosti.

Otvorene, transparentne i konkurentske procedure dodjele

Koja god opcija se razmatra, zakonski okvir mora predvidjeti obavezu koncedenta da koristi otvorene, transparentne i nediskrimantorne procedure za dodjelu koncesija i javno-privatnog partnerstva. Ovo je također i preduvjet za rast interesa stranih investitora za učešće na tenderima u Bosni i Hercegovini.

Zakonskim okvirom mora biti jasno da je korištenje takvih procedura, kao što su one zasnovane na samoinicijativnim ponudama, ograničeno na veoma specifične i veoma ograničene izuzetne okolnosti, te da se primjena tih ograničenih izuzetaka mora tumačiti veoma striktno.

Pojednostavljivanje procedure davanja saglasnosti za koncesije

Duge i teške procedure za davanje saglasnosti na koncesije čine ozbiljnu prepreku za strane investitore i zato se one trebaju napustiti u korist štedljivih procedura "menadžmentskog tipa" za davanje saglasnosti. U svakom slučaju, ne bi trebalo biti neophodno da se za određene koncesije zahtijeva ratifikacija od strane parlamenata (što je slučaj u državnom zakonu o koncesijama). Trebalo bi biti dovoljno da se zahtijeva saglasnost nadležnih organa uprave (kao što su komisije za koncesije i ministarstva).

Harmonizacija sa zahtjevima EU

Zakonski okvir u oblasti koncesija i javno-privatnog partnerstva treba zadovoljavati zahtjeve EU. Naime, konkretne odredbe "Direktive 2004/18/EZ", koje se odnose na dodjelu koncesija za javne radove i obavezu koncesionara da poštuje pravila javne nabavke u konkretnim okolnostima će se morati prenijeti u domaće zakone Bosne i Hercegovine. Za dodjelu koncesija za usluge i drugih koncesija (kao što su one koje se odnose na korištenje prirodnih resursa), trebat će se primjenjivati bar temeljni principi "Ugovora o EZ", što također obuhvata dalju harmonizaciju.

Uspostavljanje efikasnih i istinski nezavisnih žalbenih mehanizama

Biće neophodno uspostaviti efikasan mehanizam revizije odluke donesenih u procedurama u vezi sa dodjelama koncesija i javno-privatnog partnerstva.

Rješenje koje se ne može ignorirati je da se zakoni o koncesijama upute na sistem koji je urađen u Zakonu o javnim nabavkama. Onoliko koliko se takve koncesije ili javno-privatna partnerstva kvalificiraju kao javni ugovori ili koncesije za javne radove u smislu direktiva EZ o javnim nabavkama, žalbeni sistem definiran u Zakonu o javnim nabavkama mora u potpunosti važiti u svakom slučaju.

Što se tiče koncesija za usluge, sistem pravnih lijekova u Zakonu o javnim nabavkama se također može koristiti (iako, strogo govoreći, ovo nije preduvjet koji se traži zakonima o javnim nabavkama u EU). Međutim ukoliko koncesije za usluge ne podliježu sistemu revizije u Zakonu o javnim nabavkama, odgovarajući pravni lijekovi se trebaju staviti na raspolaganje, pošto upravni postupci pred sudovima ne zadovoljavaju zahtjeve EU u oblasti koncesija i javno-privatnih partnerstava. Žalbe treba saslušati tribunal koji je nepristrasan i nema predrasuda, u smislu člana 234 Ugovora o EZ.

Komisija RS, iako je pohvalila ideju o mehanizmu neovisne revizije, sumnja da li je uvođenje takvog mehanizma u BiH "realno" bez davanja specifičnih razloga. Međutim, mogućnost provođenja neovisne revizije je jedan o ključnih zahtjeva propisa EU i ne može se jednostavno zanemariti. Prijedlog tima za pregled (uključivanje postupaka dodjele koncesija/PPP-a u oblast rada Ureda za razmatranje žalbi koji je osnovao Zakon o javnim nabavkama) ne zahtijeva uspostavljanje nove institucije, niti značajnu alokaciju dodatnih sredstava. Prijedlog je također u skladu da rješenjima usvojenim i nekim drugim zemljama regije gdje postoje odvojeni zakoni za javne nabavke i koncesije/PPP, ali jedno tijelo za žalbe

nadležno za obje vrste postupaka (Hrvatska od 2008. godine, Makedonija (prema nacrtu zakona o PPP)).

Zakon o javno-privatnim partnerstvima

Reguliranje dodjele ugovora o javno-privatnim partnerstvima ne treba ugroziti cilj uspostavljanja jasnog i konzistentnog zakonskog okvira u oblasti koncesija. SIGMA – zahvaljujući svom prethodnom iskustvu u sličnim situacijama – čvrsto preferira da se zakon o javno-privatnim partnerstvima integrira u zakon o koncesijama umjesto da postoje tri istovremena zakona. Usvajanje posebnog zakona o javno-privatnim partnerstvima bi stvorilo probleme u razgraničenju djelokruga tri zakona (odnosno, zakona o javno-privatnim partnerstvima, zakona o koncesijama i zakona o javnim nabavkama). Pošto ugovori o javno-privatnim partnerstvima – sa tačke gledišta nabavke – moraju biti smatrani ili javnim ugovorima ili koncesijama, od krajnje je važnosti da se ovi zakoni harmoniziraju da bi se izbjegla preklapanja, nedosljednosti i rupe u zakonu.

7.3 Obuka i prenos znanja

Malo praktične koristi može proizaći iz zakonodavnih promjena ako oni koji su uključeni u implementaciju tih promjena imaju ograničeno razumijevanje o praktičnom obavljanju procesa javne nabavke povezanog sa koncesijama i javno-privatnim partnerstvima. Kao što je ranije navedeno, osnovna zabrinutost tima za pregled se odnosi na korištenje procedure samoinicijativne ponude. Korištenje ove procedure kao standardnog pristupa neizbježno znači da postoji nedostatak praktičnog znanja o tome kako se provode transparentni, konkurentski procesi javnog poziva za koncesije i javno-privatna partnerstva. Obuka i prenos znanja o ovom pitanju će zbog toga biti ključni faktor prilikom napredovanja u zakonodavnim promjenama.

Tim za pregled je zapazio značajan nedostatak resursa i stručnosti unutar nadležnih ministarstava za pripremu studija ekonomske opravdanosti prije konkurentskog tenderskog procesa. U praksi, ugovorni organi se oslanjaju na resurse i stručnost budućih koncesionara za dati projekt koncesije. Ovo može rezultirati u povećanim rizicima za javne institucije, nedovoljnoj zaštiti javnog interesa i neopravdanim koristima za privatne partnere. Nesumnjivo postoji hitna potreba da komisije za koncesiju pojačaju svoje obrazovne aktivnosti kako bi ugovornim organima obezbijedile znanje i stručnost. Ako će komisije preuzimati vođstvo u davanju te podrške, onda će i njima trebati dati početnu i tekuću obuku, kao i drugu vrstu podrške da se obezbijedi da njihovo znanje i stručnost budu sveobuhvatni, savremeni i relevantni.

Sistemi obuke i sredstva za podršku

Komisije za koncesiju trebaju uspostaviti održivi sistem obuke i razraditi razna sredstva (priručnike, smjernice specifične za određeni sektor, standardnu tendersku dokumentaciju, standardne rokove i odredbe ugovora) da bi pojačale profesionalizam državnih službenika koji rade na koncesijama u Bosni i Hercegovini. Trebale bi se podržati inicijative za lične obuke (davanjem kvalitetnih ulaznih informacija, programa i materijala za obuku).

Davanju obuke i druge podrške od strane komisija se može pristupiti na brojne razne načine, ali treba konstatirati da je čvrsto mišljenje tima za pregled da obuka i podrška koje se daju trebaju biti konzistentni na svim nivoima (država BiH, Republika Srpska i Federacija). Neposredna saradnja i koordinacija između komisija će zbog toga biti neophodna (vidi i gore navedeni komentar u vezi sa potrebom obuke komisija i podrške njima). Prijedlozi u vezi sa vrstom obuke i podrške koje bi se trebale dati su sljedeći:

- Obuka o tome kako provoditi konkurentne tenderske procese za sve zaposlene koji se bave procedurama javnih nabavki: Ciljna grupa obuke bi bili službenici u vladi, ministarstvima, organima vlasti, kantonima i oni koji rade na projektima koncesije, sa ciljem jačanja pouzdanja i stručnosti u provođenju tih procedura. Ova obuka bi trebala donijeti znatnu promjenu u praksi;
- Detaljnija obuka za one koji redovno savjetuju ili učestvuju u konkurentskim procesima – posebno za komisije za koncesije i nadležna ministarstva sa predloženim značajnim projektima. Cilj te obuke je da se nadogradi osnova znanja;
- Obuka i jasne pismene informacije za koncesionare o implikacijama potpuno konkurentskog procesa, te o ponašanju i učešću koji se od njih očekuju;
- Uvođenje profesionalne organizacije za profesionalce u javnim nabavkama tako da se stručnost može razvijati i razmjenjivati, posebno u provođenju konkurentskih procesa za dodjelu koncesija;
- Privremeno preraspoređivanje zaposlenih među ugovornim organima koji imaju iskustva u provođenju konkurentskih procesa radi savjetovanja o novim projektima;
- Fokus na i povećanje tehničkog znanja kako bi se studije ekonomske opravdanosti mogle pripremiti u javnom sektoru unutar nadležnih ugovornih organa i/ili na kapacitet koji se razvija unutar profesionalnih organizacija;
- Obuka o pripremi i procjeni studija ekonomske opravdanosti.

7.4 Institucije

Razvijanje uloge komisija za koncesije

Tim za pregled preporučuje promjene uloge komisija za koncesiju kako bi ih uskladio sa svojim kolegama po liniji rada u EU. Takve promjene bi učinile komisije manje snažnim (u smislu donošenja odluka), ali više onima koji daju podršku, posebno u smislu pripreme projekata i davanja tekuće pomoći, obrazovanja i razvoja politika.

Komisije bi trebale da:

- razviju svoje savjetodavne kapacitete, dajući ugovornim organima dobre modele (standardne dokumente sačinjene za nekoliko sektora), te time populariziraju dobru praksu;
- svakodnevno daju pomoć ("hotline", kontakt osoba, baza podataka sa najčešćim pitanjima i odgovorima na Internetu) ugovornim organima (i moguće također i privrednim subjektima) o praktičnim pitanjima.

Komisije trebaju postati "centri znanja i prakse" (centri izvrsnosti), ali njihove funkcije kontrole se trebaju ograničiti. Ugovorni organ bi trebao dobiti punu odgovornost za upravljanje procedurom dodjele koncesije i za donošenje konačne odluke o dodjeli ugovora.

Kao što je ranije navedeno, da bi se komisijama omogućilo da služe kao centri izvrsnosti, trebala bi im se dati tekuća obuka i druga podrška.

Ponovno definiranje uloge komisija za koncesije

Komisija BiH

Bitno je obezbijediti da se informacije o prilikama za koncesije i javno-privatna partnerstva širom BiH budu lako dostupne, čime će se podstaći što je moguće više konkurencije. Takođe je bitno, iz perspektive otvorenosti i transparentnosti, omogućiti da informacije o dodjeli ugovora budu javno dostupne i, ponavljamo, na lako dostupan način. Sadašnji sistem informiranja koji se daje na državnom i entitetskim nivoima je neizbježno fragmentiran i nedosljedan, te ne predstavlja pozitivnu i jedinstvenu sliku za potencijalne izvođače ugovora, posebno ne za strance. Zbog toga tim za pregled preporučuje da se Komisiji BiH da uloga prikuplja informacije širom zemlje i omogućavanja da te informacije budu lako dostupne javnosti sa jedinstvenog izvora.

Usprkos strahu koji je izrazila Komisija RS, tim za pregled nije imao namjeru da predstavi državnu Komisiju kao superiornu nad entitetskim komisijama, niti da njihovu ulogu oslabi prijenosom njihovih regulatornih ovlasti na državno tijelo. Izvještaj pažljivo navodi koje bi funkcije mogle biti locirane na državnom nivou, bez osporavanja autonomije entitetskih komisija.

Ipak, treba napomenuti da je u slučaju javnih nabavki nivo centralizacije je dosta veći. Ustavni sud BiH je nedavno potvrdio ustavnost Zakona o javnim nabavkama (time potvrđujući i ustavnost institucionalnog ustrojstva predviđenog tim zakonom).

Kompilacija statističkih podataka: Komisiji BiH bi trebalo dati više (tehničkih) funkcija u vezi sa sistemom koncesija kao cjelinom u Bosni i Hercegovini. Kompilacija statističkih podataka o svim koncesijama u BiH se treba vršiti na državnom nivou.

Jedinstveni registar svih ugovora o dodjeli koncesija: Komisija BiH bi trebala voditi registar svih ugovora o koncesijama dodijeljenih od strane svih ugovornih organa u BiH (institucija na državnom, entitetskom i lokalnom općinskom nivou). Takav registar, koji bi trebao javno dostupan (*online*), bi mogao biti kompilacija registara koje vode država i entiteti, u kom slučaju bi konzistentan metod dostavljanja traženih podataka za jedinstveni registar trebao biti usaglašen.

Jedinstveni sistem za objavljivanje obavještenja i konzistentnih obavještenja: Trenutno svaki entitet primjenjuje svoja pravila za objavljivanje informacijama o koncesijama. Puna implementacija principa nediskriminacije u sistemu BiH (jednak tretman preduzeća od strane oba entiteta) zahtijeva istinski jednak pristup svim ugovorima o dodjeli koncesija (bez obzira na entitetsku teritoriju preduzeća iz svih dijelova zemlje). Jedan od uvjeta za jednak pristup ugovorima o dodjeli koncesija je da se obezbijedi jednak pristup informacijama o prilikama za koncesije, što zahtijeva stvaranje uniformiranog sistema objavljivanja obavještenja o prilikama za koncesije. Sve koncesije u Bosni i Hercegovini (bez obzira na to da li ih dodjeljuju institucije na državnom, entitetskom ili lokalnom općinskom nivou) se trebaju objaviti korištenjem sitih standardnih obrazaca koji sadrže isti obim informacija i koje prenosi isti medij (centralizirano). Komisija za koncesije BiH bi trebala voditi takav sistem objavljivanja (kao minimum, trebala bi objavljivati obavještenja o koncesijama na svom Web sajtu). Ovaj sistem objavljivanja bi mogao postojati ili kao dodatak obavještenjima na entitetskom nivou ili kao alternativa. Ako su obavještenja na centralnom Web sajtu dodatak obavještenjima na entitetskom nivou, onda bi datumi objavljivanja trebali biti isti (ili bi se obavještenje moglo pojaviti najprije na centralnom Web sajtu) tako da se za sve izvođače ugovora omogući jednaka prilika.

Komisija BiH, Komisija RS i Komisija FBiH

Tim za pregled preporučuje znatnu promjenu uloge komisija, sa ciljem povećanja njihove uloge u razvoju sistema koncesija i javno-privatnog partnerstva. U ovoj novoj ulozi bi komisije postale centri izvrsnosti i podržavale bi izvršenje projekata koncesije i javno-privatnog partnerstva. Da bi se ova funkcija preuzela, od ključne je važnosti da sve tri komisije neposredno sarađuju kako bi omogućile da pristup i ishodi budu konzistentni na državnom i entitetskom nivou. Ova saradnja obuhvata i zajedničku izradu praktičnih smjernica i standardnih dokumenata.

Pomaganje potencijalnim koncesionarima: Svaka komisija bi trebala preuzeti preventivniju ulogu u davanju informacija potencijalnim koncesionarima o predstojećim prilikama (objavljivanjem obavještenja o javnim pozivima), te u informiranju šire javnosti o dodijeljenim koncesijama (objavljivanjem obavještenja o dodjeli ugovora). Ove informacije bi trebale biti uključene u jedinstveni sistem za objavu obavještenja.

Standardizacija: Komisije bi trebale biti učinjene odgovornim za standardizaciju prakse davanja koncesija pomoću:

- Elaboriranja i popularizacije standardnih dokumenata (forma obavještenja, tenderska dokumentacija, studije ekonomske opravdanosti; rokovi i uvjeti ugovora o dodjeli koncesije), što bi važno na državnom i entitetskom nivou;
- Elaboriranja i popularizacije proceduralnih smjernica i priručnika;
- Davanja pomoći ugovornim organima i moguće i privrednim subjektima u pripremi tenderske dokumentacije, te u provođenju tenderske procedure (help-desk za davanje pismenih i usmenih savjeta);
- Davanja obuke i/ili ulaznih informacija o osiguranju kvaliteta organizacijama koje se bave obukom privatnog sektora.

Osnivanje foruma zainteresiranih strana: Komisije bi trebale osnovati forum za redovne konsultacije sa ključnim zainteresiranim stranama u sistemu koncesija. Taj forum bi mogao obuhvatati razmjenu informacija i diskusije o predloženim zakonskim inicijativama i o stanju u sistemu koncesija, kao i o mogućim aktivnostima u cilju razvoja i poboljšanja. Konsultacije bi se mogle organizirati i za unutrašnje i za vanjske zainteresirane strane (privatni sektor), ali ne moraju biti istovremene.

7.5 Prijedlozi za tehničku pomoć

Buduća reforma sistema koncesija i javno-privatnih partnerstava u Bosni i Hercegovini bi se mogla podržati tehničkom pomoći koju bi finansirala EU.

Tehnička pomoć bi mogla obuhvatati sljedeće komponente:

- Podrška u izmjeni i dopuni zakonodavstva o koncesijama (zakoni i pravila) kako bi se garantirale otvorene, transparentne i konkurentske procedure dodjele i radi usklađivanja zakonodavstva BiH sa uvjetima EU;

- Zajedničku obuku za komisije o tome kako vršiti nabavku projekata koncesija i javno-privatnih partnerstava, koristeći otvorene, transparentne i konkurentske procese;
- Podrška osnivanju redovnih zajedničkih radnih grupa, te foruma zainteresiranih strana.
- Podrška komisijama u zajedničkoj izradi harmoniziranog pristupa za provođenje projekata koncesija i javno-privatnih partnerstava. Ovom podrškom bi se olakšale zajedničke aktivnosti koje bi proizvele praktične i relevantne informacije o konkretnim pitanjima, kao što su:
 - Smjernice o principima otvorene, jasne i transparentne konkurentnosti za ugovorne organe i koncesionare;
 - Standardna oglašavanja, napomene za smjernice u procesu i tendersku dokumentaciju;
 - Standardna obuka za ugovorne organe;
- Odvijanje obuke za ugovorne organe (u konkretnim ministarstvima) o provođenju otvorenih, jasnih i transparentnih konkurentskih procedura;
- Podrška razvoju tehničke stručnosti u oblastima utvrđenim u cilju prioritarnog razvoja;
- Podrška izradi centralnog Web sajta koji bi se koristio za objavljivanje informacija u vezi sa koncesijama i javno-privatnim partnerstvima širom cijele teritorije Bosne i Hercegovine, kao što su oglasi, Registar i statistički podaci.

Za dalji uspješan razvoj sistema koncesija u BiH neophodno je da komisije za koncesije na svim nivoima usko sarađuju. Sama takva saradnja može osigurati jedinstvenu i koherentnu praksu dodjeljivanja i upravljanja koncesijama i PPP projektima širom zemlje. Do sada se pokazalo da institucije nisu u stanju da zajedno rade. Čak i ako postoji prijateljski odnos na radnom nivou, nema oblika saradnje koji se može formalizirati. Tako da bi tehnička pomoć za razvoj PPP zakonodavstva trenutno bila preuranjena— jer korisnici ne bi bili spremni garantirati uspješnu implementaciju projekta (u smislu koherentnog sistema za cijelu zemlju). Ipak, može se uzeti u obzir manji obim pomoći usmjeren na saradnju među komisijama za koncesije.