

1200 / 2013



51. SUSRET PRAVNIKA

SADRŽAJ

3 SUSRET PRAVNIKA - OPATIJA 2013.

REFERATI

- 7 VOĐENJE POSLOVA U DRUŠTVIMA KOJA NEMAJU ORGANE,
Jakša Barbić
- 45 PRAVNO UREĐENJE INVESTICIJA U RH, **Branko Vukmir**
- 79 NOVINE U PRAVNOM UREĐENJU KONCESIJA, **Dragan Medvedović**
- 117 OVRŠNI ZAKON IZ 2012. - BITNE NOVINE, POSEBNO KOD OVRHE NA
SREDSTVIMA NA OVRŠENIKOVIM RAČUNIMA, **Mihajlo Dika**
- 159 FINACIJSKO POSLOVANJE I PREDSTEČAJNA NAGODBA,
Miljenko Giunio
- 215 TRANSAKCIJE KREDITNIM PLASMANIMA BANAKA,
Petar Miladin, Hrvoje Markovinović
- 255 OSVRT NA RECENTNE PRIJEDLOGE REFORME SUSTAVA NAKNADE
NEIMOVINSKE ŠTETE, **Marko Baretić, Ivica Veselić**
- 283 FLEKSIGURNOST RADNIH ODNOSA U HRVATSKOJ I PRAVNA
STEČEVINA EUROPSKE UNIJE, **Željko Potočnjak**
- 327 PREGLED NOVINA U UREĐENJU PARNIČNOG POSTUPKA PREMA
NOVELI ZAKONA O PARNIČNOM POSTUPKU IZ 2013., **Đuro Sessa**

Izdavač: Hrvatski savez udruge pravnika u gospodarstvu
10000 Zagreb, Križanićeva 16/IV, tel. i fax: 01-46-14-890
www.pravniciugospodarstvu.hr

Urednici Zbornika: akademik Jakša Barbić i mr. sc. Miljenko Giunio

Prijevod sažetaka: Sandra Obuljen

Ilustracija naslovnice: Ljubica Heidler, Zagreb (prema ideji m.a.g.)

Tisak: Sveučilišna tiskara, d.o.o., Zagreb

Zagreb, svibanj 2013.

NOVINE U PRAVNOM UREĐENJU KONCESIJA

U radu se razmatraju novine u pravnom uređenju koncesija na osnovi Zakona o koncesijama iz 2012. godine. Izlaže se geneza legislativnog uređenja koncesija od 1990. godine do novog Zakona o koncesijama iz 2012. godine, razlozi za novu pravnu regulaciju, tijekom donošenja novog zakona i njegova struktura. Kritički se analiziraju odredbe Zakona kojima se reguliraju vrste i predmet koncesija, pripremne radnje, postupak davanja koncesija, ugovori o koncesijama, politika koncesija i nadzor nad izvršenjem koncesionarevih obveza.

Ključne riječi: koncesija, koncedent, koncesionar, javna nabava, upravni akt, ugovor o koncesiji, pravna zaštita

1. GENEZA PRAVNOG UREĐENJA KONCESIJA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Godinu dana prije raspada SFRJ i proglašenja samostalne Republike Hrvatske hrvatski zakonodavac – tadašnji Sabor SRH - donio je prvi hrvatski Zakon o koncesijama¹. Na temelju tog zakona (čl. 1.) dobivanje „dozvole (koncesije)“ bilo je rezervirano samo za strane ulagače. Strani ulagač mogao je dobiti koncesiju samo za korištenje određenog obnovljivog prirodnog bogatstva ili dobra u općoj uporabi, Strancu se moglo odobriti i da „izgradi, vodi ili iskorištava na određeno vrijeme objekt, postrojenje ili pogon“, No, sve je to bilo dopušteno pod uvjetima koji su „propisani saveznom zakonom“. Ti uvjeti bili su propisani odredbama čl. 18. do 20. Zakona o stranim ulaganjima.² Poslije proglašenja samostalne Republike Hrvatske ovaj je savezni zakon preuzet u hrvatski pravni

¹ Prof. dr. sc. Dragan Medvedović, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu u mirovini

¹ Zakon o koncesijama, Narodne novine, br. 18 od 30. travnja 1990. g.

² Zakon o stranim ulaganjima, Službeni list SFRJ, br 77 od 31. prosinca 1988. g.

sustav.³Neposredno poslije toga noveliran je Zakon o koncesijama⁴ Vrlo kratkom novelom (tri članka) omogućeno je i domaćim fizičkim i pravnim osobama da dobiju koncesiju odnosno odobrenje za izgradnju, vođenje ili iskorištavanje objekata, postrojenja ili pogona⁴, a Vladi je dopušteno da svojim odlukom oslobodi konkretnog koncesionara od plaćanja poreznih i drugih obveza. Materija koncesija bila je, dakle, uređena Zakonom o koncesijama i preuzetim Zakonom o stranim ulaganjima.

Već 1992. godine donesen je novi Zakon o koncesijama (dalje ZOK92).⁵ To je bio vrlo kratak zakon (ukupno deset članaka) i donesen je bez ikakve znanstvene i stručne pripreme i podloge. Njime se samo generalno otvarala mogućnost dodjele koncesija te su samo rudimentarno regulirana neka pitanja koncesija. Naravno da su ostale velike pravne praznine koje su rađale brojne dileme.

Na temelju toga zakona i u svezi s njim donesen je relativno veliki broj zakona, uredbi, pravilnika i drugih akata kojima se regulirala materija koncesija. Ti su se pravni propisi međusobno dosta razlikovali u nazivlju akata, načinu uređivanja istovjetnih ili sličnih materijalno-pravnih i postupovnih pitanja te dopustivosti odnosno nedopustivosti pravnih lijekova. Nerijetko ih je povezivala samo korištenje riječi - koncesija, a da pri tome se koncesiji davao različiti smisao i sadržaj. Zato se može reći da nismo imali pravno uređen sustav koncesija već hrpu propisa koji su se odnosili na materiju koncesija ili koncesiji sličan odnos.

Doneseni su brojni propisi, više puta mijenjani i dopunjavani, koji su uspostavljali režim koncesija za korištenje raznovrsnih prirodnih i drugih bogatstava te obavljanje niza djelatnosti, npr. za korištenje pomorskog dobra i obavljanje lučkih djelatnosti, iskorištavanja voda i vodnog dobra, rudnog blaga, poljoprivrednog zemljišta, za pravo lova, obavljanje javnog prijevoza u linijskom obalnom pomorskom prometu, za telekomunikacijske usluge, za uporabu radijskih frekvencija i usluge kabelaške televizije, za izgradnju i upravljanje željezničkom infrastrukturom, za građenje i upravljanje autocestama, za distribuciju plina i izgradnju distribucijskog sustava, za obavljanje raznovrsnih komunalnih djelatnosti (opskrba pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda, crpljenje odvod i zbrinjavanje fekalija iz septičkih, sabirnih i crnih jama, opskrba plinom, opskrba toplinskom energijom, prijevoz putnika u javnom prometu, skupljanje i odvoz komunalnog otpada, odlaganje komunalnog otpada, tržnice na malo, obavljanje pogrebnih poslova i obavljanje dimnjačarskih poslova), za obavljanje javne zdravstvene službe i za priređivanje igara na sreću u kasinima, kladionicama i automat klubovima.

³ Zakon o preuzimanju saveznih zakona iz oblasti financija koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuju kao republički zakoni, Narodne novine, br. 53 od 8. listopada 1991. g.

⁴ Zakon o izmjeni i dopuni Zakona o koncesijama, Narodne novine, br. 61 od 19. studenoga 1991. g.

⁵ Zakon o koncesijama, Narodne novine, br. 89 od 28. prosinca 1992. godine. Stupio je na snagu osmog dana od dana objave.

Krajem 2008. godine materija koncesija bila je regulirana dvadesetak zakona i isto toliko podzakonskih akata - uredba i pravilnika. Kreirali su 128 vrsta koncesija. Podijeljene su koncesije za 119 vrsta te zaključeno preko 6800 koncesijskih ugovora.

Velika nesređenost pravne regulacije, dileme i teškoće u dodjeli koncesija, nepostojanje ili bar nedovoljno efikasnog nadzora nad davanjem i korištenjem koncesija te nužnost prilagodbe hrvatskog zakonodavstva europskoj pravnoj stečevini dovele su do donošenja novog Zakona o koncesijama 2008. godine⁶ (dalje ZOK08).

Tim zakonom uređena su sva ključna pitanja koncesija: vrste i predmet koncesija, određen je krug koncedenata i koncesionara, propisana je obveza koncedenta provesti važne pripremne radnje za pokretanje postupka dodjele koncesije, relativno je iscrpno reguliran postupak odabira budućeg koncesionara te obvezan sadržaj odluka koji se donose u postupku, uređen je ugovor o koncesiji, propisano je kako koncesija prestaje, osiguran je put pravne zaštite (upravna i sudska), te je formuliran sadržaj i tehnika politike koncesija što je uključivalo i registar koncesija.

U obrazloženju ZOK08 rečeno je da će se svi tzv. sektorski zakoni i podzakonski akti kojima se uređuju koncesije uskladiti s novim i pravnom stečevinom Europske unije do početaka njegove primjene. Istaknuto da će posebnim zakonima biti moguće, u skladu s novim Zakonom o koncesijama, i to samo kad je neophodno potrebno, uređivati samo dva pitanja: prvo, sadržaj koncesije, tj. što se može dati u koncesiju odnosno koji je javne radove javne usluge moguće koncesionirati (a ne i kako), i drugo, tko odlučuje da se daje koncesija i tko je daje (odgovornost za politiku koncesija u području primjene tog posebnog zakona). Rečeno je da se „posebnim (sektorskim) zakonima (se) neće moći uređivati pitanja postupka davanja ugovora o koncesiji, niti pravna zaštita iz koncesijskih sporova na drugačiji način od onog određenog u novom krovnom zakonu o koncesijama.“

Sve je to vodilo k zaključku da se donošenjem ZOK08 konačno stabilizira legislativno uređenje koncesija u nas i da se može početi govoriti o stvaranju konzistentnog koncesijskog pravnog sustava i formiranju novog koncesijskog prava. Tome u prilog govorila je već do tada (2008.) bogata znanstvena i stručna pravna publicistika. O koncesijama objavljeni su brojni radovi. Neki su se odnosili na opća pitanja koncesija (npr. radovi Borkovića, Đerđe, Erakovića, Gorenca, Jelčić, Pavlovića, Živkovića i Žuvele) a drugi na koncesije u pojedinim širim ili užim područjima, npr. pomorskom dobru i komunalnom gospodarstvu (npr. Bo-

⁶ Zakon o koncesijama, Narodne novine, br. 125 od 29. listopada 2008. godine. Zakon je stupio na snagu 1. siječnja 2009. godine, osim odredbi članka 5. st. 2. (o obavještanju Europske komisije o pokretanju postupka davanja koncesija u slučajevima izuzetim iz primjene ZOK) koje stupaju na snagu „na dan prijama Republike Hrvatske u Europsku uniju“.

lanča, Borković, Frković, Ivanda, Hlača, Perko, Rubić, Sarvan, Sladoljev, Lukačević-Subotić i Vojković).⁷

Poslije donošenja ZOK08 objavljeni su brojni znanstveni i stručni radovi u kojima se analizirao novi sustav koncesija.⁸

2. DONOŠENJE ZAKONA O KONCESIJAMA IZ 2012. GODINE

U skladu s političkim stavom da se sa Zakonom o koncesijama kao tzv. „krovnim“ zakonom trebaju usuglasiti svi posebni zakoni i drugi propisi koji reguliraju materiju koncesija izmijenjeni su brojni zakoni. No, kao što je, nažalost, prilično uobičajeno u hrvatskoj zakonodavnoj praksi, to nije bilo učinjeno u projektiranim rokovima (do stupanja ZOK08 na snagu). K tome je upitno koliko je njihovo usuglašavanje bilo sukladno intencijama i slovu ZOK08. U pravilu, radilo se samo o formalnom usuglašavanju.

Ubrzo je uslijedilo donošenje zakona kojima se više ili manje, izravno ili neizravno zadiralo u sustav pravnog režima koncesija.

Prvo, 2010. godine donesen je Zakon o upravnim sporovima⁹ kojim je bitno izmijenjen dotadašnji sustav sudske kontrole odluka Državne komisije za kontrolu javne nabave u stvarima dodjele odnosno oduzimanja koncesije.

⁷ Bibliografski podaci o tim radovima v.: Medvedović, D., Novo pravno uređenje koncesija, u knj. Zbornik 47. susreta pravnik, Opatija 09, Opatija 2009., str. 397-432

⁸ Bolanča, Dragan, Koncesije na pomorsko dobro – novine u hrvatskom zakonodavstvu, u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1, 2009, str. 71-95; Delač, Maja i Đipalo, Sabina, Institut koncesija u okviru novog zakona o koncesijama, u Hrvatska pravna revija, br. 3, 2009, str. 79-85;

Dragić, K., Novi Zakon o koncesijama : smjernice, ciljevi, očekivanja u knjizi. Novine u javnoj nabavi, novi Zakon o koncesijama i Zakon o javno-privatnom partnerstvu. - Zagreb, 2008., str.141-163; Derda, Dario, Novi Zakon o koncesijama u knjizi. Nekretnine u pravnom prometu - aktualna pitanja zakonodavstva i sudske prakse - 2008. Zagreb, 2008., str.209-219; Jelčić, Olga, Stjecanje koncesija prema Zakonu o koncesijama, u knjizi Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić, Zagreb, 2009., str. 659-687; Jug, Jadranko, Novo uređenje koncesija, u knjizi Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić, Zagreb, 2009., str. 635-658; Ljubanović, Boris, Vrednovanje javnih dobara – koncesije na „kulturnom dobru“ kao „dobru od interesa za Republiku Hrvatsku“, s posebnim naglaskom na posebnosti tih koncesija, u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1, 2009., str. 189-199; Marković, Sandra, Pravo prvenstva koncesije – ustavnopravni aspekt, u Hrvatska javna uprava, br. 2, 2009., str. 509-526; Sarvan, Desanka, Prodaja i koncesije turističkog zemljišta u vlasništvu jedinica lokalne samouprave, u Riznica, br. 8-9, 2012., str. 40-47; Sedmak-Jednaček, Gordana, Specifične vrste koncesija, u Financije, pravo i porezi, br. 11, 2011., str. 123-131; Seršić, Vanja, Koncesije i koncesijska odobrenja na kulturnom dobru, u godišnjaku Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, 2011., 529-541; Seršić, Vanja, Koncesije na pomorskom dobru, Zagreb, 2011., Šikić, M., Staničić, F., Pravna narav ugovora o koncesiji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 2. 2011., str. 419-441; Vukmir, B., Novi Zakon o koncesijama, Pravo i porezi, br. 12, 2008., str. 3-13;

⁹ Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20 od 12. veljače 2010. g. Zakon je stupio na snagu 1. siječnja 2012.g. Ovaj Zakon izmijenjen je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 143 od 20. prosinca 2012. g. Stupio je na snagu osmog dana od dana objave.

Drugo, 2011. godine donesen je novi Zakon o javnoj nabavi (dalje ZOJ-N11),¹⁰ Ovim zakonom bitno je izmijenjen pravni režim javne nabave,¹¹ te mnogi instituti i postupci javne nabave koji se temeljem ZOK08 izravno odnose i na koncesije. Između ostalog, izmijenjen je i sustav pravnih lijekova u okviru pravne zaštite sudionika u postupcima javne nabave sustav pravnih lijekova,¹² a on se primjenjivao i u postupcima u vezi s koncesijama. Nadalje, derogirani su dijelovi ZOK08. Temeljem odredbi čl. 187. ZOJN11 prestale su važiti odredbe čl. 16. st. 3. t. a) i b) i st. 5. (o postupku davanja koncesije) te cijeli V. dio (Posebna pravila primjenjiva na koncesionare potpisnike ugovora o koncesiji za javne radove čija je ukupna vrijednost ugovora viša od 36.000.000,00 kuna bez poreza na dodanu vrijednost), tj. odredbe čl. 32. i 33. ZOK08. Konačno, odredbama ZOJN11 (dio III. čl. 49.-53.) potpuno su uređene koncesije za javne radove i ugovori o radovima.

Treće, 2011. godine donesen je novi Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave¹³ koji se izravno reflektirao na pravnu zaštitu sudionika u postupcima dodjele odnosno oduzimanja koncesija.

Sve to, kao i neki drugi razlozi, doveli su do političke odluke da se pripremi novi zakon kojim će se iznova urediti materija koncesija. U obrazloženju nacrtu Zakona o koncesijama navedeno je da se novim zakonom namjerava postići: ujednačavanje zakonskih propisa kojima se uređuju koncesije, usklađivanje s pravnom stečevinom Europske u području javnih ugovora i koncesija, implementacija međunarodne prakse u odnosu na primjenu koncesijskih modela kod realizacije javnih investicija i pružanja javnih usluga, uspostava mehanizama za ex-ante i ex-post evaluaciju koncesijskih projekata na načelima “vrijednosti za novac” i fiskalne odgovornosti, definiranje jedinstvenog postupka davanja koncesija uz naglašenu transparentnost kroz javne objave nadmetanja i jedno-obraznost u postupanju davatelja koncesija, osiguranje unificirane pravne zaštite suspenzivnog karaktera, centralizacija i tehnološko unaprjeđenje sustava evidencije i nadzora nad ugovorima o koncesiji te jačanje nadzorne i inspekcijske funkcije Ministarstva financija i drugih nadležnih tijela.

¹⁰ Zakon o javnoj nabavi, Narodne novine, br. 90 od 2. kolovoza 2011. g. Zakon je stupio na snagu 1. siječnja 2012. osim odredaba članka 10. stavka 3., članka 67. stavka 8., članka 68. stavka 8., članka 91. stavka 6., članka 114., članka 115. stavka 6., članka 123. stavka 7., članka 136., članka 137., članka 180. stavka 2. i članka 181. stavka 1. ovoga Zakona koje stupaju na snagu na dan pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji.

¹¹ V.: Javna nabava – novi sustav, Zagreb, Novi informator, 2011., Javna nabava – primjena zakona, uredbi i pravilnika – najnovija praksa, Zagreb, Novi informator, 2011.;

¹² O pravnim lijekovima u postupcima javne nabave v.: Medvedović, D., Šikić, M., Pravni lijekovi u postupcima javne nabave, Zbornik 50. jubilarnog susreta pravnik Opatija '12, Opatija 2012., str. 275-311;

¹³ Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, Narodne novine, br. 21 od 15. veljače 2011. g. Poslije nešto više od godinu dana donesen je opet novi Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, Narodne novine, br. 18 od 15. veljače 2013. g.

Prijedlog novog Zakona o koncesijama pripremljeno je tijekom 2012. godine Ministarstvo financija a ga usvojila Vlada. Prijedlog Zakona razmotren je u Hrvatskom saboru 28. rujna 2012.g. i prihvaćen je većinom glasova (78 „za“, 8 „protiv“ i 25 „suzdržanih“). Ubrzo je Saboru upućen Konačni prijedlog Zakona o koncesijama. Nakon dosta burne rasprave i niza amandmana Zakon o koncesijama usvojen je na sjednici održanoj dana, i to većinom glasova (81 „za“, 34 „protiv“ i 1 „suzdržan“). Objavljen je u Narodnim novinama¹⁴ i stupio je na snagu osmog dana od dana objave u „Narodnim novinama“, osim odredbi čl. 6. st. 2. čije je stupanje na snagu odgođeno do dana pristupanje Republike Hrvatske Europskoj uniji.

Novi Zakon o koncesijama (dalje: ZOK) ima u osnovi jednaku strukturu kao i prethodni zakon ali je znatno opsežniji. Na prvi pogled to ne izgleda tako. Naime, prethodni zakon imao je 49 članaka a novi - 65 članaka, dakle samo 16 članaka više. Ali, ako se uzme u obzir broj riječi i znakova proizlazi da je novi ZOK dvostruko veći. ZOK08 imao je 7.344 riječi i 43.530 znakova, a novi ZOK ima 14.760 riječi i 87.814 znakova. To je posljedica nomotehničke izrade zakona. U novom zakonu brojni su zakonski članci koji sadržavaju deset i više stavaka, od kojih neki imaju i veliki broj točaka. Takav nomotehnički pristup poprilično otežava snalaženju u zakonu.

Novina je, da se u novom ZOK, kao i u nizu drugih zakona usvojenih proteklih nekoliko godina, navode (čl. 2. ZOK) akti Europske unije (pravna stečevina EU) s kojima su odredbe novog zakona navodno u skladu. To su:

– Direktiva 2004/17/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. godine kojom se usklađuju postupci nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga (SL L 134, 30. 4. 2004.),¹⁵

– Direktiva 2004/18/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. godine o koordinaciji postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnim opskrbama te ugovora o pružanju javnih usluga (SL L 134, 30. 4. 2004.)¹⁶ i

– Direktiva 2007/66/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. godine o izmjenama i dopunama Direktiva 89/665/EEZ i 92/13/EEZ Vijeća s obzirom na poboljšanje učinkovitosti revizijskih postupaka kod dodjele javnih ugovora (SL L 335, 20. 12. 2007.)¹⁷

Upitna je svrha zakonskog članka (čl. 2.) u kojem se tvrdi da ZOK sadrži odredbe koje su u skladu s aktima Europske unije, tj. s njezinim direktivama. Na

¹⁴ Zakon o koncesijama, Narodne novine, br. 143 od 20. prosinca 2012. g.

¹⁵ Directive 2004/17/EC of Europe Parliament and the Council of 31. March 2004. coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and public services sectors,

¹⁶ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts,

¹⁷ Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts

temelju ove zakonske odredbe neposredno se u Republici Hrvatskoj ne primjenjuje ni jedna odredba navedenih direktiva, kao što to glede tzv. javnonabavnih direktiva prakticiraju neke države članice Europske unije. Ovdje se radi isključivo o tvrdnji zakonodavca da su odredbe ZOK u skladu s odredbama direktiva. Ali ta tvrdnja nema nikakvog pravnog efekta. Je li naš zakonodavac dobro preveo i protumačio sadržaj direktiva i je li ih ispravno pretočio u naš zakon reći će tek sud u eventualnom sudskom postupku. Možemo zaključiti da je svrha odredbe čl. 3. ZOK, u kojoj se navode direktive Europske unije s kojima je naš zakon u skladu, samo ukazati hrvatskom da su zakonska rješenja uvjetovana europskom pravnom stečevinom i da im se time osigura određeni dignitet.

3. POJAM, VRSTE I PREDMET KONCESIJA

3.1. Pojam koncesije

Novi ZOK nešto drugačije definira pojam koncesije nego što je to bilo u ZOK08. U prethodnom zakonu bilo propisano da je koncesija „ugovorom uređeni pravni odnos“ (čl. 1. st. 2.) a u novom zakonu koncesija je određena kao „pravo koje se stječe ugovorom“ (čl. 1. st. 2). Nije obrazloženo čime je uvjetovana ova promjena. Inače, u pravnoj doktrini i pozitivnim pravnim porecima postoje različiti pristupi te se u jednim koncesije definiraju kao pravo, a u drugima kao pravni odnos.

3.2. Vrste koncesija

Prema odredbi čl. 1. st. 3. ZOK postoje tri vrste koncesija: a) za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra, b) za javne radove i c) za javne usluge. Međutim, iz nekih odredbi ZOK proizlazi da postoje još dvije poluvrste koncesija – mješovite koncesije i koncesije s obilježjima javno-privatnog partnerstva.

Koncesija za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra stječe se ugovorom o korištenje općeg ili drugog dobra za koje je zakonom određeno da je dobro od interesa za Republiku Hrvatsku.

Koncesija za javne radove stječe se ugovorom o koncesiji za javne radove koji je istovjetan ugovoru o javnim radovima, koji se sklapa temeljem ZOJN11. Prema odredbi čl. 2. toč. 24. ZOJN11, ugovor o javnim radovima je ugovor o javnoj nabavi čiji je predmet:

1. ili izvođenje radova, ili projektiranje i izvođenje radova, koji se odnose na jednu ili više djelatnosti navedenih u Dodatku I. ZOJN¹⁸ ili 2. posao ili realizaci-

¹⁸ Dodatak I. ZOJN sadrži iscrpan popis djelatnosti u graditeljstvu od gradnje objekata visokogradnje, niskogradnje, autocesta, cesta, uzletišta, sportskih objekata do žbukanja, ličenja i ostakljivanja.

ja bilo kakvim sredstvima posla koji odgovara zahtjevima što ih je naveo naručitelj s time da pojam „posao“ znači rezultat gradnje ili građevinskih radova uzetih u cjelini koji je sam po sebi dovoljan da ispuni gospodarsku ili tehničku funkciju.

Ugovor o koncesiji za javne radove razlikuje se od ugovora o javnim radovima samo u činjenici da se „naknada za radove koji će se izvesti sastoji samo od prava na iskorištavanje tih radova ili od tog prava zajedno s plaćanjem od strane davatelja koncesije“ (čl. 1. st. 4. podstavak 2. ZOK).

Koncesija za javne usluge stječe se ugovorom koji je istovjetan ugovoru o javnim uslugama koji se sklapa temeljem ZOJN11. Ugovor o javnim uslugama definiran je s tri vrlo složene odredbe čl. 2. toč. 25. ZOJN11. Tako se određuje da je „ugovor javnim uslugama (je) ugovor o javnoj nabavi koji nije ugovor o javnim radovima ili ugovor o javnoj nabavi robe, a čiji su predmet usluge u smislu Dodatka II. A¹⁹ ili usluge u smislu Dodatka II. B²⁰“. Nadalje „ugovor o javnoj nabavi čiji su predmet i roba i usluge u smislu Dodatka II., smatra se uslugama ako vrijednost tih usluga prelazi vrijednost robe obuhvaćena tim ugovorom“. Konkretno, „ugovor o javnoj nabavi čiji su predmet usluge u smislu Dodatka II., a koji uključuje radove u smislu Dodatka I. koji su samo sporedni uz glavni predmet ugovora smatra se ugovorom o javnim uslugama“.

Ugovor o koncesiji za javne usluge razlikuje se od ugovora o javnim uslugama samo u činjenici da se naknada za pružene usluge sastoji samo od prava na iskorištavanje tih usluga ili od tog prava zajedno s plaćanjem od strane davatelja koncesije (čl. 1. st. 4. podstavak 3. ZOK).

Odredbom čl. 1. st. 6. ZOK određeno je što se smatra iskorištavanjem radova i/ili usluga kod ugovora o koncesiji za javne radove odnosno ugovora o koncesiji za javne usluge. To pravo znači „i prijenos na koncesionara znatnog dijela operativnog rizika vezanog uz predmet koncesije za javne radove ili javne usluge“. A smatrat će se da je „koncesionar preuzeo znatan dio operativnog rizika ako mu nije, posredno ili neposredno, zajamčeno od strane davatelja koncesije da će ostvariti povrat realizirane investicije ili troškova koji proizlaze iz upravljanja radovima i/ili uslugama koji su predmet koncesije“ Operativni rizik znači „rizik ve-

¹⁹ Dodatak II. A obuhvaća: usluge održavanja i popravaka, usluge cestovnog prijevoza (osim pošte), usluga zračnog prijevoza putnika i robe (osim pošte), usluge kopnenog i zračnog prijevoza pošte, telekomunikacijske usluge, financijske usluge, računalne i srodne usluge, usluge istraživanja i razvoja, računovodstvene, revizorske i knjigovodstvene usluge, usluge istraživanja tržišta i javnog mišljenja, usluge savjetovanja i menadžmenta i srodne usluge, arhitektonske usluge, inženjerske usluge prostorno planiranja, usluge oglašavanja, usluge čišćenja zgrada i usluge upravljanja nekretninama, usluge izdavaštva i tiskanja na osnovi honorara ili ugovora, usluge zbrinjavanja otpadnih voda, otpada, sanitarne i slične usluge

²⁰ Dodatak II. B obuhvaća: hotelske i restoranske usluge, usluge željezničkog prijevoza, usluge prijevoza vodenim plovilima, prateće i pomoćne usluge prijevoza, usluge posredovanja pri zapošljavanju i pribavljanju osoblja, istražiteljske usluge i usluge na području sigurnosti, usluge obrazovanja i stručnog osposobljavanja, zdravstvene i socijalne usluge i usluge u području rekreacije, kulture i sporta.

zan za korištenje radova ili pružanje usluga ili rizik vezan za dostupnost objekta infrastrukture izgrađenog ili korištenog za pružanje usluga krajnjim korisnicima u skladu s ugovorom o koncesiji.“

Novum je, da prema novom ZOK postoji i podvrsta koncesija, a to su tzv. mješovite koncesije. Predmet tih koncesija su i radovi i usluge te se temelje na tzv. mješovitim ugovorima (čl. 1. st. 5. ZOK). Međutim, za prosudbu radi li se o koncesiji za javne radove ili koncesiji za javne usluge nisu relevantne odredbe ZOK nego odredbe ZOJN11.

Podvrstom koncesija možemo smatrati i koncesije koje imaju obilježja javno-privatnog partnerstva tj. dugoročnog ugovornog odnosa u smislu Zakona o javno-privatnom partnerstvu²¹. Radi se o koncesijama za javne radove i koncesijama za javne usluge koje imaju samo neka obilježja javno-privatnog partnerstva. Koncesije za javne radove i koncesije za javne usluge s obilježjima javno-privatnog partnerstva. Pri procjeni ima li koncesija za javne radove ili koncesija za javne usluge i obilježja javno-privatnog partnerstva primjenjuju se odredbe Zakona o javno-privatnom partnerstvu dijelu kojim se uređuje definicija javno-privatnog partnerstva (čl. 15. st. 1. ZOK). Nizom odredbi ZOK reguliraju se neka pitanja koncesija s obilježjima javno-privatnog partnerstva drugačije nego što se to čini kod drugih vrsta koncesija. Tako osobitosti postoje kod studije opravdanosti davanja koncesije (čl. 12. st. 6. i 7.), sadržaja studije o opravdanosti koncesije (čl. 13. st. 8.), sastava, rada i ovlastima stručnog povjerenstva za koncesiju (čl. 14. st. 6., 10. i 12. i čl. 15.) i politike koncesija (čl. 50. st. 1.). Za koncesije s obilježjima javno-privatnog partnerstva formira se i posebno povjerenstvo za praćenje provedbe ugovora s brojnim ovlastima i obvezama (čl. 32.).

3.3. Predmet koncesije

Koncesija se, prema čl. 5. st. 1. ZOK, daje u različitim područjima i za različite djelatnosti, a osobito: za istraživanje i/ili eksploataciju mineralnih sirovina, za korištenje voda, za pravo lova na državnim lovištima i uzgajalištima divljači, na pomorskom dobru, za pojedine djelatnosti unutar zaštićenih područja prirode te za korištenje drugih zaštićenih prirodnih vrijednosti i speleoloških objekata, u području energetike, za obavljanje linijskog i obalnog pomorskog i riječnog prijevoza, za luke, za javne ceste, za javni prijevoz, za zračne luke, u području sporta, na kulturnim dobrima, za komunalne djelatnosti, u području javnih vodnih usluga, u području željeznica, u području žičara, za djelatnosti gospodarenja otpadom, u području turizma, u području zdravstva, za pružanje medijskih usluga televizije i radija te za slobodne zone. To je identična lista onoj iz ZOK08 s time da su izrijeком dodana područja odnosno djelatnosti zdravstva, medijskih usluga televizije i radija te slobodne zone.

²¹ Zakon o javno-privatnom partnerstvu, Narodne novine, br. 78 od 13. srpnja 2012.g.

Gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra, izvođenje javnih radova i pružanje javnih usluga u navedenim područjima i djelatnostima može se realizirati samo na temelju sklopljenog ugovora o koncesiji. Ako je u ovim područjima sklopljen pravni posao između subjekata koji, po ZOK mogu imati status koncedenata i drugih gospodarskih subjekata pretpostavlja se ex lege da je sklopljen ugovor o koncesiji te podliježe režimu koncesija.

Isključeno je davanje koncesija na šumama i šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske te na drugim dobrima utvrđenim posebnim propisima.

Posebnim zakonom mogu se uređivati pojedina pitanja koncesija u područjima odnosno djelatnostima (čl. 5. st. 4. ZOK).

Novina je, u odnosu na ZOK08, odredba čl. 5. st. 5. i 6. ZOK da „Hrvatski sabor može na prijedlog Vlade Republike Hrvatske proglasiti određenu koncesiju strateškim interesom Republike Hrvatske.“ U takvom slučaju postupak davanja koncesije i druga pitanja u vezi s tom koncesijom uređuju se posebnim zakonom „u skladu s odredbama ovoga Zakona.“ Ovakva odredba otvara niz dilema o njezinom sadržaju, tumačenju te domašajima.

3.4. Davanje koncesija protivno ili mimo Zakona o koncesijama

I u novom ZOK otvara se mogućnost dodjele koncesija protivno ili mimo općeg režima koncesija u Hrvatskoj. Naime, u određenim slučajevima se na davanje koncesija ne primjenjuju odredbe ZOK. Koncedent je oslobođen dužnosti primjene odredbi ZOK, a tijela koje provode nadzor nad koncesijama nemaju nad njima nazor.

Odredbe ZOK ne odnose, prema čl. 6. ZOK, na koncesiju:

a) koja je, na temelju propisa Republike Hrvatske, određena kao tajna (klasificirana) ili čije izvršenje, na temelju zakona ili drugih propisa Republike Hrvatske, zahtijeva primjenu mjera informacijske sigurnosti ili kada to zahtijeva zaštita bitnih interesa Republike Hrvatske;

b) koja se daje na temelju posebnih postupaka međunarodne organizacije;

c) koja se daje sukladno međunarodnom sporazumu između Republike Hrvatske i jedne ili više trećih država, potpisanim u skladu s Ugovorom o funkcioniranju Europske unije, i koja obuhvaća radove, robu ili usluge namijenjene zajedničkoj provedbi ili korištenju projekta od strane država potpisnica;

4. koja se daje u skladu sa sklopljenim međunarodnim sporazumom koji se odnosi na razmještanje postrojbi i tiče se pothvata Republike Hrvatske, države članice ili treće države.

O međunarodnom sporazumu između Republike Hrvatske i jedne ili više trećih država, potpisanim u skladu s Ugovorom o funkcioniranju Europske unije, i koja obuhvaća radove, robu ili usluge namijenjene zajedničkoj provedbi ili kori-

štenju projekta od strane država potpisnica koncedent je dužan obavijestiti Europsku komisiju. No, ta će dužnost realizirati tek nakon što Republika Hrvatska postane punopravna članica Europske unije (čl. 6. st. 2. i čl. 65. ZOK).

4. DAVATELJ KONCESIJE (KONCEDENT) I KONCESIONAR

I u novom ZOK, kao i u prethodnom zakonu (ZOK08), loše je, s pravno-teorijskog i pravnotehničkog gledišta, uređeno tko su davatelji koncesija koncedenti a tko u njihovo ime donosi odluku o davanju koncesije. Ako ispravno tumačimo odredbe ZOK onda su mogući koncedenti:

a) Republika Hrvatska,

b) jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave – općine, gradovi, županije i Grad Zagreb te

c) pravne osobe koje su zakonom ovlaštene na davanje koncesije.

Ako se postupak za dodjelu koncesije provodi prema propisu koji uređuje javnu nabavu (danas ZOJN11) onda će se davatelj koncesije (koncedent) smatrati javnim naručiteljem prema tom propisu (čl. 4. st. 2.)

Odluku o davanju koncesije Republike Hrvatske donosi: Hrvatski sabor, Vlada Republike Hrvatske te tijela državne uprave. Kad odluku o davanju koncesije donosi Hrvatski sabor ili Vlada Republike Hrvatske sve pripremljene radnje za davanje koncesije (čl. 10. do čl. 18.) kao i postupak davanja koncesije (čl. 19. do čl. 29.) osim donošenja odluke o davanju koncesije odnosno oduzimanju koncesije „može provoditi nadležno ministarstvo“ (čl. 4. st. 2.). Hoće li sve ili dio pripremljenih radnji odnosno koje će procesne radnje prije donošenja odluke provoditi Hrvatski sabor, Vlada ili ministarstvo zavisi o odredbi posebnog zakona (čl. 4. st. 3.). Kao i u mnogim drugim slučajevima, zakonodavac se nije mogao odlučiti za načelno i generalno rješenje nego je odluku odgodio do donošenja zakona kojim se uređuje davanje određene vrste koncesija. To će otvoriti put k vrlo šarolikoj regulaciji postupaka i vrlo vjerojatno stvoriti dileme i sporove.

Odluku o davanju koncesije u ime jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave donose njihova nadležna tijela. To su tijela određena odredbama Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi i Zakona o Gradu Zagrebu te odredbama statuta općina, gradova, županija i Grada Zagreba.

Tko u ime pravne osobe donosi odluku o davanju koncesije zavisi o normama materijalnog zakona kojim se uređuje određeno područje u kojem se daje koncesija, akta o osnivanju pravne osobe (npr. zakon, uredba, odluka jedinice lokalne ili područne samouprave) te njezina statuta.

Koncesionar je u novom ZOK drugačije definira nego li je to bilo u ZOK08. Dok je u ZOK08 bilo propisano da se koncesionarom smatra „fizička ili pravna osoba s kojom je davatelj koncesije potpisao ugovor o koncesiji (čl. 2. t. 2.) u novom se ZOK za koncesionara rabi termin „gospodarski subjekt“, kao i u ZOJN11. Tako se koncesionar određuje kao „gospodarski subjekt s kojim je

davatelj koncesije sklopio ugovor o koncesiji“ (čl. 3.t. 2.). Pod izrazom „gospodarski subjekt“ smatra se „fizička ili pravna osoba ili zajednica tih osoba koja na tržištu nudi izvođenje radova i/ili posla, isporuku robe ili pružanje usluga (čl. 3. t. 4. ZOK), dakle istovjetna definicija gospodarskog subjekta iz čl. 2. t. 4. ZOJN11.

5. PRIPREMNE RADNJE ZA DAVANJE KONCESIJE

5.1. Pojam pripremnih radnji

Pripremnim radnjama za davanje koncesije smatraju se sve aktivnosti koje se provode radi davanja koncesije, a prethode početku postupka davanja koncesije. Te radnje provodi davatelj koncesije (koncedent) u skladu sa odredbama ZOK, posebnim zakonom kojima se uređuju koncesije u pojedinom području, zakonom kojim se uređuje javna nabava (danas ZOJN), provedbenim propisima te „ostalim propisima ovisno o vrsti i predmetu koncesije“.

Pripremnim radnjama smatraju se osobito:

- a) imenovanje stručnog povjerenstva za koncesiju,
- b) izrada studije opravdanosti davanja koncesije ili analize davanja koncesije,
- c) procjena vrijednosti koncesije te
- d) izrada dokumentacije za nadmetanje.

5.2. Stručno povjerenstvo za koncesiju

Prije pokretanja postupka davanja koncesije koncedent je dužan osnovati stručno povjerenstvo za koncesiju koje treba imati nemaran broj članova, a najviše sedam. O namjeri osnivanja povjerenstva koncedent je dužan obavijestiti Ministarstvo financija, a ovo može u roku od deset dana imenovati svojeg predstavnika u stručno povjerenstvo. Članove povjerenstva imenuje koncedent iz reda stručnjaka pravne, ekonomske, tehničke i druge odgovarajuće struke, ovisno o predmetu i značajkama koncesije. Članovi stručnog povjerenstva mogu, ali ne moraju, biti zaposlenici koncedenta.

Ako se pokreće postupak davanja koncesije na koju se primjenjuj propisi kojim se uređuje javna nabava ZOJN11) stručno povjerenstvo ima ulogu ovlaštenog predstavnika javnog naručitelja i najmanje jedan član povjerenstva mora imati važeći certifikat u području javne nabave.

Članovi stručnog povjerenstva ne smiju imati izravnih ili neizravnih osobnih interesa u bilo kojoj aktivnosti koji bi doveli do sukoba tih interesa s njegovim dužnostima u radu povjerenstva te su obvezni potpisivati izjavu o neovisnosti čime jamče da nisu u sukobu interesa a u skladu s posebnim propisima koji uređuju sprječavanje sukoba interesa.

Zadaća stručno povjerenstva je da surađuje s koncedentom pri izradi studije opravdanosti davanja koncesije, odnosno analize davanja koncesije, pripremi utvrđivanja uvjeta za davanje koncesije određenih posebnim zakonom, izradi dokumentacije za nadmetanje te definiranje uvjeta sposobnosti i kriterija za odabir najpovoljnijeg ponuditelja. Stručno povjerenstvo pregleda i ocjenjuje pristigle ponude i/ili zahtjeve za sudjelovanje, u skladu s pravilima postupka davanja koncesije, utvrđuje prijedlog odluke o davanju koncesije ili prijedlog odluke o poništenju postupka davanja koncesije te obrazloženja tih prijedloga.

Stručno povjerenstvo ovlašteno je predložiti koncedentu vrste i vrijednost jamstva za ozbiljnost ponude koje trebaju dati potencijalni koncesionari.

Ako se namjerava provesti postupak davanja koncesije čija djelatnost će se obavljati na nekretnini u vlasništvu Republike Hrvatske ili koncesije koja se odnosi na opće dobro ili drugo dobro za koje je zakonom određeno da je dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, stručno povjerenstvo je dužno, o tome obavijestiti nadležno državno odvjetništvo

5.3. Izrada studije opravdanosti davanja koncesije

Koncedent je dužan izraditi studiju opravdanosti davanja koncesije. U tome s njim surađuje imenovano stručno povjerenstvo za koncesije a mogu mu pomoći i vanjski stručni savjetnici.

U studiji opravdanosti davanja koncesije moraju se posebno uzeti u obzir javni interes, utjecaj na okoliš, zaštitu prirode i kulturnih dobara, financijski učinci koncesije na državni proračun Republike Hrvatske, odnosno proračun jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, te usklađenost s gospodarskim razvojnim planovima i planovima davanja koncesija.

Kod koncesije za javne usluge procijenjene vrijednosti manje od 2.000.000 EUR (u kunsjoj protuvrijednosti, bez PDV) i koncesije za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra koncedent može umjesto studije opravdanosti davanja koncesije izraditi analizu davanja koncesije. Analiza davanja koncesije mora na odgovarajući način obuhvatiti sve elemente studije opravdanosti davanja koncesije koji su određeni u čl. 12. ZOK.

Studija opravdanosti davanja koncesije treba sadržavati tehničke, financijske, ekonomske i pravne analize a, po potrebi, i analize utjecaja na okoliš, odnosno prirodu, kulturna dobra i zdravlje. Obvezan sadržaj studije, kao i svih analiza, vrlo je detaljno propisan odredbama čl. 13. ZOK.

Tako pravna analiza studije (st. 6.) treba sadržati: popis i obrazloženje primjene propisa koji se primjenjuju na davanje koncesije, utvrđenja i analize imovinskopravnih pitanja te preporuka vezanih za uvjete davanja koncesije, posebnih uvjeta koje koncesionar i davatelj koncesije moraju ispuniti, razloga/uvjeta za i posljedica raskida ugovora o koncesiji, pitanja osiguranja izvršenja ugovora o koncesiji, analize prava financijskih institucija i drugih pitanja finan-

cijske podrške koncesije, pitanja prijenosa objekta s koncesionara na davatelja koncesije te način i uvjete rješavanja sporova.

5.4. Procjena vrijednosti koncesije

U okviru pripreme za davanje koncesije koncedent je dužan procijeniti vrijednost koncesije. Kao procijenjena vrijednost koncesije računa se kao ukupna vrijednost predmeta koncesije, izraženu u kunama bez poreza na dodanu vrijednost (PDV), uključujući sve moguće izmjene i opcije ugovora o koncesiji i maksimalnu vrijednost izmjena do kojih bi moglo doći primjenom odredbi čl. 13. ZOK.

Metodologija izračuna procijenjene vrijednosti koncesije različito je propisana za svaku vrstu koncesija a računa se na temelju podataka iz studije opravdanosti koncesije odnosno analize davanja koncesije.

Procijenjena vrijednosti koncesije za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra računa se kao procijenjeni prihod koji će koncesionar, postupajući s pažnjom dobrog gospodarstvenika, ostvariti temeljem ugovora o koncesiji za vrijeme trajanja koncesije, s tima da se ona umanjuje za procijenjeni iznos naknade za koncesiju, te „diskontiran na neto sadašnju vrijednost po diskontnoj stopi koju odredi davatelj koncesije, a koja odražava trenutačne tržišne procjene vremenske vrijednosti novca i rizika koji su karakteristični za ulaganja srodna predmetu koncesije“ (čl. 11. st. 2. ZOK).

Procijenjena vrijednost koncesije za javne radove i koncesije za javne usluge računa se u skladu s odredbama ZOJN11 o procjeni vrijednosti nabave za ugovore o javnim radovima, odnosno za ugovore o javnim uslugama. Ta procijenjena vrijednost uključivat će i procijenjeni prihod koji će koncesionar ostvariti naplatom od krajnjih korisnika usluge koja je predmet ugovora o koncesiji, kao i procijenjeni iznos svih plaćanja od strane davatelja koncesije za vrijeme trajanja ugovora o koncesiji.

Pri izračunu procijenjene vrijednosti koncesije uzimaju se u obzir tržišne cijene u trenutku izračuna ili eventualna cijena usluge koja će se primijeniti u postupku davanja koncesije ili cijena usluge uređena posebnim zakonom, ako je primjenjivo. Na izračun procijenjen vrijednosti supsidijarno se primjenjuju odredbe posebnog zakona.

5.5. Dokumentacija za nadmetanje

Koncedent je dužan izraditi i dokumentaciju za nadmetanje koja treba sadržavati sve potrebne podatke koji svakom gospodarskom subjektu zainteresiranom za dobivanje koncesije (potencijalni koncesionar) omogućava da izradi zahtjev za sudjelovanje i/ili preda ponudu.

Odredbama iz čl. 17 ZOK vrlo je precizno propisan sadržaj dokumentacije te su taksativno pobrojani svi obvezni elementi. Dokumentacija tako mora sadržavati opće podatke o koncedentu, podatke o predmetu koncesije, razloge za isključenje ponude, uvjete pravne i poslovne, financijske, tehničke i stručne sposobnosti, te dokaze i podatke kojima gospodarski subjekt dokazuje ispunjenje tih uvjeta, uvjete za sudjelovanje gospodarskih subjekata u postupku davanja koncesije koji su propisani posebnim zakonom, podatke o zahtjevu za sudjelovanje i/ili ponudi nje i/ili ponuda ne izrađuju na hrvatskom jeziku i latiničnom pismu, rok valjanosti ponude), ostale relevantne podatke, vrstu, sredstvo, uvjete i rok za dostavu jamstva i/ili instrumenata osiguranja, ako su tražena, a koji su prilagođeni opsegu i vrijednosti ugovora o koncesiji i predmeta koncesije te čija je naplata izvjesna.

Posebno je važno da dokumentacija mora sadržavati nacrt ugovora o koncesiji te navod mogućih izmjena i opcija ugovora o koncesiji. Svrha takve obveze koncedenta vjerojatno je želja da se onemogući sklapanje ugovora o koncesiji s drugačijim sadržajem no što je to bilo određeno u postupku davanja koncesije odnosno da se to ne može učiniti aneksima ugovora.

Kad se radi o davanju koncesije za javne usluge koje će koncesionaru plaćati korisnici, a koncedent ili neko javnopravno tijelo imaju pravo određivati njihovu cijenu ili davati suglasno na njih onda to pravo, kao dio koncesijskog ugovora, mora biti sastavni dio dokumentacije za nadmetanje.

U dokumentaciji za nadmetanje treba biti sadržana i obavijest koncedenta o namjeri da od gospodarskih subjekata (potencijalnih koncesionara) zahtijeva davanja jamstva za ozbiljnost njihove ponude. Pri tome je dužan navesti sredstvo i uvjete jamstva. Koncedent je ovlašten samostalno odrediti vrstu i vrijednost jamstava ovisno o posebnostima vrste i predmeta koncesije. Visina jamstva određuje se apsolutnom m novčanom iznosu a ne može iznositi više od 5% procijenjene vrijednosti koncesije.

Dokumentacija za nadmetanje mora biti izrađena tako da je moguća usporedivost prikupljenih ponuda za davanje konkretne koncesije. U tom cilju koncedent može u dokumentaciju uključiti predložke zahtijevanih dokumenata, izjava te druge obrasce.

Koncedent je dužan svakom zainteresiranom gospodarskom subjektu (potencijalnom koncesionaru) omogućiti da pod jednakim uvjetima preuzme dokumentaciju za nadmetanje

Koncedent je dužan unaprijed odrediti novčanu naknadu za preuzimanje dokumentacije. Ta naknada je prihod državnog proračuna Republike Hrvatske, odnosno proračuna jedinice lokalne ili područne (regionalne) samouprave ako je ona davatelj koncesije.

Načelno je dopušteno da koncedent naknadno izvrši dopune, izmjene ili ispravke dokumentacije za nadmetanje, ali to može učiniti samo u vrijeme roka za dostavu ponuda

Ako je koncedent naknadno izvršio određene dopune, izmjene ili ispravke dokumentacije za nadmetanje dužan ih je učiniti dostupnim svim subjektima

koji su pokazali interes za sudjelovanje u postupku dodjele koncesije. U slučaju da su izvršene dopune, izmjene ili ispravci dokumentacije onda se rok za dostavu ponuda se produljuje.

Koncedent je dužan uzeti podatke od gospodarskih subjekata koji su preuzeli dokumentaciju za nadmetanje, mor ih evidentirati i čuvati ih kao tajne sve do otvaranja ponuda.

6. POSTUPAK DAVANJA KONCESIJE

6.1. Načela postupka davanja koncesije

U postupka davanja koncesija koncedenti su obvezni, u odnosu na sve pravne i fizičke osobe, poštovati načelo slobode kretanja robe, načelo slobode poslovnog nastana, načelo slobode pružanja usluga, načelo učinkovitosti, kao i ostala temeljna načela iz Ustava Republike Hrvatske te Ugovora o funkcioniranju Europske unije, kao što su načelo tržišnog natjecanja, načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti i načelo transparentnosti.

6.2. Početak i završetak postupka davanja koncesije

Postupak davanja koncesije započinje onoga dana kada je koncedent poslao na objavu obavijest o namjeri davanja koncesije u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske²². Koncedent može tu obavijest s neizmijenjenim sadržajem objaviti i u sredstvima javnog priopćavanja i na svojoj internet-

²² Elektronički oglasnik javne nabave Republike Hrvatske uspostavljaju, vode i održavaju Narodne novine d.d.

Elektronički oglasnik javne nabave Republike Hrvatske:

1. davateljima koncesija omogućava elektroničko sastavljanje i slanje na objavljivanje objava koncesija na standardnim obrascima te stavljanje na raspolaganje dokumentacije za nadmetanje i moguće dodatne dokumentacije;

2. objavljuje objave koncesija na standardnim obrascima i stavlja na raspolaganje pripadajuću dokumentaciju;

3. omogućava besplatan pregled i preuzimanje objavljenih objava koncesija i pripadajuće dokumentacije;

4. sadrži bazu svih podataka iz objava koncesija i omogućava njihovu statističku obradu.

Uvjeti poslovanja za Elektronički oglasnik javne nabave Republike Hrvatske, upute za korištenje Elektroničkog oglasnika javne nabave Republike Hrvatske i cjenik objava javno se objavljuju na internetskim stranicama Narodnih novina d.d.

Suglasnost na cjenik Narodnih novina d.d. za objave koncesija i njegove izmjene i dopune daje Vlada Republike Hrvatske na prijedlog ministarstva nadležnog za financije.

Elektronički oglasnik javna nabave uređen je Uredbom o izgledu i sadržaju standardnih obrazaca i objavama koncesija, Narodne novine, br. 20 od 20. veljače 2013.g.

skoj stranici. Ujedno je dužan navesti datum objave u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske.

Obavijest o namjeri davanja koncesije mora sadržavati sve podatke koji su relevantni za gospodarske subjekte (potencijalne koncesionare) i koji utječu na njihovu odluku o sudjelovanju u postupku dodjele koncesije. Minimum obveznih podataka koju obavijest mora sadržavati propisani su odredbom čl. 21. st 2. ZOK. To su podaci koji se odnose na koncedenta, vrstu i predmet koncesije, prirodu i opseg djelatnosti koncesije, mjesto, odnosno područje obavljanja djelatnosti koncesije, rok trajanja koncesije, procijenjenu vrijednost koncesije; rok za dostavu ponuda, mjesto i vrijeme javnog otvaranja ponuda; razloge isključenja ponuditelja; uvjete pravne i poslovne, financijske, tehničke i stručne sposobnosti, u skladu s odredbama posebnog zakona te dokaze i podatke kojima gospodarski subjekt dokazuje ispunjenje tih uvjeta; vrstu i vrijednost jamstva za ozbiljnost ponude koje su ponuditelji dužni dostaviti; kriterij za odabir ponude itd.

U cilju boljeg i učinkovitijeg postupanja svih sudionika u postupku dodjele koncesija propisana je uporaba standardnih obrazaca obavijesti o namjeri davanja koncesije kao i ispravaka. Njihov izgled i sadržaj propisani su Uredbom o izgledu i sadržaju standardnih obrazaca i objavama koncesija.²³

Postupak davanja koncesije reguliran je odredbama čl. 19. do 29. ZOK. Međutim, odredbama iz čl. 19. st. 2. do 7. ZOK propisana su i značajna odstupanja od općeg postupka. Tako je na primjer određeno: da će se za neke vrste koncesija postupovna pravila pobliže urediti posebnim zakonom; da će se kod davanja koncesija za javne usluge i javne radove do 5.000.000,00 EUR primjenjivati pravila o javnoj nabavi o otvorenom, ograničenom i pregovaračkom postupku javne nabave s prethodnom objavom ili natjecateljskom dijalogu. Posebna pravila ustanovljena su za koncesije koje daje tzv. sektorski naručitelj za obavljanje djelatnosti u području plina, toplinske i električne energije, za vodoopskrbu, istraživanje ili vađenje nafte, plina, ugljena ili ostalih krutih goriva, za prijevozne usluge, za djelatnosti zračnih, morskih i riječnih luka, te za poštanske usluge.

Iznimno, koncesija se može dati neposredno - bez provedbe postupka davanja koncesije. Radi se o tzv. koncesiji na zahtjev koja se daje za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra (29. ZOK).

Postupak davanja koncesije smatra se završenim nastupom izvršnosti odluke o davanju koncesije ili odluke o poništenju postupka davanja koncesije.

6.3. Ponuda

Gospodarski subjekti koji žele dobiti koncesiju trebaju dostaviti svoje ponude u roku određenom u obavijesti o namjeri davanja koncesije. Rok za do-

²³ Uredba o izgledu i sadržaju standardnih obrazaca i objavama koncesija, Narodne novine, br. 20

stavu ponuda određuje koncedent. On bi pri tome treba voditi računa o razini složenosti predmeta koncesije i vremenu koje je potrebno za sastavljanje ponuda. Minimalni rok za davanje ponuda je 30 dana od dana slanja na objavu obavijesti o namjeri davanja koncesije u Elektroničkom oglasniku javne nabave.

Ponuda može biti isključivo u pisanom obliku i dostavljena tako da se očuva tajnost sadržaja. Pri izradi ponude gospodarski subjekt (ponuditelj, potencijalni koncesionar) dužan je pridržavati se svih zahtjeva i uvjeta iz dokumentacije za nadmetanje. Ponuda je obvezujuća za ponuditelja do isteka roka valjanosti ponude, ali u roku za dostavu ponude on može izmijeniti svoju ponudu, nadopuniti je ili od nje odustati. Nakon isteka roka za dostavu, ponuda se više ne smije mijenjati. Međutim, ponuditelj može i kasnije na zahtjev davatelja koncesije pojasniti ili dopuniti svoju ponudu.

6.4. Javno otvaranje ponuda

Ponude javno otvara koncedent, i to u vrijeme i u mjestu naznačenom u obavijesti o namjeri davanja koncesije i dokumentaciji za nadmetanje.

Ponude otvara stručno povjerenstvo za davanje koncesije. Otvaranju mogu sudjelovati i predstavnici ponuditelja i druge ovlaštene osobe. Međutim, pravo aktivnog sudjelovanja u otvaranju ponuda rezervirano je isključivo za ovlaštene predstavnike ponuditelja i članove stručnog povjerenstva za davanje koncesije.

O javnom otvaranju ponuda sastavlja se zapisnik koji se bez odgode uručuje svim ovlaštenim predstavnicima ponuditelja koji su prisustvovali javnom otvaranju ponuda. Nema obveze da se zapisnik o otvaranju ponuda dostavi ponuditeljima koji nisu poslali svoje predstavnike na otvaranje ponuda. Njima će zapisnik dostaviti samo ako postave pisani zahtjev.

6.5. Pregled i ocjena ponuda

Nakon javnog otvaranja ponuda stručno povjerenstvo pregledava i ocjenjuje ponude na temelju uvjeta i kriterija iz dokumentacije za nadmetanje. O pregledu i ocjeni ponuda sastavlja se zapisnik. Ponuditelji imaju pravo uvida u zapisnik, te dobiti njegovu presliku, i to bez naknade.

Koncedent će rješenjem odbiti ponude koje ocijeni nevaljanim. Nevaljanom se smatra ponuda koja nije izrađena u skladu s dokumentacijom za nadmetanje ili sadrži odredbe za koje koncedent smatra štetnima ili da su u neskladu pravilima poštenog tržišnog natjecanja, kao i ona ponuda koja zbog formalnih ili drugih objektivnih razloga ne može biti odabrana (npr. nije dostavljena u roku, ne ispunjava uvjete određene dokumentacijom za nadmetanje, ponuditelj nije dokazao svoju sposobnost, nedostaje jamstvo za ozbiljnost ponude, ne odgovara zahtjevima određenim u opisu predmeta koncesije i tehničkim specifikacijama,

odnosno kojom se nude usluge i/ili radovi koji očito ne zadovoljavaju potrebe koncedenta u odnosu na predmet koncesije i/ili uvjete obavljanja djelatnosti koja je predmet koncesije).

U postupku pregleda i ocjene ponuda koncedent može u primjerenom roku (ne kraći od pet niti duži od deset dana) zaključkom pozvati ponuditelje da pisano pojasne ili dopune ponudu koju su predali. Pojašnjenja ili dopune mogu se odnositi isključivo na nejasnoće, manje nedostatke ili pogreške koji su uklonjivi. One ne smiju imati za posljedicu naknadnu zamjenu ili dostavu novih dokumenata, nego samo dopunu već dostavljenih dokumenata.

Protiv ovoga rješenja o odbijanju ponude nije dopuštena samostalna žalba, ali se može pobijati u žalbi protiv odluke o davanju koncesije, odnosno odluke o poništenju postupka davanja koncesije.

6.6. Kriteriji za odabir najpovoljnije ponude

Kriteriji na kojima koncedent temelji odabir najpovoljnije ponude jesu: a) ekonomski najpovoljnija ponuda ili b) najviša ponudena naknada za koncesiju

Ekonomski najpovoljnija ponuda sa stajališta koncedenta vezana je uz predmet koncesije, kao što su: kvaliteta, što uključuje tehničko dostignuće, estetske, inovacijske, funkcionalne i ekološke osobine, operativni troškovi i troškovi upravljanja, ekonomičnost, servisiranje i tehnička pomoć nakon isporuke, datum isporuke i rokovi isporuke ili rokovi završetka radova, cijena usluge za krajnje korisnike i visina naknade za koncesiju. Ako je ovaj kriterij odlučan za odabir najpovoljnije ponude, koncedent je već u dokumentaciji za nadmetanje i u obavijesti o namjeri davanja koncesije trebao navesti sve relevantne elemente koji će biti odlučni za primjenu kriterija ekonomski najpovoljnije ponude.

Kriteriji za odabir ekonomski najpovoljnija ponude ne smiju biti diskriminirajući i moraju biti povezani s predmetom koncesije.

Kad se kao kriterij odabira najpovoljnije ponude primjenjuje najviša ponudena naknada za koncesiju koncedent je u dokumentaciji za nadmetanje i u obavijesti o namjeri davanja koncesije dužan navesti način iskazivanja naknade: iznos fiksne i/ili varijabilne naknade za koncesiju za vrijeme trajanja ugovora o koncesiji. Ako je eventualno posebnim zakonom određena najniža naknada za koncesiju koju je koncesionar dužan plaćati koncedent u dokumentaciji za nadmetanje treba navesti taj iznos kao iznos iznad kojeg su ponuditelji dužni iskazati svoje ponude.

6.7. Odluka o davanju koncesije

Odluku o davanju koncesije donosi koncedent na temelju prijedloga stručnog povjerenstva. Ono je, nakon pregleda i ocijene svih ponuda, dužno bez

odgode koncedentu predati prijedlog odluke o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja sa svim zapisnicima o radu, zapisnikom o pregledu i ocjeni ponuda i svom dokumentacijom.

U slučaju da su dvije ili više valjanih ponuda jednako rangirane prema kriteriju najpovoljnije ponude, zakonodavac se odlučio za formalistički pristup: koncedent je dužan odabrati ponudu koja je prije zaprimljena.

Koncedent može donijeti odluku o davanju koncesije bez prethodnog pregleda i ocjene ponuda samo iznimno, i to u slučaju davanju koncesije za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra na zahtjev gospodarskog subjekta (čl. 26. st. 3. i čl. 29. ZOK).

Sadržaj odluke o davanju koncesije određen je u čl. 37. ZOK. Ona ima obvezni i fakultativni dio. U obavezno dijelu odluka treba sadržavati osim potrebnih formalnosti (naziv koncedenta, broj potpis, pečat), naziv odabranog najpovoljnijeg ponuditelja, odnosno podnositelja zahtjeva, osnovna prava i obveze koncedenta i koncesionara, vrstu i predmet koncesije, druge brojne elemente relevantne za određenu koncesiju iznos naknade koju će koncesionar plaćati i rok za sklapanje ugovora.

Važno je da odluka mora sadržavati obrazloženje razloga za odabir najpovoljnijeg ponuditelja te uputu o pravnom lijeku. U fakultativnom djelu koncedent može navesti druge relevantne činjenice i razloge u skladu s dokumentacijom za nadmetanje, podnesenom ponudom te odredbama posebnog zakona.

Odluka o davanju koncesije je upravni akt. To je izrijekom određeno odredbom čl. 26. st. 1. ZOK. Takvom odredbom izbjegnute su dvojbe o pravnoj naravi tog akta koje su u prošlosti vodile brojnim sporovima.

Koncedent je dužan donijeti odluku o davanju koncesije u primjerenom roku koji teče od dana isteka roka za dostavu ponude. Rok za donošenje odluke je 30 dana, osim ako je u dokumentaciji za nadmetanje određeno drugačije.

Koncedent je dužan odluku o davanju koncesije, s preslikom zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda, davatelj koncesije dužan je dostaviti svakom ponuditelju, odnosno podnositelju zahtjeva za dobivanje koncesije, bez odgode. Odluka se obavezno objavljuje u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske.

6.8. Poništenju postupka davanja koncesije

Odluku o poništenju postupka davanja koncesije donosi koncedent a može je donijeti prije i nakon isteka roka za dostavu ponuda.

Koncedent može donijeti odluku o poništenju postupka davanja koncesije prije isteka roka za dostavu ponuda u dva slučaja. U oba se radi o saznanju za okolnosti koje su mu bile nepoznate prije pokretanja postupka davanja koncesije. U prvom slučaju, koncedent nije znao za određene okolnosti a da je za njih znao ne bi ni objavio obavijesti o namjeri davanja koncesije. U dugom slučaju, da

je koncedent znao za određene okolnosti sadržaj dokumentacije za nadmetanje i/ili obavijesti o namjeri davanja koncesije bili bi potpuno drugačiji. O koncedentovoj ocjeni ovisi hoće li se koristiti pravom poništenja postupka davanja koncesije prije isteka roka za davanje ponuda. On u navedenim slučajevima može donošenje odluke prolongirati do isteka roka za dostavu ponuda.

Bitno je drugačija situacija nakon isteka roka za dostavu ponuda. Tu postoje dvije situacije. U jednoj je koncedent dužan poništiti postupak davanja koncesije a u drugoj njemu je stavljeno na dispoziciju – poništiti ili ne poništiti postupak.

Koncedent je, nakon isteka roka za dostavu ponuda, dužan poništiti postupak davanja koncesije u četiri slučaja: a) kad se radi se o onim razlozima zbog kojih je mogao poništiti postupak prije isteka roka za davanje ponuda; b) kad nema pristiglih ponuda do isteka roka za dostavu ponuda; c) kad nema nijedne valjane ponude nakon pregleda i odbijanja ponuda i d) kad postoji neki razloga koji je određen posebnim zakonom. Tu mu zakonodavac nije stavio na dispoziciju izbor između mogućnosti da poništiti ili ne poništi postupak davanja koncesije. Odredbe čl. 28. 2. ZOK kogentne su naravi.

Drugačija je situacija ako je do isteka roka za dostavu ponuda pristigla samo jedna ponuda ili ako nakon isključenja ponuda u postupku davanja koncesije preostane samo jedna prihvatljiva ponuda. Tu je koncedentu stavljeno pravo da sam procjeni situaciju i odluči da poništi postupka davanja koncesije i da onda pošlje pokrene novi postupak s istim ili drugačijim zahtjevima.

Odluku o poništenju postupka davanja koncesije, s preslikom zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda, koncedent je dužan je svakom ponuditelju bez odgode dostaviti na zakonom propisani način kojim se može dokazati ispravna dostava. Odluka o poništenju postupka davanja koncesije objavljuje se i u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske na standardnom obrascu.

Novi postupak davanja koncesije može se pokrenuti nakon što odluka o poništenju postupka davanja koncesije postane izvršna.

6.9. Koncesija na zahtjev

Davanje koncesije na zahtjev (čl. 29. ZOK) je potpuna je novina. Koncesija na zahtjev razlikuje u postupku donošenja od postupka davanja svih drugih koncesija. Prigodom donošenju novog ZOK nisu obrazloženi razlozi za ovakav tip davanja koncesije koji apsolutno odudara od općeg režima dodjele koncesija.

Koncesija na zahtjev može se dati samo za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra. Ona se može samo „iznimno“ dati neposredno, dakle bez provedbe uobičajenog postupka, a na „zahtjev“ gospodarskog subjekta, koji želi postati koncesionar. Inicijativa za dodjelu koncesije nije na koncedentu nego na potencijalnom koncesionaru.

Koncesija na zahtjev gospodarskog subjekta može se dati u četiri zakonom predviđene situacije (čl. 29. st.1. ZOK):

a) kada je podnositelju zahtjeva ta koncesija nužna radi provedbe ugovora o koncesiji za javne radove ili koncesije za javne usluge a dokumentacijom za nadmetanje i studijom opravdanosti, kao i ugovorom o koncesiji za javne radove ili koncesije za javne usluge predviđena je mogućnost dodjele koncesije na zahtjev;

b) kada je to gospodarskom subjektu, koji je već potpisao ugovor o koncesiji za istraživanje mineralnih sirovina, nužno radi sklapanja ugovora o koncesiji za eksploataciju mineralnih sirovina koje su bile predmet istraživanja u skladu s odredbama propisa koji uređuju istraživanje i eksploataciju mineralnih sirovina, a dokumentacijom za nadmetanje i studijom opravdanosti, kao i ugovorom o koncesiji za eksploataciju mineralnih sirovina predviđena je mogućnost dodjele koncesije na zahtjev;

c) ako postojeća i/ili planirana gospodarska aktivnost gospodarskog subjekta na određenoj lokaciji čini s predmetom koncesije za koju se zahtjev podnosi, neodvojivu tehnološku ili funkcionalnu cjelinu, te koncesija služi isključivo za obavljanje te gospodarske aktivnosti, a osobito kada je predmet koncesije korištenje voda za tehnološke potrebe i navodnjavanje i

d) kad je to potrebno ovlašteniku prava na radove sanacije koji se obavljaju na pomorskom dobru, a na temelju posebnog propisa.

Postupak dodjele ove koncesije pokreće se isključivo na zahtjev zainteresiranog gospodarskog subjekta. Njegov zahtjev mora sadržavati sve zakonom određene podatke (čl. 29. st. 5. ZOK) vezane uz osobu podnositelja, vrstu i predmet koncesije, prirodu i opseg djelatnosti koncesije koja se traži, mjesto, odnosno područje obavljanja djelatnosti koncesije koja se traži te rok na koji se daje koncesija. U zahtjevu moraju biti obrazloženi razlozi za njegovo podnošenje te iznijete pravne, tehničke i financijske specifikacije predmeta koncesije, ponudeni dokazi o ispunjenju pravnih, tehničkih i financijskih uvjeta sposobnosti propisanih posebnim zakonom, instrumenata osiguranja ispunjenja obveza iz ugovora o koncesiji te ponuđenu naknadu za koncesiju.

O zahtjevu za koncesiju koncedent je dužan donijeti odluku u roku od 60 dana. Da bi odluka o zahtjevu bila pozitivna trebaju biti kumulativno ispunjeni brojni zakonom propisani uvjeti (čl. 30. st. 7. ZOK). No, koncedent ne donosi odluku samostalno. Iz vrlo loše formuliranih i nelogičnih odredbi o donošenju odluke može se zaključiti da je koncedent dužan ocijeniti zahtjev, utvrditi je su li ispunjeni zakonski uvjeti, izraditi prijedlog odluke i obrazložiti ga te zahtjev sa svojim prijedlogom odluke dostaviti Ministarstvu financija „na očitovanje“. Tek nakon primljenog „očitanja“ koncedent donosi odluku.

Propisivanje brojnih i složenih obveza koncedenta je u su u neskladu s njegovom obvezom da sve to učini „odmah po primitku zahtjeva za dobivanjem koncesije.“ Ministarstvo financija trebalo bi se u roku od 20 dana „očitanje“ na prijedlog i obrazloženje koncedentove odluke.

Potpuno je nejasno kakva je pravna narav akta o takvom „očitanju“ i kakav mu je pravni efekt. Moguće je razmišljati da takvo očitovanje ima samo

karakter mišljenja koje ne obvezuje donositelja akta (koncedenta) ali o čijem sadržaju mora voditi računa te to u odluci o davanju ili odbijanju davanja koncesije obrazložiti. Ako akt „očitanju“ ima karakter prethodne suglasnosti onda koncedent u slučaju pozitivno izraženog očitovanja mora donijeti odluku o davanju koncesije, ali ako je negativno očitovanje onda je dužan odbiti zahtjev za dobivanje koncesije.

7. UGOVOR O KONCESIJI

7.1. Pojam ugovora o koncesiji

U odredbi čl. 3. toč. 4. ZOK propisana je legalna definicija ugovora o koncesiji. To je ugovor koji su sklopili davatelj koncesije s jedne strane i gospodarski subjekt kao odabrani najpovoljniji ponuditelj, odnosno gospodarski subjekt kojem je koncesija dana na temelju neposrednog zahtjeva s druge strane, a sadrži odredbe o međusobnim pravima i obvezama vezanim uz danu koncesiju.

Na ugovor o koncesiji primjenjuje se pravo Republike Hrvatske. Međutim, kod koncesija koje su dane primjenom odredbi čl. 6. ZOK moguća je da se primjenjuje pravo druge države, na primjer u kojoj koncesionar registriran ili u kojoj ima sjedište.

7.2. Sklapanje ugovora o koncesiji

Koncedent i koncesionar mogu sklopiti ugovor o koncesiji tek nakon isteka tzv. razdoblja mirovanja, tj. 15 dana od dana dostave odluke o davanju koncesije svakom ponuditelju, i to ako nijedan ponuditelj nije pokrenuo postupak pravne zaštite, tj. nitko nije izjavio žalbu. Ako je pokrenut postupak pravne zaštite, ugovor o koncesiji smije se sklopiti tek kada odluka o davanju koncesije postane izvršna.

Nakon isteka razdoblja mirovanja odnosno nakon nastupa izvršnosti odluke o dodjeli koncesije koncedent je dužan u roku od 10 dana ponuditi odabranom najpovoljnijem ponuditelju sklapanje ugovora o koncesiji. Taj se rok može produžiti u slučajevima određenima posebnim zakonom ili u dokumentaciji za nadmetanje.

Ugovor o koncesiji sastavlja se u pisanom obliku, a potpisuju ga ovlaštena osoba koncedenta i odabrani najpovoljniji ponuditelj odnosno podnositelj zahtjeva za dobivanje koncesije.

Sklapanjem ugovora o koncesiji ili stupanjem ugovora na snagu, ako se taj trenutak razlikuje od trenutka sklapanja ugovora, najpovoljniji ponuditelj odnosno podnositelj zahtjeva za dobivanje koncesije dobiva status koncesionara i stječe prava i preuzima obveze koja za njega proizlaze iz ugovora o koncesiji.

U slučaju da odabrani najpovoljniji ponuditelj odustane od sklapanja ugovora ili u određenom mu roku ne dostavi jamstva i instrumente koncedent može donijeti novu odluku o davanju koncesije sa sljedećim rangiranim ponuditeljem kao odabranim, te mu ponuditi potpisivanje ugovora. Tu odluku o davanju koncesije dužan je dostaviti svakom ponuditelju bez odgode.

7.3. Jamstvo za provedbu ugovora o koncesiji

Novina je u ZOK - jamstvo za provedbu ugovora. Prema odredbi čl. 31. ZOK08 koncedent je dužan prije sklapanja ili prije stupanja na snagu ugovora o koncesiji zahtijevati i dobiti od odabranog najpovoljnijeg ponuditelja, odnosno podnositelja zahtjeva za dobivanje koncesije jamstvo i/ili instrumente osiguranja naplate naknade za koncesiju te naknade štetu koja može nastati zbog neispunjenja obveza iz ugovora o koncesiji (zadužnice, bankarske garancije, osobna jamstva, mjenice, polog i ostalo) u iznosu određenom u skladu s procijenjenom vrijednosti koncesije. Ako jamstva ne budu dostavljena koncedentu ugovor o koncesiji neće biti sklopljen.

Jamstva i instrumenti osiguranja ostaju načelno ostaju kod koncedenta za cijelo vrijeme trajanja ugovora o koncesiji, ali ih se pod zakonom određenim uvjetima može zamjenjivati drugim.

7.4. Sadržaj ugovora o koncesiji

Ugovorom o koncesiji određuju se prava i obveze davatelja koncesije i koncesionara na temelju odluke o davanju koncesije u skladu s odredbama ZOK i posebnih zakona. Na pitanja iz ugovora o koncesiji koja nisu uređena odredbama ZOK primjenjuju se odredbe Zakona o obveznim odnosima.

Ugovor o koncesiji mora biti sastavljen u skladu s dokumentacijom za nadmetanje, podacima iz obavijesti o namjeri davanja koncesije, odabranom ponudom te odlukom o davanju koncesije. U slučaju kada je koncesija dana na zahtjev ugovor sastavlja u skladu s podnesenim zahtjevom za dobivanje koncesije, odlukom o davanju koncesije, te odredbama posebnog zakona.

Ugovorom o koncesiji trebaju se urediti pitanja vezana za vlasništvo nad nekretninama i drugom imovinom koja je predmet ugovora o koncesiji, te nad nekretninama i drugom imovinom koja nastaje na temelju ugovora o koncesiji za vrijeme i nakon prestanka koncesije.

Pored ugovora o koncesiji koncedent i koncesionar imaju pravo sklopiti i dodatne i/ili vezane ugovore ali oni moraju biti u skladu s odredbama ZOK, dokumentacijom za nadmetanje, odlukom o davanju koncesije i odabranom ponudom.

7.5. Naknada za koncesiju

Koncesionar je dužan plaćati novčanu naknadu za koncesiju u iznosu i na način kako je to uređeno ugovorom o koncesiji u skladu s odredbama posebnog zakona.

Naknada za koncesiju plaća se u novcu, a može biti ugovorena kao stalan jednak iznos i/ili kao varijabilni iznos. Visina i način plaćanja naknade za koncesiju određuje se ovisno o predmetu koncesije, procijenjenoj vrijednosti koncesije, roku trajanja koncesije, rizicima i troškovima koje koncesionar preuzima i očekivanoj dobiti, opsegu koncesije, opremljenosti i vrijednosti imovine, odnosno opremljenosti i površini općeg, javnog ili drugog dobra od interesa za Republiku Hrvatsku koja se daje u koncesiju.

Ugovorom o koncesiji može se odrediti promjena visine i/ili načina izračuna i plaćanja naknade za koncesiju u određenom vremenskom razdoblju, za vrijeme trajanja ugovora o koncesiji, u skladu s dokumentacijom za nadmetanje i odlukom o davanju koncesije.

Naknade za koncesiju prihod su državnog proračuna Republike Hrvatske i/ili proračuna jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravnih osoba koje su davatelji koncesije. Omjer raspodjele prihoda od naknada propisuje se posebnim zakonom.

Iznimno, naknada za koncesiju ne mora se ugovoriti u slučajevima kada je studijom opravdanosti za davanje koncesije ili analizom davanja koncesije utvrđeno da nije ekonomski opravdana, osim ako drugačije nije uređeno posebnim zakonom.

Novim ZOK uređena su i brojna pravila (čl. 34. st. 9., čl. 35. do čl. 37.) o dopustivosti promjene visine naknade, pravo na utvrđivanje obveze plaćanja naknade i kamate te nastup zastare prava na utvrđivanje obveze i prava na naplatu dužne obveze (početak, tijek, prekid i nastup apsolutne zastare, primjena supsidijarnog prava).

7.6. Rok na koji se daje koncesija

Zakonodavac je proteklih dvadeset godina drastično mijenjao stav o trajanju koncesije. ZOK92 propisivao je da se koncesija može podijeliti najviše na rok do 99 godina. Posebni propisi omogućivali su koncesije do 99 godina (npr. za korištenje vodnih snaga za proizvodnju električne energije), ali, u pravilu, propisivani su kraći rokovi – 40 godina u rudarstvu), 30 godina u nekim komunalnim djelatnostima itd.

U ZOK08 nije propisano ni minimalno niti maksimalno vremensko trajanje koncesije. Određivanje razdoblja za koji se koncesija daje zakonodavac prepustio je donositeljima pravnih propisa kojima se uređuju pojedine vrste koncesija odnosno volji i ocjeni koncedenta. ZOK je sadržavao samo instruktivnu

normu deklarativno-proklamativne naravi (čl. 29. st. 1.) da se "trajanje koncesije mora odrediti na način koji ne ograničava tržišno natjecanje više nego što je to nužno kako bi se osigurala amortizacija ulaganja koncesionara i razuman povrat uloženog kapitala, istovremeno uzimajući u obzir rizik koji je povezan s gospodarskim korištenjem koncesije."

Novi ZOK nema uopće norme kojom izravno ili neizravno se određuje vremensko trajanje koncesije. Zakonodavac se odlučio samo na propisivanje nekih pravila o roku važenja ugovora o koncesiji.

Temeljno je pravilo da se ugovor o koncesiji zaključuje na određeno vrijeme. Dakle, nije dopušteno sklapanje ugovora o koncesiji na neograničeno vrijeme. Ostavljeno je da se posebnim zakonima određuje raspon između dopuštenog minimalnog i maksimalnog roka za koji se koncesija može ugovoriti.

U okviru takvog, posebnim zakonom propisanog raspona, koncedent određuje rok za koji se koncesija daje. On je dužan u studiji opravdanosti davanja koncesije, odnosno analizi davanja koncesije odrediti rok na koji se koncesija daje „na način da taj rok ne ograničava tržišno natjecanje više nego što je to nužno kako bi se osigurala amortizacija stvarne vrijednosti ulaganja koncesionara i razuman povrat uloženog kapitala, istodobno uzimajući u obzir troškove i rizike koje koncesionar preuzima za vrijeme trajanja koncesije“

Rok na koji je koncesija dana računa se od dana sklapanja ugovora o koncesiji, odnosno od dana stupanja na snagu ugovora, ako se taj dan razlikuje od dana sklapanja ugovora o koncesiji. Rok na koji je koncesija dana može se produljiti ako je produljenje nužno kao posljedica izmjena ugovora.

Važna je novina da se odredbom čl. 38. st. 6. ZOK propisuje dužnost koncedenta da u slučaju isticanja roka važenja koncesije a postojeći koncesionar ne namjerava tražiti ili pristati na produljenje koncesije, pokrene novi postupak za davanje koncesije. Radi se o koncesijama za javne usluge i koncesijama za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra a potrebno je osigurati kontinuirano obavljanje djelatnosti. U takvom slučaju koncedent je dužan najmanje 9 mjeseci prije isteka roka na koji je koncesija dana pokrenuti novi postupak za davanje koncesije za istu djelatnost. Ovakva odredba trebala bi osigurati kontinuirano obavljanje djelatnosti i pružanje usluga krajnjim korisnicima.

7.7. Izmjene ugovora o koncesiji

Ugovor o koncesiji može se načelno mijenjati za vrijeme njegova trajanja, ali samo u slučajevima i pod pretpostavkama koje su propisane zakonom. Do izmjene ugovora može doći na prijedlog koncedenta ili koncesionara.

Koncesidentu i koncesionaru je dopušteno izmijeniti ugovor samo u slučaju da je mogućnost izmjena, kao i pretpostavke za njih, predviđena jasno,

precizno i nedvosmisleno u dokumentaciji za nadmetanje i ugovoru o koncesiji. Osim u tom slučajeva ugovor se može izmijeniti: a) kada je ugrožena nacionalna sigurnost i obrana države, okoliš ili ljudsko zdravlje, b) ako to zahtijeva interes Republike Hrvatske određen u Hrvatskome saboru i c) u slučajevima određeni-ma posebnim zakonom.

Posebna je situacija za dopustivost izmjene ugovora o koncesiji postoji kad je koncedent na vrijeme pokrenuo postupak davanja koncesije za javne usluge, odnosno najmanje 9 mjeseci prije isteka roka postojećeg ugovora o koncesiji ali taj postupak iz opravdanih razloga nije uspješno okončan. U tom slučaju koncedent može produljiti postojeći ugovor o koncesiji za javnu uslugu na rok ne dulji od 6 mjeseci, pri čemu kumulativno moraju biti zadovoljene pretpostavke: a) da je javna usluga koja se pruža na temelju te koncesije od iznimnog je značenja za krajnje korisnike, b) da bi prekid u pružanju javne usluge ugrozio Ustavom Republike Hrvatske ili zakonom zaštićena prava korisnika te usluge i c) da postojeći koncesionar prihvaća prava i obveze koji proizlaze iz produljenja ugovora o koncesiji.

Izmjenama ugovora o koncesiji ne smiju se mijenjati vrsta i/ili predmet ugovora o koncesiji. Također, ugovor o koncesiji ne smije se mijenjati radi otklanjanja nedostataka u izvedbi koncesionara ili posljedica neodgovarajuće izvedbe, a ti nedostaci bi se mogli otkloniti promjenom ugovornih odredbi, te radi kompenzacije rizika rasta cijena nastalih iz određenih razloga (čl. 39. st. 7. ZOK).

O izmjeni ugovora o koncesiji sklapa se dodatak ugovoru o koncesiji, kojem prethodi koncedentova odluka o izmjeni odluke davanja koncesije, a u zakonom određenim slučajevima (čl. 39. st. 5.) potrebna je i suglasnost Ministarstva financija.

Odredbama čl. 40. ZOK dopušta se bitna izmjena ugovora o koncesiji. Smatra da se radi o bitnoj izmjeni ako je ispunjen jedan od četiri zakonom propisana uvjeta (čl. 40. st. 2.):

a) da se izmjenom uvode uvjeti koji bi, da su bili dio postupka davanja koncesije, učinili mogućim odabir nekog drugog ponuditelja umjesto onog koji je odabran kao najpovoljniji ili bi učinili mogućim sklapanje ugovora o koncesiji s drugim ponuditeljem,

b) da izmjena utječe na ekonomsku ravnotežu koncesije u korist koncesionara,

c) izmjena znatno proširuje opseg djelatnosti koncesije u cilju uključivanja robe, radova ili usluga koji nisu bili uključeni u ugovor o koncesiji i

d) mijenja se koncesionar.

Međutim, propisani su i brojne iznimke (čl. 40. st. 3. do 6, ZOK) te se određeni slučajevi relativno velikih promjena u odnosu koncedenta i koncesionara ipak neće smatrati bitnim izmjenama ugovora o koncesiji i, shodno tome, koncedent ne treba pokretati novi postupak davanja koncesije nego će se samo sklopiti dodatak ugovora.

7.8. Prijenos ugovora o koncesiji i založno pravo

Ugovor o koncesiji može se pod zakonom propisanim pretpostavkama i uz pisanu suglasnost koncedenta prenijeti na treću osobu te radi namirenja tražbine založnog vjerovnika kada je koncesija predmet založnog prava (čl. 41.ZOK).

Međutim, prijenosom ugovora o koncesiji ne smije se umanjiti kvalitetu i narušiti kontinuitet izvršenja ugovora o koncesiji.

Na koncesiji se može, uz suglasnost koncedenta, osnovati založno pravo s tim da se prije osnivanja založnog prava mora utvrditi vrijednost koncesije. To je dopušteno isključivo u korist financijskih institucija, i to radi osiguranja njihovih tražbina na osnovu ugovora o kreditu danog radi provedbe ugovora o koncesiji. Tražbine financijskih institucija mogu se odnositi isključivo na financijske instrumente pribavljene radi provedbe ugovora o koncesiji. One se ne smiju odnositi na druge tražbine koje financijska institucija ima u odnosu na koncesionara po drugim osnovama.

Ako se zalogom osigurana tražbina ne ispuni, založni vjerovnik ovlašten je ostvariti svoje pravo na namirenje te tražbine prijenosom koncesije na treću osobu. Ta to mu je potreban suglasnost koncedenta. Treća osoba na koju se koncesija prenosi treba ispunjavati uvjete sposobnosti određene za koncesionara u dokumentaciji za nadmetanje i obavijesti o namjeri davanja koncesije.

7.9. Podugovaranje i potkoncesije

Koncesionar može, za vrijeme trajanja ugovora o koncesiji, sklapati s trećim osobama podugovore o obavljanju sporednih djelatnosti koncesije (čl. 43. st. 1. ZOK). Sporednom se smatra svaka djelatnost koja nije djelatnost predmeta koncesije, ali je s njom povezana tako što služi njezinom obavljanju ili je potrebna za njezino uspješno izvršenje.

Kad se radi o koncesijama za javne radove i koncesijama za javne usluge, koncedent može već u dokumentaciji za nadmetanje može zahtijevati da budući i koncesionar sklopi podugovore s trećim osobama u određenom postotku ukupno procijenjene vrijednosti koncesije.

Potkoncesije su, prema odredbi čl. 43. st. 4. ZOK dopuštene isključivo u području gospodarskog korištenja pomorskog dobra. Nejasno je zašto se zakonodavac odlučio da u zakonu kojim se regulira opći režim koncesija uredi ugovor koji je rezerviran samo za jedno područje – korištenje pomorskog dobra. Pogotovo je to nejasno ako se ima u vidu odredba st. 13. istog članka kojom se na sva pitanja potkoncesije supsidijarno primjenjuju propisi kojima se uređuje pomorsko dobro

Ugovor o potkoncesiji može se sklopiti samo na temelju ugovora o koncesiji za gospodarsko korištenje pomorskog dobra i to na prijedlog koncesionara. Međutim, mogućnost davanja potkoncesije mora biti predviđena u stu-

diji opravdanosti davanja koncesije, dokumentaciji za nadmetanje, obavijesti o namjeri davanja koncesije, te u ugovoru o koncesiji Koncesionar ima pravo od koncedenta tražiti odobrenje za sklapanje ugovora o potkoncesiji kada iz objektivnih opravdanih razloga nije moguće sklopiti podugovor, odnosno kada je pravni status nekretnine koja je predmet koncesije takav da nije sposobna biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava. Koncesionar može u takvom slučaju pravo obavljanja sporednih djelatnosti koncesije na toj nekretnini prenijeti na treće osobe sklapanjem ugovora o potkoncesiji.

Ugovor o potkoncesiji sklapa se na određeni rok a on ne može dulji od roka na koji je sklopljen ugovor o koncesiji

Koncedent je dužan prije davanja koncesionaru odobrenja za sklapanje ugovora obavijestiti Ministarstvo financija s prijedlogom i obrazloženjem svog odgovora koncesionaru.

8. PRESTANAK KONCESIJE

8.1. Načini prestanka koncesije

Prema odredbi čl. 44. ZOK koncesija prestaje na jedan od sedam načina: a) ispunjenjem zakonskih uvjeta, b) raskidom ugovora o koncesiji zbog javnog interesa, c) sporazumnim raskidom ugovora o koncesiji, d) jednostranim raskidom ugovora o koncesiji, e) pravomoćnošću sudske odluke kojom se ugovor o koncesiji utvrđuje ništetnim ili se poništava, f) u slučajevima određenima ugovorom o koncesiji, g) u slučajevima određenima posebnim zakonom. U odnosu na ZOK08 dodana su dva nova načina: kad je to određeno u ugovoru o koncesiji i kad je to određenim posebnim zakonom.

8.2. Prestanak koncesije ispunjenjem zakonskih uvjeta

Koncesija prestaje ex lege: a) istekom roka na koji je dana, osim ako u ZOK nije drugačije propisao, b) smrću fizičke osobe koncesionara, odnosno prestankom pravne osobe koncesionara, osim ako zakonom ili ugovorom o koncesiji nije drugačije uređeno, c) ukidanjem, poništavanjem ili oglašavanjem ništavom odluke o davanju koncesije nakon sklapanja ugovora o koncesiji.

8.3. Raskid ugovora o koncesiji zbog javnog interesa

Prema odredbi 46. ZOK postoji obveza koncedenta i koncesionara da u ugovor o koncesiji moraju unijeti odredbu o pravu koncedenta da jednostranom izjavom raskine ugovor o koncesiji u cijelosti ili djelomično, i to ako Hrvatski sa-

bor odlukom odredi da to zahtijeva javni interes. Nejasno je zašto je preuzeta ova odredba iz starog ZOK. Ugovorne strane sile se da pri sklapanju svakog ugovora o koncesiji, pa i onog manje važnosti za društvo upliću i javni interes i to tolike važnosti da o njemu odlučuje Hrvatski sabor. Time se samo bespotrebno opterećuje sadržaj ugovora. A svrha koju je zakonodavac možda htio postići može se postići mnogo boljim načinom.

Ako se ugovor o koncesiji raskida samo djelomično, koncesionar može u roku od 30 dana izjaviti da raskida ugovor o koncesiji u cijelosti. U slučaju raskida ugovora o koncesiji zbog javnog interesa koncesionar ima pravo na naknadu štete.

8.4. Jednostrani raskid ugovora o koncesiji

Ugovor o koncesiji može jednostranom izjavom raskinuti i koncedent i koncesionar.

Koncedent može na osnovi čl. 47. st. 1. ZOK jednostrano raskinuti ugovor iz relativno velikog broja razloga koji se svi odnose na činjenja ili propuštanja koncesionara, i to prije stjecanja koncesije ili u toku njena korištenja. Ugovor se tako može raskinuti ako koncesionar: a) nije platio naknadu za koncesiju više od dva puta uzastopno ili neuredno plaća naknadu za koncesiju, b) ne obavlja javne radove i/ili ne pruža javne usluge prema standardima kvalitete za takve radove, odnosno usluge, c) ne provodi mjere i radnje nužne radi zaštite općeg, odnosno javnog dobra, te radi zaštite prirode i kulturnih dobara, d) naveo netočne podatke u ponudi temeljem kojih se utvrđivalo ispunjenje uvjeta sposobnosti određenih u dokumentaciji za nadmetanje, e) svojom krivnjom ne započne s provedbom ugovora o koncesiji ili njegovog dijela u ugovorenom roku, f) obavlja i druge radnje u suprotnosti s ugovorom o koncesiji ili propušta obaviti dužne radnje utvrđene ugovorom o koncesiji, g) nezakonito prenio na treću osobu svoja prava iz ugovora o koncesiji, h) ako dostavi novi odgovarajući instrument osiguranja kojeg koncedent zatražio.

Ugovor o koncesiji može se jednostrano raskinuti i u drugim slučajevima koji su utvrđeni u ugovoru o koncesiji, kao i prema općim odredbama obveznog prava.

Prije jednostranog raskida ugovora o koncesiji, koncedent je dužan pisanim putem upozoriti koncesionara i financijske institucije koje su osigurale financiranje provedbe ugovora o koncesiji o takvoj svojoj namjeri te odrediti koncesionaru primjereni rok za otklanjanje razloga za raskid ugovora o koncesiji i za izjašnjavaње o tim razlozima. Tek ako koncesionar ne otkloni razloge za raskid ugovora o koncesiji u ostavljenom mu roku koncedent može raskinut će ugovor o koncesiji.

Koncedent koji je jednostrano raskinuo ugovor o koncesiji zbog činjenja ili propuštanja koncesionara ima pravo na naknadu štete koju mu je prouzročio koncesionar.

I koncesionar načelno ima pravo jednostrano raskinuti ugovor o koncesiji i to u skladu s općim odredbama obveznog prava.

9. PRAVNA ZAŠTITA U VEZI S KONCESIJAMA

9.1. Pravna zaštita sudionika u postupku davanja koncesije

U reguliranju pravne zaštite sudionika u postupku davanja koncesije odnosno rješavanju sporova između koncedenta i koncesionara novi ZOK nije odstupio od rješenja sadržanih u prethodnom zakonu. Izvršene su male sadržajne dopune i izvjesne nomotehničke izmjene kojima se ne mijenja postojeći sustav pravne zaštite.

Glede pravne zaštite sudionika u postupku davanja zakonodavac se ograničio samo na tri norme sadržane u čl. 48. ZOK.

Prvom se propisuje da je Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave nadležna za rješavanje o žalbama u vezi s postupcima davanja koncesija. To je, u stvari, ponavljanje norme iz Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu javne nabave a kojom se utvrđuje nadležnost Državne komisije.²⁴

Drugom normom određuje se da se pravna zaštita u vezi s davanjem koncesija provodi „u skladu s propisima kojima se uređuje javna nabava,“ a to je ZOJN11. To je, dakle, istovjetno rješenje koje je bilo primijenjeno u ZOK08 sa svim nedostacima na koje se već prije ukazivalo. Naime, odredbe ZOJN o pravnoj zaštiti u postupku javne nabave ne mogu se doslovno primijeniti na pravnu zaštitu u postupcima dodjele koncesije. Radi se o različitim postupcima u kojima se javljaju drugačije stranke, osporavaju se drugačiji akti, postavljaju se drugačiji zahtjevi te se, prema tome, i odluke nužno razlikuju u nizu elemenata. Tu se može raditi samo o odgovarajućoj (shodnoj) primjeni odredbi ZOJN.

Trećom normom propisuje se pravna zaštita u postupku davanja koncesije za javne usluge procijenjene vrijednosti jednake ili veće od 5.000.000,00 Eura (bez PDV). U tom slučaju primjenjuju se odredbe ZOJN11 koje se odnose na otvoreni postupak.

Pravna zaštita u vezi s davanjem koncesija ostaje, manje-više kao i u vrijeme primjene ZOK08²⁵ s time da postoje određene nevelike do kojih je došlo

²⁴ Državna komisija u žalbenom postupku odlučuje o zakonitosti postupaka, radnji, propuštanja radnji i odluka donesenih u postupcima ...davanja koncesija...“- čl. 3. st. 2. Zakona o Državnoj komisiji na kontrolu postupaka javne nabave, Narodne novine, br. 18 od 15. veljače 2013.g. Jednako tako propisano je u prethodnom zakonu.

²⁵ O pravnoj zaštiti sudionika u postupku davanja koncesija na temelju ZOK08 v.: Medvedović, D., Novo pravno uređenje koncesija, u knj. Zbornik 47. susreta pravnika, Opatija 09, Opatija 2009., str. 397-432.

na osnovi novog Zakona o javnoj nabavi (2011.)²⁶ i Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (2013.). No, pri novom reguliranju javne nabave (2011.), koncesija (2012.) te položaju i ovlastima Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave (2013.) zakonodavac nije uzeo u obzir da je još 1. siječnja 2012. g. počeo djelovati novi sustav upravnosudske kontrole akata uprave, pa tako i odluka Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave u povodu žalbe na odluke o davanju koncesije. Važeća pravna regulacija upravnog spora u stvarima koncesija (nadležnost upravnih sudova, sastav suda – sudac pojedinac, ovlasti suda – odlučivanje u sporu pune jurisdikcije, žalba) može u konkretnim slučajevima dovesti do paradoksa.

9.2. Rješavanje sporova između koncedenta i koncesionara

Za rješavanje sporova koji nastanu ili bi mogli nastati u vezi s ugovorom o koncesiji novi ZOK ne sadrži drugačija pravila nego li su bila propisana u ZOK08. Stranke ugovora o koncesiji mogu ugovoriti da njihove sporove rješava arbitražna „čije je mjesto na području Republike Hrvatske“, dakle, tzv. domaća arbitražna²⁷. U tom slučaju je mjerodavno pravo Republike Hrvatske (49. st. 1. i 2.). Dakle, bez obzira što je možda koncesionar strana fizička ili pravna osoba nije dopušteno ugovaranje arbitražnog suda u inozemstvu i primjena prava strane države. Međutim, drugačije je u slučajevima kad se radi o sporovima o koncesijama koje su, na temelju odredbe čl. 6. ZOK izuzete od njegove primjene, pa tako i pravila o rješavanju sporova.

Ako se stranke ne ugovore rješavanje njihova spora pred arbitražom spor se rješava pred trgovačkim sudom nadležnim prema sjedištu koncedenta.

10. POLITIKA KONCESIJA I NADZOR IZVRŠAVANJA OBVEZA PREUZETIH UGOVORIMA O KONCESIJI

10.1. Pojam politike koncesija

Jedan od važnih ciljeva novog ZOK je uspostava i održavanje jedinstvene i konzistentne politike koncesija u Hrvatskoj. Tu politiku treba provoditi Ministarstvo financija i ono jednom godišnje dostavlja Vladi Republike Hrvatske izvješće o provedenoj politici koncesija u prethodnoj godini.

²⁶ O pravnoj zaštiti sudionika u postupcima javne nabave nakon donošenja Zakona o javnoj nabavi iz 2011.g v.: Medvedović, D., Šikić, M., Pravni lijekovi u postupcima javne nabave, Zbornik 50. jubilarnog susreta pravnika Opatija '12., Opatija 2012., str. 275-311;

²⁷ Odlučivanje o sporovima pred arbitražnim sudom uređeno je Zakonom o arbitraži, Narodne novine, br. 88 od 11. listopada 2011. g.

Politika koncesija, u smislu ZOK (čl. 50. st. 1.), obuhvaća sve mjere i aktivnosti usmjerene uspostavi i održanju učinkovitog sustava davanja koncesija, a osobito nadzor nad provedbom ugovora o koncesijama, vođenje Registra koncesija, sudjelovanje predstavnika Ministarstva financija u postupcima davanja koncesija, praćenje provedbe ugovora o koncesijama s obilježjima javno-privatnog partnerstva, edukaciju te praćenje međunarodne prakse iz područja koncesija (čl. 4. st. 1.).

10.2. Planovi davanja koncesija

Svi koncedenti dužni su svake godine izraditi godišnji plan davanja koncesija iz svoje nadležnosti za iduću kalendarsku godinu. Taj plan mora biti u skladu sa srednjoročnim (trogodišnjim) planom davanja koncesija. Godišnji plan mora sadržavati brojne zakonom propisane podatke, npr.: planirani broj koncesija, vrste i predmete koncesija, rokove na koje se koncesije planiraju dati itd.

U srednjoročnom (trogodišnjem) planu davanja koncesija koncedent utvrđuje gospodarska i druga područja u kojima planira dati koncesije, građevine koje će se graditi, odnosno djelatnosti koje će se obavljati na temelju koncesije, planirane rashode za koncesije te prihode od koncesija.

Koncedenti su dužni godišnji i srednjoročne planove dostaviti Ministarstvu financija. Brojnim odredbama iz čl. 56. ZOK propisane su obveze koncedenata u svezi dostave godišnjih i srednjoročnih planova te obavijesti o odstupanjima od njih te pravu Ministarstvu financija da traži dodatne podatke, obrazloženja i sl. Otvoreno je pitanje opravdanosti ovakvih obveza koncedenata. Danas je u Republici Hrvatskoj evidentirano preko 14.000 ugovora o koncesijama a svi koncedenti dužni su slati svoje planove Ministarstvu financija. Je li uopće potrebna i je li moguća učinkovita kontrola planova svih koncedenata u razumnom roku. Također, pitanje je koliki je broj stručnih osoba potreban da sve planove razmotri i eventualno poduzme određene radnje ako se uoče nezakonitosti ili nepravilnost?

10.3. Nadzor nad izvršenjem obveza iz ugovora o koncesijama

U okviru politike koncesija zakonodavac je najveću pozornost usmjerio na nadzor nad provedbom ugovora o koncesijama. Tu postoje dva tipa nadzora Ministarstva financija: indirektni i direktni nadzor.

10.3.1. Indirektni nadzor provodi se, u pravilu, preko koncedenta. Naime, koncedent je dužan kontinuirano nadzirati rad koncesionara i izvršavanje njegovih obveza iz ugovora o koncesiji. To uključuje i redovito praćenje izvršavanja plaćanja naknade za koncesiju, ako je ona određena ugovorom o koncesiji, te

plaćanja svih ostalih obveza koje nastaju temeljem odluka državnih i drugih nadležnih tijela. Koncedent je dužan je za vrijeme trajanja ugovora o koncesiji voditi posebnu dokumentaciju koja se odnosi na poslovanje koncesionara, a najmanje prikupljanjem i analizom standardnih financijskih izvješća na godišnjoj razini, pri čemu je dužan voditi evidenciju o svim povezanim trgovačkim društvima koncesionara. Koncedent je dužan je čuvati dokumentaciju koja se odnosi na određenu koncesiju. Konačno, koncedent je dužan je svake godine (do 1. lipnja za prethodnu godinu) Ministarstvu financija dostaviti izvješće o ugovorima o koncesiji i radu koncesionara. Koncedentovo izvješće obavezno sadrži zakonom propisane brojne podatke (o plaćanju naknade za koncesiju, poduzetim radnja vezanim za nadzor rada koncesionara, poduzetim mjerama prisilne naplate naknade za koncesiju, raskinutim ugovorima itd.

Ministarstvo financija ovlašteno je od koncedenata tražiti dostavu svih podataka u odnosu na koncesije, a koncedent je dužan dostaviti ih u roku od najviše 10 dana.

U cilju nadzora nad poštivanjem obveza iz koncesija koncedent je dužan obavijestiti državno odvjetništvo o slučajevima nepoštivanja odredbi ugovora o koncesiji u skladu s propisanim kojima se uređuje rad državnog odvjetništava. Istodobno je o tome dužan obavijestiti i Ministarstvo financija.

Koncedent je odgovoran je za potpunu i pravodobnu naplatu naknade za koncesiju. Ako nije korisnik prihoda od naknade za koncesiju, dužan je dostaviti korisniku prihoda dokumentaciju na temelju koje korisnik prihoda može ustrojiti evidenciju potraživanja u svojim poslovnim knjigama.

10.3.2. Direktni nadzor provodi Ministarstvo financija. Ono po službenoj dužnosti ili na zahtjev koncedenta može pokrenuti postupak nadzora nad koncesionarom za koje se sumnja a ne izvršava obveze u skladu s ugovorom o koncesiji i posebnim propisima.

Taj nadzor provodi putem inspektora Ministarstva financija u skladu s unutarnjim ustrojstvom. Inspektori imaju vrlo široke ovlasti. Na temelju odredbe čl. 52. st. 5. ZOK imaju, na primjer pravo pregledavati dokumentaciju o računovodstvenom, materijalnom i financijskom poslovanju koncesionara, glede zakonitosti, svrhovitosti i pravodobnosti obračunavanja i plaćanja naknada za koncesiju te, izvršenju određenih obveza prema kreditnim institucijama. Inspektori mogu poduzimati i druge radnje propisane Općim poreznim zakonom, zakonom o općem upravnom postupku i drugim zakonima. postupak, općeg poreznog zakona i posebnih zakona, u cilju nadzora obračunavanja i plaćanja naknada za koncesiju.

Ministarstvo financija ovlašteno je pokrenuti postupak nadzora i kod onih fizičkih i pravnih osoba za koje postoji sumnja da bez dobivene koncesije obavljaju djelatnost za koju je potrebna koncesija.

Postupak nadzora nad koncesionarom odnosno osobi koja obavlja djelatnost bez dobivene koncesije provodi se, u pravilu, na temelju naloga, koji

sadržava podatke navedene u čl. 53. st. 2. ZOK. Nalog se uručuje odgovornoj osobi koncesionara. Protiv naloga nije dopušten prigovor. Iznimno, u zakonom propisanim slučajevima postupak nadzora može započeti i bez uručenja naloga.

Ako u postupku nadzora inspektor Ministarstva financija utvrdi da koncesionar nije obračunao ili je manje obračunao ili nije uplatio ili je manje uplatio naknadu za koncesiju donosi rješenje kojim nalaže uplatu utvrđene obveze. Protiv ovog rješenja dopuštena je žalba, a o njoj odlučuje drugostupanjsko tijelo u Ministarstvu financija – Samostalni sektor za drugostupanjski upravni postupak. Protiv njegova rješenja stranka može pokrenuti upravni spor pred nadležnim upravnim sudom.

10.4. Registar koncesija

Osnivanje **Registra koncesija započelo je još 2004. godine ali operativno je počeo funkcionirati tek od lipnja 2006. godine.**

U novom ZOK nanovo je i detaljnije reguliran registar koncesija. Detaljno ustrojstvo i funkcioniranje registra propisano je Pravilnikom o registru koncesija²⁸

Registar koncesija koncipiran je kao središnji izvor informacija o svim koncesijama i jedinstvena elektronička evidencija svih ugovora o koncesijama danima na području Republike Hrvatske te se u njemu prikupljaju i evidentiraju podaci iz ugovora o koncesiji i iz ostale propisane dokumentacije.

Registar vodi Ministarstvo financija ali poslove njegova vođenja može povjeriti nekoj pravnoj osobi.

Vođenje Registra koncesija znači prikupljanje i evidenciju podataka iz ugovora o koncesiji i vezane dokumentacije, pohranu podataka, upravljanje bazom podataka, osiguranje dostupnosti podacima te zaštitu baze podataka i dokumenata pohranjenih u arhivu. Registar ispunjava svoju funkciju pod pretpostavkom da su podaci u njemu ažurni i točni. Zato su zakonom i pravilnikom vrlo detaljno propisane obveze koncedenata da na vrijeme dostavljaju podatke o svim ugovorima o koncesijama i promjenama u vezi s njima. S druge strane, Ministarstvo financija je ovlašten poduzimati brojne mjere u cilju osiguranja pravovremene dostave točnih podataka.

Registar koncesija je javan. Javnim podacima smatraju se podaci navedeni u odredbi čl 57. st. 4. ZOK, a to su podaci o koncedentu i koncesionaru, datumu potpisivanja ugovora o koncesiji, roku na koji je koncesija dana, datumu isteka koncesije, vrsti koncesije, nazivu koncesije, području na kojem se koncesija obavlja, te visina i/ili način obračuna naknade za koncesiju.

²⁸ Pravilnik o registru koncesija, Narodne novine, br. 26 od 1. ožujka 2013.

10.5. Prekršajna odgovornost za naplatu naknade za koncesije

Velika novina u novom ZOK je propisivanje prekršajne odgovornosti koncedenata i koncesionara za određena činjenja odnosno propuštanja u vezi s koncesijama. To je učinjeno propisivanjem novčanih kazni za prekršaje.

Radi se o novčanim kaznama za pravne osobe i odgovorne osobe ako potpuno ili pravodobno ne naplate naknadu za koncesiju (čl. 59.), ne dostave ili ne dostave u roku Ministarstvu financija podatke potrebne radi upisa u registar koncesija (čl. 60.) te za i koncesionara odnosno odgovornu osobu koncesionara ako ne plati naknadu za koncesiju (čl. 61.). Visina zapriječene novčane kazne kreće se od 5.000,00 kuna za odgovornu osobu koncesionara koji nije platio naknadu za koncesiju do 100.000,00 kuna za pravne osobe u slučaju ne naplate naknade za koncesiju odnosno nedostavljanja podataka radi upisa u registar koncesija.

11. ZAKLJUČAK

Posljednjih nekoliko godina u Hrvatskoj vrlo je živa legislativna aktivnost u reguliranju materije koncesija. Donesena su dva tzv. krovna ili systemska zakona kojima je cilj generalno uređenje materije koncesija (2008. i 2012.). Usvojeni su brojni zakoni kojima se uređuju koncesije u pojedinim područjima ili djelatnostima. Također, doneseni su ili izmijenjeni zakoni koji su usko povezani s koncesijama: zakoni o javnoj nabavi (2007., 2008. i 2011.) te zakoni kojima se uređuje kontrola postupaka koncesija – zakoni o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (2010. i 2013.).

To pretjerano često reguliranje materije koncesija, opravdava se, u pravilu, obvezom preuzimanja sadržaja direktiva Europske unije i potrebe harmonizacije hrvatskog s europskim pravnim sustavom. Uпитno je koliko su ti razlozi relevantni. Naime, direktive EU koje se izravno ili neizravno odnose na koncesije usvojene su u razdoblju od 1989. do 2004. godine a posljednja izmjena jedne od njih potječe još iz 2007. godine. Uzroke treba tražiti na drugoj strani. Naime, ne postoji jasna i konzistentna koncepcija koncesija u nas nego je svaka nova regulacija te materije, u pravilu, plod trenutnih političkih razmišljanja, očekivanja i nada. Novi zakoni ne pripremaju se na temelju znanstvenih i stručnih podloga, uopće se ne uzima u obzir znanstvena i stručna kritika trenutnih zakonskih rješenja. ne koristi se judikatura supranacionalnih sudova (Europski sud pravde u Luksemburgu), Ustavnog suda Republike Hrvatske, Upravnog suda Republike Hrvatske (do 2011.) i trgovačkih sudova, kao ni praksa Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave. Povrh svega, pri donošenju zakona provodi se uvijek ubrzani postupak bez javne rasprave. Sve to reflektira se i na novi Zakon o koncesijama.

Zakon o koncesijama vrlo je složen zakon i u mnogim dijelovima potrebna je velik napor da se utvrdi njegov smisao. Definicije nekih ključnih instituta, npr. koncesije za javne radove, koncesije za javne usluge i koncesija s obilježjima javno-privatnog partnerstva, oslanjaju se na druge zakone (o javnoj nabavi i javno-privatnom partnerstvu) te su teško razumljivi. Još teže će biti ispravno ih primijeniti u praksi.

Zakon o koncesijama trebao bi, po naravi stvari, biti *lex generalis* kojim će se uređivati opći režim koncesija i koji će se, dakle, moći primijeniti na sve slučajeve. Specifičnosti su rezervirane za posebne zakone. No, zakonodavac o tome nije vodio dovoljno brige. Postavio je neka pravila kao opća iako je evidentno da je nerazumno da važe za sve koncesije – pa se neka pravila odnose na sve koncesije – od koncesija za iskorištavanja autocesta do onih za prijevoz pokojnika ili korištenja kupališta.

U mnogim odredbama zakona nalaze se relativno jasna pravila, ali se od njih odmah stvaraju izuzeci, a od tih izuzetaka novi izuzeci što znatno umanjuje preglednost i jasnoću.

Zakon je opterećen velikim brojem pravnih normi tehničkog karaktera. Mnogima od njih je mjesto u podzakonskim propisima a ne u zakonu. To je posljedica nepotrebnog preuzimanja sadržaja direktiva EU. Naime, sve direktive sadrže veliki broj normi tehničkog karaktera, ali se one ne moraju recipirati u zakon nego je dovoljno da budu preuzete u pravni poredak, tj i u podzakonsku regulativu. Recepcija svih odredbi pojedine direktive ima i može ubuduće imati za posljedicu potrebu promjene hrvatskog zakona ako tijela EU ili osobito Europski sud pravde određenu normu direktive drugačije protumače.

U Zakonu o koncesijama snažno je izraženo nastojanje da se na kaznički način pravnim normama urede sve moguće postojeće situacije kao i one koje bi jednog dana eventualno mogle nastati. Takvo rigidno propisivanje onemogućuje bilo kakvu interpretaciju i primjenu zakona na situacije koje zakonodavac nije i nije mogao imati u vidu. Tada će se moći samo konstatirati da se radi o pravnoj praznini.

Pretjerano je izražen zakonodavčev optimizam o potrebi i mogućnostima apsolutne centralizacije nadzora nad koncesijama, posebice naplatom naknade za koncesije koji je rezultirao nerazmjerno velikom broju normi koje se odnose na obveze koncedenata i kontrolu nad njima.

Velike i brze promjene u gospodarskim, posebno financijskim odnosima, napredak u tehnici, tehnologiji i načinima komunikacija vrlo vjerojatno će uskoro dovesti do novih regulatornih aktivnosti tijela Europske unije. To, kao i domaća judikatura, praksa Državne komisije za kontrolu javne nabave i iskustva u primjeni sada važećeg zakonodavstva o koncesijama dovest će, po mojem mišljenju, relativno brzo do potrebe izrade i donošenja novog zakona.

Dragan Medvedović

NOVELTIES IN LEGAL REGULATION OF CONCESSIONS

Summary

The paper reviews the novelties in the legal regulation of concessions on the basis of the 2012 Concessions Act. It presents the genesis of the legislative regulation of concessions from 1990 until the new 2012 Concessions Act, the grounds for new legal regulation, the course of adoption of the new act and its structure. It offers a critical analysis of the provisions of the Act which regulate the types and subject matter of concessions, preparatory actions, procedure for granting concessions, concession agreements, policy of concessions and supervision of performance of the concessionaire's obligations.

Keywords: concession, grantor of the concession, concessionaire, public procurement, administrative act, concession agreement, legal protection

Prof. dr. sc. Mihajlo DIKA*

UDK 347.952 (497.5)

OVRŠNI ZAKON IZ 2012. - BITNE NOVINE, POSEBNO KOD OVRHE NA SREDSTVIMA NA OVRŠENIKOVIM RAČUNIMA

U radu se nastoji dati opći pregled novina koje su Ovršnim zakonom iz 2012. unijete u hrvatski ovršnopравни sustav. Pritom se posebna pozornost poklanja ovrši na novčanim tražbinama ovršenika po računu kod banke. Ta je ovrha pretrpjela najviše promjena u usporedbi sa sustavom prema Ovršnom zakonu iz 1996. Istaknute su i bitne novine koje su u novi ovršnopравни sustav unijete u odnosu na javnobilježničko određivanje ovrhe na temelju vjerodostojne isprave, te one koje se tiču uređenja fiducijarnog osiguranja. Naznačene su i neke projekcije de lege ferenda.

Ključne riječi: ovrha, novčana tražbina, javnobilježnička ovrha

I. UVOD

Republika Hrvatska svoj prvi Ovršni zakon nakon državnopravnog osamostaljenja donijela je 1966.¹ Taj je zakon u bitnome slijedio koncepciju uređenja ovršnopravnog sustava ustanovljenog bivšim saveznim Zakonom o izvršnom postupku iz 1978.,² koji je Republika Hrvatska preuzela 1991.,³ a koji je predstavljao pojednostavljenu i «funkcionaliziranu» verziju Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 1930.,⁴ prilagođenu specifičnostima tadašnjega socijalističkog državnopravnog uređenja. Bitno je obilježje ovršnopravnog sustava prema OZ 96 bilo da je to bio sustav sudske ovrhe - sudovi su bili nadležni određivati i provoditi ovrhu

* Mihajlo Dika, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

¹ NN 57/96., 29/99., 42/00 – odluka Ustavnog suda, 173/03, 194/03-isp., 151/04., 88/05., 121/05. i 67/08; OZ 96.

² SL SFRJ 20/78., 6/82., 74/87, 57/89, 20/90, 27/90.

³ NN 53/91.; ZIP 91.

⁴ Kojim je zapravo u Kraljevini Jugoslaviji bio preuzet austrijski Exekutionsordnung iz 1896., koji se do tada primjenjivao samo na području Slovenije i Dalmacije.