



Топлички центар
за демократију
и људска права



Шведска
Sverige

ЈАВНО О ЈАВНИМ ПОЛИТИКАМА

ЈАВНО О ЈАВНИМ ПОЛИТИКАМА

ЈАВНО О ЈАВНИМ ПОЛИТИКАМА

Издавач

Топлички центар за демократију и људска права, Прокупље
www.topcentar.org.rs

За издавача

Драган Добрашиновић

Уредник

Драган Добрашиновић

Лектор

Драган Огњановић

ISBN 978-86-89227-17-8

Тираж

1.000 примерака

Припрема и шtamпa

Досије студио, Београд

Ова публикација је део пројекта „Грађански за демократске реформе: јавно о јавним политикама – гласно против корупције“ који је реализован у партнерству са Београдском отвореном школом у оквиру Програма подршке цивилном друштву и медијима у области европских интеграција, уз подршку Краљевине Шведске.

Топлички центар за демократију
и људска права

ЈАВНО О ЈАВНИМ ПОЛИТИКАМА

Прокупље 2017.

Садржај

Драјан Добрашиновић

Јавно о јавним политикама – гласно против корупције 7

Мирослав Прокојијевић

Проширење, преговори, изговори и јавне набавке
далеко од петице 13

Миодрај Милосављевић

Поглавље 5 – како до затварања преговора? 28

Тойлички центар за демократију и људска љрава

Проблеми у примени Закона о јавним набавкама
са предлозима за измене најважнијих одредби 41

Драјан Добрашиновић

ЈАВНО О ЈАВНИМ ПОЛИТИКАМА – ГЛАСНО ПРОТИВ КОРУПЦИЈЕ

Процес преговора о приступању једне земље Европској унији је сложен, дуг и за оне који у њему не учествују, прилично заморан и досадан. То, разуме се, не значи да не може бити још сложенији и дужи, а за оне који у њему не учествују још заморнији и досаднији. У нашем случају, управо је то случај.

Не само да цела ствар око евентуалног приступања Србије ЕУ траје предуго, праћена континуираним и погрешним лицитирањима о години или деценији пуноправног чланства, него се и држава поштено потрудила да круг оних којима је овај процес заморан и досадан буде што је могуће шири. Срећна је околност што су они који у овом процесу статирају само грађани Србије, њих око седам милиона, па ја самим тим штета у потпуности стављена под контролу и неутралисана.

Док преговарачи преговарају на миру, без притиска јавности и нарушавања преговарачке интиме, за шта заслуге сносе обе преговарачке стране, надлежне институције предано и неометано раде на усклађивању законодавства са правним тековинама Европске уније (тзв. *Acquis Communautaire*). Тако се нетранспарентност, као један од основних постулата политичког живота у Србији, сасвим удобно сместила и у сам преговарачки процес.

Но добро, како год било, начин на који се преговори одвијају грађане и представнике организација грађанског друштва не обавезује на ћутање и пасивно посматрање њиховог тока. Ово се још више односи на процес креирања јавних политика, стратегија и законског оквира. Колико год да су покушаји и повремене излети дела грађанског друштва и стручне јавности аутсајдерски и унапред прежаљени, њихово

постојање би могло бити лековито за друштво и опомињуће за доносиоце одлука.

Текстови који су пред нама и рад који је за нама представљају један такав покушај. Топлички центар за демократију и људска права је у оквиру пројекта „Грађански за демократске реформе: јавно о јавним политикама – гласно против корупције“ који је реализован у партнерству са Београдском отвореном школом уз подршку Краљевине Шведске, израдио анализу Закона о јавним набавкама¹ са предлозима за измену одредаба чија је примена у досадашњој пракси отежана, као и оних одредаба које нису у потпуности усклађене са домаћим законодавством и прописима Европске уније, као и анализу преговарачког контекста и преговарачке позиције Републике Србије у овој области.

Јавне набавке чине важан део правних тековина ЕУ и обухваћене су посебним поглављем које носи број 5. Овим поглављем су, поред јавних набавки, обухваћене и концесије и јавно-приватна партнерства. Значај јавних набавки огледа се у чињеници да од начина на који је постављен и функционише систем, у огромној мери зависи квалитет живота грађана, али и динимика и токови економских активности.

Поглавље 5 отворено је на Међувладиној конференцији о приступању Србије ЕУ која је одржана 13. децембра 2016. Отварање Поглавља 5 засновано је на оцени Европске комисије да је регулатива у области јавних набавки у Србији у великој мери усклађена са правним тековинама ЕУ, као и да је Србија учинила значајан напредак у јавним набавкама и реформама у овој области. У мерилима за затварање Поглавља 5 садржаним у Заједничкој позицији ЕУ, истакнуто је да је потребно да се изврши пуно усклађивање регулативе о јавним набавкама и концесијама и јавно-приватном партнерству са важећим директивама. Посебну пажњу потребно је посветити примени регулативе у пракси и то на свим нивоима власти, како на централном, тако и на локалном.

1 Анализа свих одредби Закона са предлозима за измену доступна је на интернет страници http://www.nadzor.org.rs/predlog_zajmenu_zjn.htm.

Због свега наведеног, Влада Републике Србије је донела Стратегију развоја јавних набавки у Републици Србији за период 2014–2018. година, којом је предвиђено даље усклађивање прописа у области јавних набавки с директивама ЕУ, што подразумева и доношење новог Закона о јавним набавкама у 2017. години, којим ће се законодавство из ове области у Републици Србији у потпуности ускладити са законодавством ЕУ.

Рад на изради новог Закона о јавним набавкама је у току, али је лишен и минимума транспарентности, чиме су заинтересовани актери, стручна јавност и грађанско друштво у потпуности искључени из овог важног процеса.

Анализирајући актуелни Закон о јавним набавкама и праксу која из њега проистиче, Топлички центар за демократију и људска права је утврдио постојање значајних проблема у његовој примени. Известан број одредаба Закона су толико нејасне и без конкретних санкција (које би им омогућиле примену) или су у великој мери непримењиве због неусклађености са осталим прописима у правном систему Републике Србије, да су довеле до тога да многи институти које уређује тај закон никада од усвајања Закона нису примењени (рецимо, ниједан прекршајни поступак није спроведен, Републичка комисија није изрекла нити једну новчану казну, правила о борби против корупције и спречавању сукоба интереса готово да се не примењују). Поред наведеног, постоји више него очигледна потреба да се одређене одредбе у знатној мери редефинишу како би биле појашњене и како би се омогућила њихова реална примена у пракси. Све то озбиљно угрожава систем јавних набавки и чини га неефикасним, неекономичним и у великој мери подложним корупцији, на шта су антикорупцијске организације грађанског друштва указивале претходних година.

Све наведено смо, као представници грађанског друштва, заинтересовани за заштиту и очување јавног интереса, имали у виду приликом израде ове анализе и управо због тога смо настојали да предложимо измене важећих одредаба и садржину неких нових (које ће заједно бити део новог Закона о јавним

набавкама) тако да буду јасне, примењиве и у највећој могућој мери усклађене са прописима Европске уније.

Основне **препоруке** за измену појединих одредаба Закона о јавним набавкама које су проистекле из анализе су:

- Сузити круг изузетака од примене Закона о јавним набавкама, а поједине изузетке редефинисати и ускладити са директивама ЕУ.
- Омогућити грађанском надзорнику да поред надзора над поступком јавне набавке врши надзор над реализацијом уговора.
- Дати грађанском надзорнику овлашћење да, поред подношења захтева за заштиту права, подноси и друге иницијалне акте за покретање поступака, пре свега, подношење тужбе за утврђење ништавости уговора и подношење захтева за покретање прекршајног поступка.
- Обавезати наручиоце да пре доношења одлуке о покретању преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда објаве на Порталу јавних набавки свој захтев Управи за јавне набавке за давање мишљења, релевантне доказе о оправданости ове врсте поступка, као и само мишљење Управе за јавне набавке.
- Обавезати наручиоце да објављују процењену вредност набавке у плановима набавки.
- Укинути обавезу наручиоцима да поред плана интегритета доносе и посебан план за борбу против корупције у јавним набавкама с обзиром да је то дуплирање административних обавеза које не доприноси ефикаснијој борби против корупције у јавним набавкама.
- Прописати обавезу за Републичку комисију да поштује раније донете одлуке у истим или сличним стварима. У случају да се догоди да је потребно донети другачију одлуку него у ранијим истим или сличним ситуацијама, Републичка комисија би морала да буде дужна да о томе донесе и објави на својој интернет страници

начелни правни став којим се мења дотадашња пракса у одлучивању.

- Прописати да наручиоци у случају поднетог захтева за заштиту права могу да наставе са активностима у поступку јавне набавке искључиво уз претходну сагласност Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки.
- Увести правило да је у поступцима јавних набавки чија је вредност преко милијарду динара (када поступак надзире грађански надзорник) усмена расправа пред Републичком комисијом за заштиту права у поступцима јавних набавки обавезна, те да истој присуствује и грађански надзорник.
- Скратити рокове у управним споровима и одредити краћи рок Управном суду за доношење одлуке у управним споровима у поступцима јавних набавки, како би се целокупна судска контрола законитости одлука Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки брже одвијала и окончала пре него што буде неблаговремена у односу на период реализације конкретног уговора о јавној набавци.
- Проширити круг лица која имају активну легитимацију за покретање управног спора.
- Прописати да прекршајни судови воде прекршајне поступке у првом степену за прекршаје дефинисане Законом о јавним набавкама уместо актуелног решења да прекршајне поступке води Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки.
- Избрисати члан 162. (Новчана казна), а разлоге за изрицање новчаних казни дефинисати као нове прекршаје и о њима одлучивати у прекршајном поступку.
- Проширити круг разлога за ништавост уговора о јавној набавци.

Анализу Закона о јавним набавкама и стања у овој области, као и текстове који су пред читаоцима, Топлички центар

за демократију и људска права ставља на разматрање и јавну дебату стручној јавности, грађанском друштву, заинтересованим актерима, надлежним институцијама и грађанима Србије, у нади да понуђени предлози представљају добру основу за критичко преиспитивање и промишљање најбољих могућих решења за унапређење стања у јавним набавкама – области у којој је у претходним годинама исказан и о трошку грађана Србије реализован висок коруптивни потенцијал.

Прокупље, септембар 2017. године

Мирослав Прокојијевић

ПРОШИРЕЊЕ, ПРЕГОВОРИ, ИЗГОВОРИ И ЈАВНЕ НАБАВКЕ ДАЛЕКО ОД ПЕТИЦЕ

Увод

Политика проширења деценијама је била једна од најзначајнијих и најуспешнијих политика Европске уније (ЕУ). Серија криза у Унији изгледа није заобишла ни политику проширења. Али без обзира на то, изгледа да се неки послови око проширења обављају као да је све у реду. То су они послови који могу да се одвијају и у ситуацији када је проширење привремено обустављено, који дуже трају и који не повлаче непосредно друге кораке од стране Уније. Преговори о проширењу трају годинама, па могу да се одвијају у оваквом политичком вакууму, мада би боље било када би ситуација у ЕУ била нормална, јер би то подстицало и саме преговоре. Овако, проширење је формално обустављено до 2020, а за касније ће се видети, што свакако не подстиче саме преговоре о чланству. Још горе, преосталим не-чланицама са Балкана Унија стално нуди неке програме који могу да се схвате као замена за проширење. Коначно, множе се проблеми и кризе у Унији (мигранти, евро, дугови, брегзит...), који наизглед немају директне везе с проширењем, али га индиректно практично онемогућују, зато што проширење има мало смисла у светлу тако значајних проблема у Унији. Постојање таквих криза и проблема увек је довољно добар алиби да се проширење одложи. Овде ћемо оставити по страни да ли ће се, како и када ти проблеми решити и погледаћемо како прилике у Србији стоје са једном од важнијих тема, као што су јавне набавке, када је у питању припремљеност земље за улазак у Унију.

Опште стање преговора

Кључни корак једне земље ка уласку у ЕУ састоји се у закључењу преговора о чланству, који су тематски подељени у одговарајућа поглавља (енг. *chapters*). Некада је тих поглавља било петнаестак, данас их је чак 35. Сва проширења Уније на земље Источне Европе одвијала су се према овом броју поглавља и зато се она рачунају у једно, пето или „источно проширење“, без обзира да ли је до њега дошло 2004, 2007, 2013. или ће до њега тек доћи после 2020.

До јесени 2017. Србија је отворила преговоре о десет поглавља: 32 (финансијски надзор), 35 (остало, укључујући статус Косова), 23 (правосуђе), 24 (правда, слобода и безбедност), 5 (јавне набавке), 25 (наука и истраживање), 20 (предузетништво и индустријска политика), 26 (образовање и култура), 7 (право интелектуалне својине) и 29 (царинска унија). Ниједно поглавље још није „привремено закључено“, што је обично сигнал да су преговори у вези њега окончани, изузев ако не дође до неког већег погоршања у земљи кандидату. У том случају се то преговарачко поглавље поново активира. У поређењу са Црном Гором¹ Србија далеко заостаје у преговорима. Са осталим кандидатима (Турска, Македонија) Србију је тешко поредити, пошто су преговори Уније са тим земљама отворени давно, да би касније из разних разлога били суспендовани. Као што је већ добро познато, преговори се не одвијају у духу дословног схватања те речи, него иду индиректно и папиролошки, путем снимања стања на неком пољу, дефинисања преговарачке позиције, одређивања шта и до када земља кандидат треба да учини, итд.

Нека преговарачка поглавља су тешка за земље кандидате зато што могу изискивати испуњавање услова који у самој

1 Поређења ради, до истог времена Црна Гора је отворила 28 поглавља, од којих је три привремено затворила. Од седам преосталих поглавља, два се неће ни отворати (34. институције и 35. остало), а пет чека отварање (2. слобода кретања радне снаге, 3. право оснивања предузећа, 17. економска и монетарна унија, 27. животна средина, 8. конкуренција).

земљи представљају велики проблем, а друга су тешка јер се тичу поглавља која су технички врло компликована, што обично значи обимну регулацију и промену или већу корекцију преовлађујућих навика и пракси у будућим чланицама. У досадашњим преговорима се већ искристалисало да су највећи проблеми око услуга (4), јавних набавки (5) и правосуђа (23). Услуге су проблем не само због њихове ширине, него и зато што се углавном производе и троше на територији исте земље, што је практично имплицитни позив да се привилегују домаће фирме. А привилеговање било којих, па и домаћих фирми је супротно идеји заједничког тржишта, јер оно подразумева једнак третман свих привредних актера на читавом тржишту. Правосуђе је, опет, проблем због његове зависности од извршне власти, због неефикасности и високог нивоа корупције. Коначно, јавне набавке су проблем и због њиховог обима и разноврсности и због тога што се укрштају са неким другим питањима, као што су ниво корупције у друштву, независност регулаторних тела и судства, интереси група на власти, итд. У преосталом делу биће говора само о јавним набавкама.

Јавне набавке

Јавне набавке (енг. *public procurement, government procurement*) је збирно име за све набавке роба, услуга или радова од стране јавног сектора. Јавне набавке се тичу куповина од стране државе и њених установа, агенција, фирми, итд. Због тога је обухват појма јавне набавке огроман, а средства која су у игри енормна. Услови које је у овој сфери потребно да испуни земља кандидат за чланство у Унији дефинисани су регулативом која је формално сврстана у поглавље бр. 5. Уобичајено је да пре отварања и пре почетка формалних преговора о сваком од 35 поглавља обе стране у преговорима везаним за дато поглавље дефинишу своје позиције. Влада Србије (2016) је то учинила у огромном документу од преко 100.000 карактера, а ЕУ у сопственом који је двадесетак пута краћи. Процес „преговора“ о

5. поглављу се не одвија пред очима јавности, што важи и за друга поглавља, али се о његовом току и проблемима може дознати из годишњих извештаја ЕУ и повремених саопштења две стране. Пошто не постоји никакво унапред дефинисано време колико „преговори“ о појединим поглављима могу трајати, може се очекивати да најдужи и најкомпликованији буду управо преговори у поглављима која су сложена и где су у игри велики улози, а то значи и крупни интереси.

Јавне набавке задовољавају све те услове који обично воде дугим и компликованим преговорима, јер су повезане са скоро свим аспектима функционисања државе, врло су испреpletене са формалним и неформалним правилима датог друштва, а изнад свега – набавке се тичу огромних средстава, па тиме и веома снажних интереса. О њиховој важности може се закључити већ на основу тога што јавне набавке у земљама ЕУ спадају у два највећа издатка јавних финансија, скупа са државним пензијама. Према подацима *Евросџајта* земље ЕУ троше 6–20% њихових националних доходака на јавне набавке. Разлике су огромне међу чланицама у погледу учешћа јавних набавки у националном доходу. Најмање издатке за јавне набавке у Унији имају Кипар 6,0%, Ирска 8,8% и Португал 9,9%; с друге стране су Холандија 20,4%, Финска 18,2%, Шведска 16,3%, Немачка 15,1% и Француска 14,9%, које су на врху листе Уније према вредности набавки у односу на национални приход (БДП). Просек издатака за јавне набавке у ЕУ28 у 2015. години износио је 13,8% од укупног дохотка Уније, што одговара суми од 1924 милијарде евра.² На пет већих чланица (Немачка, Француска, Шпанија, Пољска и УК) отпада око 75% јавних набавки у ЕУ, док преостале 23 земље учествују само са 25%. Издаци транзиционих земаља за јавне набавке су на нивоу просека ЕУ или чак нешто изнад: Словачка 14,7%, Естонија 14,1%, Чешка Република 13,9%, Хрватска и Словенија по 13,5%.³

2 Уп. European Commission 2016, с. 8, 9. У наведене износе нису урачунате набавке које се тичу комуналних услуга (енг. utilities).

3 Ibid. с. 9.

У анализи базираној на девет показатеља који мере нека осетљива питања јавних набавки, као што су нпр. колико се пута појављује само један понуђач, колико пута се набавка обавља без објављивања јавног позива за подношење понуда, која је стопа објављених случајева, који је број критеријума (цена), колико је учешће заједничких набавки за више јавних набављача, која је брзина одлучивања, итд, Европска комисија је све земље чланице ЕУ сврстала у три категорије. (1) Земље где се регулатива Уније поштује 90% и више (Шведска, Финска, Данска, Пољска, Литванија, Естонија, УК, Француска, Луксембург и Белгија); (2) Земље где се регулатива поштује 80–90% (Ирска, Холандија, Немачка, Летонија, Аустрија, Португал); (3) И земље где се регулатива поштује мање од 80% (Шпанија, Кипар, Мађарска, Малта, Чешка Република, Словачка, Словенија, Румунија, Бугарска, Грчка и Хрватска).⁴ Генерални резултати су у целини више него оптимистични, тј. приказују стање значајно бољим него што оно јесте. Посебно је проблематична јавна набавка услуга, за које се генерално сматра да су најслабија карика заједничког тржишта.

Према проценама Европске комисије коју је износила у годишњим извештајима, у Србији су јавне набавке практично трећи највећи издатак јавних финансија, после пензија и плата запослених, те су 2012. износиле 8,5% националног дохотка, 2013. 6,8%, 2014. 7,7% и 2015. 8,9%. Иако је у Србији удео јавних набавки у националном дохотку нижи од скоро свих чланица ЕУ (сем Кипра и Ирске), средства су изузетно велика и отуда је важно како ће она бити употребљена. Ако је удео набавки у Србији 8% од БДП, онда то одговара апсолутном износу од око 2,8 милијарди евра.

Пошто регулатива ЕУ представља стандард за успоставање система јавних набавки и у Србији, најлогичније је погледати како Европска комисија, као надлежно тело Уније,

4 Уп. European Commission 2017. Истраживање има много ограничења, али је ипак нека информација. За више детаља послужити се линком наведеним у Литератури.

види степен усаглашености Србије у овој сфери са решењима у Унији. Могуће би било позивати се на процене и неких других организација и аутора или, пак, развијати сопствени суд и виђење. За тим углавном нема потребе, из неколико разлога. Прво, оцене других аутора и институција не би биле много другачије од онога како изгледају према тумачењу Европске комисије. То другим речима значи, да је процена Комисије релативно тачна, уравнотежена и свеобухватна. То не значи нужно слагање са свим њеним појединим акцентима, редоследом величине проблема и нијансама у формулацијама. Могући су и други углови и другачији акценти у односу на оне које подвлачи Комисија, али су њена тумачења довољно добра као полазиште анализе на пољу јавних набавки у Србији. Уосталом, за даљи развој преговора неке земље кандидата о будућем чланству у Унији одлучујуће је шта мисле тела Уније, попут Комисије, а не шта мисле друге институције, фирме или академски истраживачи.

О томе какве су оцене Европске комисије о стању на појединим пољима у земљама кандидатима можемо дознати из „годишњих извештаја“ које она припрема. Пошто се у извештајима разматра стање у свих 35 поглавља, сваком од њих је посвећено релативно мало простора. Јавне набавке у њима обично добијају 1,5 до две странице. Иако се извештаји Комисије (за 2012, 2013, 2014. и 2015.) тичу различитих година, проблеми који се наводе се практично понављају из године у годину уз веома мале варијације.

Процена стања јавних набавки

Извештаји Европске комисије о стању јавних набавки у земљама кандидатима имају квантитативни и квалитативни део. Квантитативни део доноси податке о кључним показатељима јавних набавки који се могу приказати бројчано или уз помоћ статистичких метода, као што су учешће набавки у БДП, просечан број понуђача на тендерима, укупан број на-

бавки, број жалби Комисији за заштиту права понуђача, број поништених поступака набавки, степен бројчане попуњености независних тела која се баве набавкама запосленим одговарајућих квалификација, број нерегуларности и кршења закона, број процесуираних случајева, исход процеса, итд. Квантитативни показатељи за неку земљу се поправљају ако се прате сукцесивни извештаји из године у годину. Услед тога они делују оптимистично, а та „ружичаста слика“ доста избледи када се квантитативна оцена упореди са квалитативном.

Квалитативни део доноси описне и вредносне оцене везане за стање јавних набавки у појединим сегментима, поступцима или пракси. Иако је он мање егзактан а више субјективан од квантитативног дела, овај део је много информативнији за схватање стања у некој области у датој земљи. У извештајима се помињу само одабрана питања, формулације су најчешће врло кратке, често непотпуне, најчешће нису аналитичког већ су описног и вредносног типа, а понекад су и неодређене, што може бити повод различитих тумачења. Понекад и није јасно шта и како тачно треба урадити да би се ствари поправиле. Али без обзира на сва та ограничења, квалитативни део је ударни када је реч о стању на пољу јавних набавки или било ком другом у некој земљи.

Главни проблем: усаглашавање са регулативом Уније

Који су највећи проблеми које Комисија ЕУ види у Србији у вези јавних набавки? Као што ће се видети, њих је неколико, а главни међу њима је везан за питање усаглашености регулативе.

Захтев на коме Европска комисија највише инсистира јесте потпуно усклађивање законске регулативе о јавним набавкама у Србији са решењима у Унији.⁵ То изазива недоумицу, да ли можда Комисија другачије види овдашње стање, пошто

5 Више о томе на сајту https://europa.eu/european-union/business/public-contracts_en

они који у Србији прате ово поље углавном нагињу томе, да је највећи проблем нису закони, већ њихова примена. Као посебно велики проблем сматра се корупција, којом је дубоко прожет читав систем јавних набавки у Србији. На основу искустава са усклађивањем регулативе у другим чланицама према стандардима ЕУ, објашњење за инсистирање Уније на усвајању регулативе није несхватљиво. У фазама приближавања Унији тела те асоцијације инсистирају да кандидати и нове чланице прихвате регулативу Уније, иако су у тим телима свесни да је велики јаз између њеног прихватања и спровођења. Али, без обзира на то, у тим раним фазама се инсистира на прихватању регулативе, како би се касније акценат могао померати ка њеном спровођењу. Притисак тела Уније везан за спровођење регулативе био би лишен основе, ако земље не би имале неке важне одредбе из европске регулативе у својим законима.

Када је у питању ниво усклађености регулативе о јавним набавкама у Србији са решењима у Унији, у извештајима Европске комисије се констатује да генерална усаглашеност постоји, али се наводи и неколико питања где она тек треба да се постигне. Једна од ствари су изузећа за сектор одбране и безбедности, где се Србија још ослања на решења из бивших времена, када су власти гледале да сакрију што више чињеница које су везане за ове области, и то не само оне које имају неку директну релеванцију за одбрану, него и оне које се одбране индиректно тичу, као што су јавне набавке. Та навика се споро мења и данас, тако да је изједначавање услова спровођења јавних набавки у сфери одбране и безбедности са осталим јавним набавкама једно од поља где се решења могу највише унапредити. Слично важи и за недовољну усаглашеност регулативе у Србији са оном у ЕУ у вези неких других питања, као што су позитивна дискриминација домаћих добављача у односу на иностране – раније је било допуштено да домаћи добављачи могу бити скупљи до 20% од цене набавке у односу на иностране добављаче, сада је то само 5%. Од других посебних области јавних набавки као проблем се истиче домен комуналних услуга и концесија. Та два проблема нису неповезана, јер су

концесије често добро решење за боље функционисање јавних услуга. Комисија указује да је у новије време поништен велики број поступака спровођења концесија.

Корупција: други кључни проблем

Када су у питању проблеми примене постојеће регулативе у Србији, они се у годишњим извештајима углавном понављају из године у годину. Ако се по страни остави усаглашавање, први следећи међу њима према свим годишњим извештајима за Србију у периоду 2012–2015. јесте висок ниво корупције. То је и очекивано када је у неком друштву висок ниво корупције, као што је то случај у Србији. Из извештаја *Transparency International* (ТИ) о нивоу корупције у земљама света⁶ познато је да се Србија обично налази на крају прве половине листе у односу на укупан број ранжираних земаља. Ниво корупције у Србији се према оцени ТИ незнатно поправио у односу на период око 2000. године или пре тога, али је он још увек врло висок, практично на нивоу неких афричких и азијских земаља.

Извештаји Европске комисије о стању јавних набавки и проблему корупције директно или индиректно сугеришу, да се побољшања на овом пољу очекују од веће усаглашености са регулативом ЕУ, пошто она иде у правцу детаљнијих правила спровођења јавних набавки и смањивања дискреционе моћи оних који доносе одлуке о тендерима и набавкама. То има основа, и у том правцу иде и један број предлога за побољшање Закона о јавним набавкама који потичу од Коалиције за надзор јавних финансија.⁷

6 Погледати годишње извештаје светске централе ТИ под насловом *Global Corruption Report*. Рецимо, 2016. године, од 176 земаља света Србија је била рангирана као 72, уз индекс 42. Индекс 100 значи да уопште нема корупције, индекс 0 да је корупција свеопшта. Пре петнаестак година Србија је имала индекс који се кретао 30–35 индексних поена. Уп. *Transparency International* 2017.

7 Уп. Коалиција..., 2017. Радна верзија.

Европска комисија сугерише још неке могућности сузбијања корупције у домену јавних набавки. То су мере попут доследније примене закона, већег броја понуђача на тендерима, као и већег коришћења других институционалних могућности (жалбе, поништавање тендера, истрага, процесуирање, итд.). Да би се стање поправило, потребно је спровести и опште мере у сузбијању корупције у друштву. Оне су углавном везане за подизање цене за акта корупције, што углавном зависи од степена независности судства. Нека од специфичних побољшања постићи ће се ако се цена буде узимала као кључни критеријум трансакција, ако се повећа број понуђача по расписаном тендеру, ако се обави пажљивији избор тендерских и конкурсних комисија, ако се врши бољи надзор и контрола поступака јавних набавки, и на крају – ако се поведе активнија казнена политика према прекршиоцима закона у сфери јавних набавки. За разлику од погледа из Европске комисије, која сматра да је то тек други највећи проблем, корупција у Србији је према мишљењу домаћих аутора стварно велики, а можда и највећи проблем јавних набавки.

Друга питања

Европска комисија у њеним годишњим извештајима има и низ других сугестија за побољшање функционисања система јавних набавки у Србији. Ево прегледа неких од важнијих.

Потребно је повећати конкурентност у поступцима јавних набавки. Мали је број понуђача на тендерима – нешто испод 3. Просечан број понуда по одабраним годинама био је 2,6 у 2014, а 2,9 у 2015. Такође је потребно побољшати надзор процеса спровођења јавних набавки у свим његовим фазама. Потребно је да већу улогу добије Комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки. Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки примила је 2014. 35% захтева више него 2013. Иста комисија донела је 2014. 2702 одлуке у поређењу са 1966 одлука током 2013 – каже се у извештају

Европске комисије за 2015. На истом месту се каже да су поступци јавних набавки делом или потпуно поништени 2014. у 1336 случајева.

Потребно је повећати и транспарентност процеса јавних набавки. То подразумева јавност у раду тендерских комисија, јавно објављивање поступака, укидање поступака јавних набавки без претходног јавног обавештавања, итд.

Европска комисија истиче да је потребно и повећати ефикасност јавних набавки. То се односи на што нижу цену спровођења самог поступка набавки у односу на вредност добара и услуга који се купују (набављају).

Потребно је што више ограничити праксе јавних набавки које одступају од законских прописа. Избегавање закона у спровођењу јавних набавки повећава могућности злоупотребе средстава и корупције.

У последњој групи сугестија за побољшање стања у сфери јавних набавки у Србији, Европска комисија наводи побољшање компетентности надлежних тела, њихову нормалну попуњеност и функционалност, обуку кадрова⁸ за тендерске комисије, итд. Европска комисија изричито истиче да је потребно смањити институционалне слабости Управе за јавне набавке и Комисије за заштиту права у поступку јавних набавки. Потребна је и додатна обука нових сертификованих службеника за поступке јавних набавки у организацијама, установама и фирмама јавног сектора.

Европска комисија сматра да је недовољна сарадња Управе за јавне набавке, Државне ревизорске институције (ДРИ), Комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, тужилаштва и судова, што за последицу има слаб притисак јавности и казнене политике на актере јавних набавки.

Европска комисија очекује и побољшање квантитативних показатеља, као што су попуњеност и број запослених у

8 Тако нпр. Европска комисија истиче у извештају за 2015. да је претходне 2014. обављена обука 890 запослених за рад у тендерским комисијама, а у извештају за 2016. се каже да је 2015. обављена обука још 958 запослених.

контролним телима, више сертификованих службеника, већи број поништених нерегуларних поступака набавки, повољнији извештаји ДРИ о обављеним набавкама, мањи трошкови поступка спровођења набавки. Комисија очекује и да ће у Србији ојачати капацитет управних судова за решавање компликованијих случајева везаних за јавне набавке.

У неким квантитативним показатељима Европска комисија види и побољшања стања у сфери јавних набавки у Србији. Тако Комисија налази да је временом опао трошак преговарачких поступака набавки у односу на износ набавки. У 2013. био је 17%, 2014. око 5%, а 2015. само 4%. Такође је смањен удео неправилности у поступцима јавних набавки: према контроли ДРИ неправилности су смањене са 45,8% у 2014, на 27,9% у 2015. Смањен је и број поступака без претходног обавештавања на 4% у првој половини 2014, у односу на 24% у 2012.

Општи утисак је да су квантитативне оцене Европске комисије о стању јавних набавки у Србији нешто повољније од квалитативних. Квалитативне оцене су, опет, распршене у мноштво разних ставки, тако да немају фокус. За разлику од погледа из Европске комисије, поглед на јавне набавке из Србије био би много више фокусиран на корупцију. Позади на и успореног усвајања европске регулативе у Србији и њене недоследне примене, и намерног кршења закона о јавним набавкама и других прекршаја и злоупотреба нема сврхе, ако се из вида изгуби корупција. Корупција је душа јавних набавки у Србији. Да није ње, све слабости у сфери јавних набавки у Србији би се сводиле на лењост администрације са једне, а нестручност у спровођењу правила са друге стране. То би можда и био случај да не постоји могућност да се јавне набавке искористе за лично богаћење. А ту прилику представници власти и администрације савршено разумеју. Зато јавне набавке у Србији личе на „алајбегову сламу“ – нешто што нема власника и што свако коме се укаже прилика може узимати колико му воља. Тек се чине први важнији кораци да се етаблира грађанин као власник јавних фондова и да се успоставе ефикасни институционални механизми који ће довести до рационалног

коришћења тих средстава. Без промене става и интересовања грађана за јавне фондове не може бити стварних и озбиљних побољшања ни у сфери јавних набавки.

Закључак

Јавне набавке су изузетно значајан сегмент јавног сектора, ако ни због чега другог оно због околности да се за њих у скоро свакој земљи троши више него за било коју другу сврху и зато што се тичу роба и услуга од којих зависи квалитет живота огромног броја људи. Од квалитета обављања јавних набавки практично зависи и функционисање државе и квалитет живота свих грађана. Тамо где су у игри тако велика средства, као што је случај код јавних набавки, постоје велике могућности за злоупотребе разних врста. У зрелијим и боље уређеним демократијама, као што је већина старих чланица ЕУ, одавно су постали свесни и важности и ризика који су повезани са јавним набавкама, па су зато контролни и казни механизми у овој сфери давно успостављени. Елементарни проблеми корупције и других неправилности су захваљујући томе одавно решени. Са стварањем заједничког тржишта појавио се нови проблем. Пре настанка заједничког тржишта све владе су настојале да што више јавних набавки реализују са домаћом привредом, што је био један од начина да се та привреда подстакне. Зато су после настанка заједничког тржишта највећи проблеми били управо у сфери јавних набавки, посебно у сфери услуга. Отуда је врло снажан притисак из надлежних тела ЕУ да се стање на пољу јавних набавки унапреди код нових чланица и земаља које су кандидати за чланство, како се не би понављали проблеми који су у другим земљама већ виђени или како би се бар скратило време у коме се они појављују.

„Поглавља“ везана за јавне набавке (5) и правду (23) се зато међу првима отварају у процесу преговора о приступању, а обично се последња затварају. Тако је било у случају ранијих кандидата за чланство, а то се понавља и на примеру данашњих

кандидата, попут Србије или Црне Горе. Србији у погледу поправљања стања у сфери јавних набавки предстоји врло дуг пут. Разлог за то је бар двострук: прво, у земљи је у овој сфери до скоро владао велики неред; друго, Србију као земљу карактерише врло висок ниво корупције. Притисак који долази из Уније, а чији је циљ да се у Србији значајније унапреди стање на пољу јавних набавки изузетно је користан. Он сигурно неће довести до тога да стање у Србији брзо постане налик зрелим демократијама, али ће убрзати активности везане за побољшања и регулативе и праксе. Без притиска споља који су условљени евентуалним будућим чланством земље у Унији стање би још дуго остало врло лоше.

Странци могу помоћи, али не могу обавити не само читав посао, него ни његову већину. Да ли ће и када побољшања бити, колика ће она бити, то на одлучујући начин зависи од инсајдера, тј. од грађана једне земље, њихових установа и удружења. У крајњој линији једино и има смисла да предлози за побољшања и кораци да се она спроведу зависе од оних на чију судбину ће утицати и та побољшања и одабране политике за њихово спровођење. Побољшања неће бити без великог и систематског притиска грађана на политичаре и администрацију преко одговарајућих установа, јер се власти неће одрећи злоупотреба док на то не буду приморане. Не силом, већ ценом коју би морали да плате за наставак лоших пракси. Кључни елементи те цене би били у немогућности избора, рецимо зато што бирачи неће да гласају за корумпиране, већ траже политичаре чистих руку. Ако се ипак неки неваљалац провуче и буде изабран, он мора рачунати да је ризик казне велики.

Литература

- Auriol, E. (2006) *Corruption in procurement and public purchase*, **International journal of industrial organization**, год. 24, бр. 5, с. 867–885.
- Dimitri, G., Piga, G. & Spagnolo, G. (Eds)(2006) **Handbook of procurement**, Cambridge, USA и други: Cambridge UP.

- European Commission, DG 4 (2016) Public procurement indicators 2015, 22. децембар, PDF, с. 1–32, file:///C:/Users/User/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/20161219_indicators_2015_both_averages.pdf
- European Commission (2017) Single market scoreboard: public procurement, http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm
- Европска комисија (2016) *Заједничка позиција Европске уније. Поглавље 5, јавне набавке*, Брисел, PDF, с. 1–5, http://www.seio.gov.rs/upload/documents/pristupni_pregovori/pregovaracke_pozicije/pg_5_zajednicka_pozicija_eu.pdf
- Коалиција за надзор јавних финансија (2017) *Проблеми у примени закона о јавним набавкама и предлози грађанској друштва за измене и унапређење њихових решења*, Прокупље и др.: Топлички центар за демократију и људска права и други, PDF, с. 1–106. Радна верзија.
- Прокопијевић, М. (2014) *Злоупотребе јавних набавки и њихове друштвено економске последице*, у: **Грађански надзор локалних јавних набавки. Зборник**, Прокупље: Топлички центар за демократију и људска права, с. 69–81.
- Роуз-Ејкерман, С. (2007) **Корупција и власт**, Београд: Службени гласник.
- Transparency International (2017) *Corruption perceptions index 2016*, 25. јануар, https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table
- Влада Србије (2016) *Преговарачка позиција Републике Србије за међународну конференцију о транспарентности Републике Србије Европској унији за преговарачко поглавље 5 – јавне набавке*, Београд, PDF, с. 1–33, http://www.seio.gov.rs/upload/documents/pristupni_pregovori/pregovaracke_pozicije/pg_pozicija_pg_5.pdf

ПОГЛАВЉЕ 5 – КАКО ДО ЗАТВАРАЊА ПРЕГОВОРА?

Република Србија је донела одлуку да отпочне процес европске интеграције који би требало да резултира пуноправним чланством државе у Европској унији. Ово је сложен процес који захтева усклађивање законодавства са правним тековинама Европске уније (тзв. *Acquis Communautaire*) и њихову пуну примену од стране држава које желе да приступе. Изузетно, за примену одређених правних тековина може да буде одређен рок који настаје након ступања државе у чланство Европске уније. Такође, одређена права која државе чланице имају могу бити дата новој чланици са одложеним роком. О овоме и начинима спровођења правних тековина Европске уније воде се преговори о приступању државе Европској унији.

Република Србија је преговоре о приступању отворила 1. јануара 2014. године и од тада траје процес у којем се отварају и затварају поглаваља у која су подељене правне тековине као резултат преговора. Правне тековине ЕУ су у процесу приступања Србије подељене у 35 поглавља и сва поглавља заједно чине целину која је предмет преговарања у овом процесу. Док се преговори не окончају тј. док се не испуне сви услови и сва поглавља не затворе не могу се окончати приступни преговори. Често се може чути оцена да овај процес нема много заједничког с преговорима већ да се ради о прихватању тековина и обавеза да се оне спроведу у одређеним роковима. Ипак добар преговарач ће увек имати о чему да преговара.

Јавне набавке чине важан део правних тековина ЕУ и обухваћене су посебним поглављем које носи број 5. Овим поглављем обухваћене су јавне набавке, концесије и јавно-приватна партнерства. „Правила ЕУ обезбеђују да набавка добара, услу-

га и радова у јавном сектору у свакој држави чланици буду отворене за сва привредна друштва из ЕУ на основу забране дискриминације и једнаког третмана.⁴¹ Поред јасних правила за реализацију јавних набавки која обезбеђују правну извесност понуђачима из Европске уније у свим деловима Уније, важан циљ ових правила је обезбеђивање несметане конкуренције. Усвајањем правних тековина ЕУ у виду усклађивања прописа и институционалног оквира са захтевима ЕУ и обезбеђивањем владавине права и несметане конкуренције, Република Србија ће потврдити да испуњава услове за чланство у Европској унији у домену јавних набавки. Стога се област јавних набавки и њено усклађивање са захтевима ЕУ мора сагледавати не само кроз призму захтева постављених у оквиру преговарачког поглавља 5 већ се морају имати у виду и захтеви који се од Србије траже у поглављу 8 које се бави конкуренцијом и поглавља 23 које се бави владавином права.

Правне тековине које су обухваћане поглављем 5 чини серија директива које регулишу јавне набавке у тзв. класичном сектору што обухвата највећи део јавних набавки. До 2014. године јавне набавке у овом сектору је регулисала директива 2004/18/EZ која је те године замењена директивом 2014/24/EU с којом су државе чланице морале да се ускладе у року од 24 месеца. Република Србија је радила на усклађивању са ранијом директивом, а по усвајању нове директиве у класичном сектору прешла је на усклађивање са новом директивом. Ово је случај тзв. помичне мете с обзиром на то да се и по привременом затварању одређеног поглавља држава која је у приступним преговорима мора усклађивати са свим новим прописима који се усвајају у ЕУ. То процес приступања додатно усложњава.

Други важан пропис представља директива 2014/25/EU која је ступила на снагу када и претходно поменута директива и заменила до тада важећу директиву 2004/17/EZ. Ова директива регулише јавне набавке у тзв. комуналном сектору. Овај

1 Европска комисија; Република Србија; Извештај за 2016. годину; Брисел, 9. новембар 2016; стр. 41.

сектор обухвата области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга.

Следећа важна директива из корпуса *acquis*-а у оквиру поглавља 5 чини директива 2014/23/EU. Ова директива која је као и претходне две ступила на снагу 2014. године регулише доделу уговора о концесијама. Ова директива на свеобухватнији начин него што је то било раније регулише концесије и захтева усклађивање свих држава чланица, а током процеса приступања и држава које су у том процесу.

Јавне набавке у области одбране су регулисане на посебан начин у Европској унији. Пропис којим су набавке у овом сектору уређене је директива 2009/81/EZ. Ове набавке су на посебан начин уређене због осетљивости ове области.

Последње у овом низу су три директиве које регулишу заштиту права у поступцима јавних набавки. Ове процедуре су регулисане директивама 89/665/EEZ23, 92/13/EEZ24 и 2007/66/EZ.

Иако у структурама које воде процес преговора преовлађује оптимизам у погледу затварања преговора о поглављу 5, пред Републиком Србијом стоје задаци које није успела да оствари у последњих петнаестак година и који и даље представљају озбиљну претњу за интегритет система јавних набавки, концесија и јавно-приватних партнерстава.

Отварању поглавља 5 претходили су експланаторни и билатерални скрининг (аналитички преглед законодавства). У експланаторном скринингу представници Европске комисије су представили правни оквир ЕУ представницима Републике Србије. Током билатералног скрининга представници Републике Србије представили су правни и институционални оквир преговарачима из Европске уније и одговарали на питања о усклађености правног оквира са правним тековинама ЕУ. Још током скрининга указано је на неке важне проблеме у систему јавних набавки и концесија на које и други релевантни актери, посебно организације грађанског друштва које се баве надзором јавних финансија и јавних набавки и бизнис сектор, ука-

зују дужи низ година. Република Србија је на основу извештаја о скринингу израдила своју преговарачку позицију за поглавље 5. Њоме су пописане обавезе које је Србија преузела на себе у процесу преговора. Кључна обавеза је свакако потпуно усклађивање националног правног оквира са правним тековинама ЕУ пре приступања. Преговарачком позицијом су мапирани кључни кораци које ће Србија учинити у правцу остваривања зацртаног циља.

Поред преговарачке позиције за поглавље 5, задаци које Србија мора да испуни одређени су и заједничком позицијом ЕУ за поглавље 5. Овај документ поред тога што поставља задатке пред Републику Србију одређује и критеријуме на основу којих ће ЕУ ценити да ли су преузете обавезе испуњене и да ли се преговарачко поглавље 5 може привремено затворити. Најдетаљнији план испуњавања захтева који су пред Србију постављени у домену јавних набавки садржан је у Стратегији развоја јавних набавки 2014–2018. коју је Република Србија усвојила како би креирала мапу пута до потпуне хармонизације домаћих правних тековина са правним тековинама ЕУ и њихове ефективне примене. Стратегија је праћена акционим плановима за сваку годину, а тренутно је на снази акциони план за 2017. годину. Акциони планови су важно средство за праћење напретка у остваривању задатака. Стратегија је усаглашена са још једним важним документом Националним програмом за усвајање правних тековина Европске уније. Ово је свеобухватни документ који мапира стање и неопходна усклађивања у целини процеса европске интеграције Србије. С обзиром на то да област јавних набавки није само ствар поглавља 5, већ се важни елементи за хармонизацију прописа и функционисање јавних набавки у складу са европским стандардима налазе и у другим поглављима, посебно поглављима 8 и 23, Национални програм је полазни документ за сваку анализу у овом домену.

Захтеви које Европска унија ставља пред Србију како би преговарачко поглавље 5 могло привремено да се затвори могу грубо да се разврстају у три групе.

Први задатак који Република Србија треба да испуни на путу ка циљу је потпуно усклађивање националног правног оквира са правним тековинама ЕУ у вези са свим областима јавних набавки, укључујући и правне прописе о концесијама и међународне споразуме о изузимању одређених радова из правила о јавним набавкама.

Преговарачко поглавље 5 је отворено међу првим у процесу преговора без додатних услова који се могу поставити и пре отварања одређеног поглавља. То је знак релативно високог нивоа усклађености правних прописа и институционалног оквира у Републици Србији са правним тековинама ЕУ. Висок степен усклађености може се објаснити тиме што се ради о новом институту у српском правном систему. Јавне набавке су у Србији први пут уведене у правни систем Законом о јавним набавкама из 2002. године који је писан по узору и на основу искустава држава чланица ЕУ или држава које су у то време биле у процесу приступања ЕУ. Од тада је Закон о јавним набавкама више пута мењан и углавном унапређиван, а понешто је учињено и на унапређењу спровођења прописа који уређује област јавних набавки.

У преговарачкој позицији за поглавље 5 Република Србија је преузела обавезу да у потпуности усклади свој правни оквир са правним тековинама ЕУ. Акционим планом за 2017. годину предвиђено је усвајање два најважнија закона у овој области – Закона о јавним набавкама и Закона о јавно-приватним партнерствима и концесијама, који би требало у потпуности да буду усклађени са раније наведеним директивама ЕУ. Овај акциони план предвиђа да ће у првом кварталу 2017. бити урађена Анализа усаглашености ЗЈН у односу на ЕУ директиве, а да ће извор провере бити www.ujn.gov.rs. Међутим, ни почетком трећег квартала оваква анализа није доступна на сајту Управе за јавне набавке. У истом плану стоји и да ће нацрти оба поменута закона бити послати на јавну расправу након чега ће у четвртном кварталу бити усвојени. Међутим, нацрти још увек нису на јавној расправи, а није јасно ни да ли су урађени. Такође, ни сви међународни уговори који предвиђају изузимање

из режима јавних набавки Републике Србије нису измењени, па је тешко очекивати да овај задатак буде испуњен у предвиђеном року.

Без обзира на поменуто кашњење, најважније измене прописа које нас очекују пописаћемо у наредним редовима. Србија се обавезала да ће новим законом о јавним набавкама укинути предност дату домаћим понуђачима која износи 5 пондера у случају критеријума економски најповољније понуде, односно 5% у случају критеријума најнижа понуђена цена. Овај процес траје од потписивања споразума о стабилизација и придруживању када је Република Србија преузела обавезу елиминисања повољнијег третмана домаћих понуђача у одређеном временском периоду. Тиме ће домаћа предузећа бити у потпуности изложена конкуренцији предузећа из Европске уније што може имати негативне ефекте на домаће понуђаче. Ипак удео иностраних понуђача на српском тржишту јавних набавки је изузетно низак и чини свега око 5% укупног броја понуђача који су закључили уговоре о јавним набавкама у 2016. години. Разлози за овако низак удео могу да буду предмет посебног истраживања, али свакако да мало тржиште, висок ниво корупције и правна несигурност утичу на то да се страни понуђачи нерадо одлучују да учествују у поступцима јавних набавки у Србији.

Република Србија је преузела обавезу да у процесу приступања Светској трговинској организацији приступи и споразуму ове организације о владиним набавкама. Посебно важна обавеза којој се доносиоци одлука у Србији одупиру дужи низ година јесте подвргавање међународних споразума режиму јавних набавки Републике Србије. Изузећа од примене Закона о јавним набавкама која се уносе у међународне споразуме које потписује Република Србија коначно ће морати да се ускладе са правним тековинама ЕУ што практично значи да ће већина ових изузећа морати да се стави ван снаге. Смисао усклађивања међународних уговора са овим прописима је обезбеђивање једнаког третмана, недискриминаторних правила и конкуренције у јавним набавкама које се реализују кроз овакве

аранжмане. Бројни домаћи актери, посебно антикорупцијска заједница, дуже време заговарају подвођење међународних споразума под режим јавних набавки Републике Србије како би се редуковале могућности за ненаменско и несврсисходно трошење и разне друге злоупотребе. С обзиром на то да је овај посао услов за привремено затварање поглавља 5 у преговорима, јасно је да се, због обима и сложености тог посла, ово поглавље неће у кратком року затворити. Илустрације ради, чак једна четвртина вредности набавки у Србији је изузета из режима јавних набавки, а од тога у 2016. години чак 14% на основу међународних споразума.

Захвати у погледу концесија и јавно-приватних партнерстава ће бити драстичнији него у погледу јавних набавки. У овом сектору Србија ће морати да усвоји нови закон који ће на систематичан начин да реализује усклађивање са правним тековинама ЕУ.

Друга група задатака које Србија треба да испуни тиче се успостављања адекватних административних и институционалних капацитетана свим нивоима и правилног спровођења и примене прописа у области јавних набавки. Ови задаци су мапирани у Стратегији и годишњим акционима плановима за њену имплементацију. Кључни проблеми с којима се систем јавних набавки у Србији већ саживео су слабе, неадекватно опремљене институције које се баве јавним набавкама без снажнијег упоришта које би искористиле за унапређење свог статуса. Управа за јавне набавке и Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки су кључне институције у овом сектору. Обе институције пате од озбиљног мањка запослених као и од мањка техничких и оперативних капацитета. Ово резултира њиховим делимичним и неблаговременим вршењем појединих надлежности. Буџети обе институције су неадекватни и демонстрирају јасну намеру политичких одлучилаца да се оне не ставе у функцију због које су формиране.

Задаци из ове групације попут успостављања функционалног механизма контроле, посебно у фази извршења уговора, се

не остварују у мери која би могла да обезбеди значајније резултате. Слабост институција се огледа и у правној неизвесности која је једна од најчешћих примедби понуђача у поступцима јавних набавки. Алармантни подаци које у својим извештајима објављује Државна ревизорска институција који кажу да се стотине милиона евра јавних средстава одливају кроз незаконите процедуре не наилазе на одјек код надлежних институција, пре свега тужилаштва и судова.

Ситуација је нешто боља са спровођењем обука и сертификацијом службеника за јавне набавке који такође спадају у ову групу задатака које треба реализовати. Међутим и овај сегмент би требало значајно појачати, посебно онај део који се тиче упознавања српског правосуђа са правном праксом колега из Европске уније и корацима који могу да доведу до конвергенције националне праксе у Србији с њом.

Трећа група задатака се односи на обавезу Србије да документује да реформисани систем јавних набавки обезбеђује вредност за новац, конкуренцију и ефикасне мере за сузбијање корупције у области јавних набавки.

Коришћење критеријума економски најповољније понуде у Србији пада из године у годину и на томе ће српске власти у области јавних набавки морати да пораде током процеса преговарања. Европска унија инсистира на повећању обима набавки које се реализују на основу овог критеријума у циљу уравнотежавања цене и квалитета који се за плаћену цену добије. Инсистирање на најнижој цени као убедљиво најчешћем критеријуму у јавним набавкама у Србији често доводи до ниског квалитета набављених добара, радова и услуга, пробијања рокова и накнадних трошкова који поскупљују посао и дерогирају примењени критеријум. Овакви негативни ефекти посебно долазе до изражаја у комбинацији критеријума најниже цене и лошег планирања набавке и нестручног састављања конкурсне документације што је чест случај код наших наручилаца.

Поред повећања удела јавних набавки које се реализују према критеријуму економски најповољније понуде, Србија ће

морати да поради на повећању конкуренције у јавним набавкама. Ниво конкуренције у поступцима јавних набавки у Србији је изузетно низак. Званична статистика каже да је просечан број понуђача по јавној набавци 2,9 у 2016. години. Међутим, овај податак није сасвим тачан, односно представља реалну ситуацију бољом него што јесте, с обзиром на то да се понуђачи у јавним набавкама подељеним у више партија рачунају као понуђачи који учествују у истом поступку јавне набавке, чак и ако се пријављују само за поједине партије. Тако нпр. статистика рачуна да је у јавној набавци подељеној на три партије са по једним учесником по партији конкуренција 3, а не 1 што је реално стање.

О лошем стању у погледу обезбеђивања конкуренције у јавним набавкама у Србији говори и податак да је у 2016. години у чак 42% јавних набавки достављена само једна понуда. Уколико се овом проценту дода и претходно описани случај са јавним набавкама подељеним на партије у којима често имамо само једног понуђача по партији, постаје јасно да у Србији јавна набавка са више од једног понуђача по набавци или по партији представља изузетак. Знак за узбуну је требало да буде одавно укључен. Решавање проблема ниске конкуренције требало би да постане кључни задатак институција које раде на испуњавању стандарда који Србију квалификују за чланство у Европској унији, али и оних институција које пропагирају и спроводе мере штедње и смањења јавних расхода. Кроз механизам јавних набавки се годишње пропусти око 8% бруто друштвеног производа што исказано у новцу износи око 3 милијарде евра што чини око 30% буџета Републике.

Јачање праћења поступка јавне набавке такође је важан захтев. На овај захтев институције задужене за контролу неће моћи адекватно да одговоре све док се не појачају њихови кадровски капацитети, како додатним бројем запослених, тако и њиховом адекватном обуком и обезбеђивањем довољних средстава у буџету. Број запослених у Управи за јавне набавке је далеко испод потребног броја да би овај орган ефективно вршио

своја овлашћења. Ситуација није много боља ни у Републичкој комисији за заштиту права у поступцима јавних набавки која, под теретом великог броја захтева за заштиту права и других поступака које води, своја решења доноси са великим закашњењем и уз недопустиво пробијање рокова. Услед недостатка капацитета овај орган практично није ни преузео надлежност првостепеног судског органа за прекршаје у домену јавних набавки. Прекршајни судови на које је пао овај посао немају довољне капацитете, пре свега стручне, да се баве оваквим случајевима.

С тим у вези треба нагласити да се хармонизација прописа о јавним набавкама са прописима важећим у ЕУ не исцрпљује у поглављу 5. Управо поменута питања праћења и финансијске контроле обухваћена су поглављем 32, док питања владавине права у која свакако спада поступак заштите права и рад правосуђа у домену јавних набавки представља предмет преговора о поглављу 23. По мишљењу многих, кључ за решавање нагомиланих проблема у области јавних набавки не лежи у успешном окончању преговора и затварању поглавља 5, већ се тај кључ налази у поглављу 23 које ће обезбедити индикаторе и њихово праћење у погледу функционисања владавине права. Утемељење рада тужилаштва и судова на прописима, њихово једнозначно тумачење, ефикасност судских поступака (и пре њих поступака заштите права) биће сигнал потенцијалним понуђачима да се већина набавки у Србији не расписује за тог једног понуђача колико их се јавља у већини јавних набавки, већ се расписује како би се остварили циљеви постављени стратешким документима и самим прописима о јавним набавкама, тј. како би се обезбедила најквалитетнија роба, услуге или радови по разумној и тржишно заснованој цени.

Поред обавеза из поглавља 5, не треба заборавити ни обавезе које стоје пред Србијом у области јавних набавки у поглављу 23 које се тичу борбе против корупције у јавним набавкама која је оцењена као један од највећих проблема у систему јавних набавки у Србији. Акционим планом за поглавље 23 пред-

виђен је низ мера које ће бити спроведене како би корупција у јавним набавкама била сведена на меру која неће имати размере системске корупције какве сада има.

Сукоб интереса представља сталну претњу интегритету јавне власти у Србији, па тако и у систему јавних набавки. До сада није забележен ниједан случај поништене јавне набавке или раскинутог уговора о јавној набавци због утврђеног сукоба интереса. Са друге стране ово је један од важнијих проблема у систем јавних набавки у Србији и као такав се наводи како у домаћим тако и у документима Европске уније. Државне институције ће морати у процесу приступања да демонстрирају капацитет да се с овим проблемом изборе. За то неће бити довољно да се усвајају планови и правилници, већ ће се од Србије тражити да демонстрира резултате у откритим и адекватно процесуираним случајевима сукоба интереса у јавним набавкама.

На бројне проблеме у области јавних набавки указује и сама Европска унија у својим извештајима о напретку Србије у процесу приступања. Висок ниво корупције и велики број ризика за појаву корупције који произилазе понајвише из неефикасних и неефективних институција је кључни мотив ових извештаја у домену јавних набавки.

* * *

Пред Србијом стоји озбиљан задатак усвајања прописа, стандарда и праксе Европске уније у области јавних набавки. Једноставнији део тог посла у области јавних набавки већ је готово завршен. Усвајањем нових закона у области јавних набавки и концесија и јавно-приватних партнерстава крајем 2017. године или нешто касније, Србија ће своје прописе ускладити са прописима ЕУ. Треба водити рачуна о томе да овај део хармонизације са правним тековинама ЕУ подразумева и усклађивање међународних уговора са правним тековинама, односно окончање праксе изузимања јавних набавки које се спроводе на основу ових споразума и изузимају из режима јавних набав-

ки Републике Србије. То се односи и на већ усвојене међународне споразуме који ће морати да се ускладе са овим правилима. У практичном смислу то ће значити да више неће моћи уз кредит да дођу и извођачи радова или да уз гас дође и монопол на пренос гаса, што су само неки од примера ограничавања конкуренције и једнаког третмана као основних принципа јавних набавки у ЕУ.

Република Србија мора још много да уради на јачању институција. Мораће да изгради капацитете Управе за јавне набавке и Републичке комисије који ће омогућити ефективно вршење њихових овлашћења. Ове институције се, поред недостатка капацитета сусрећу и с одливом кадрова с обзиром на то да је тражња за искусним стручњацима у јавним набавкама у привреди велика, а услови који се нуде бољи него у јавном сектору. Капацитети за спровођење јавних набавки су посебно слаби на локалном нивоу и њиховој изградњи треба посветити посебну пажњу. Правосуђе ће такође морати да се оспособи за примену правних тековина ЕУ, али ће се успех у подизању капацитета правосуђа ценити не бројем обука већ квалитетом правне праксе коју буду производили. У крајњој линији, правосуђе мора да јасно демонстрира спремност да је способно да функционише у правном систему ЕУ.

Посао спровођења прописа и стандарда ЕУ на кредибилан начин тек је пред нама. У овом аспекту Србија значајно подбацује већ деценију и по, колико траје успостављање система јавних набавки. Након хармонизовања прописа, резултати у процесу европске интеграције више се неће мерити бројем хармонизованих прописа или степеном хармонизације. Мерила су постављена и налазе се у документима о којима је било речи на почетку текста. Успех у процесу европске интеграције мериће се интензитетом конкуренције у поступцима јавних набавки. Просек од мање од два понуђача по набавци никога неће уверити у то да је жељени резултат остварен. Напротив, говориће као што и сада говори, о високом нивоу неповерења у институције и процедуре у јавним набавкама. Успех ће се мерити и трајањем поступака заштите права. Вишемесечна

кашњења у доношењу одлука уносе несигурност у пословање и обесхрабрују актере да покрећу ове механизме. О успеху у европској интеграцији говориће компетентност судова, али и поштовање њихових одлука чиме још увек Србија не може да се подичи. О успеху ће говорити и реализација зелених набавки у значајнијем обиму. О успеху ће говорити пристојан број поступака јавних набавки обустављен због утврђеног сукоба интереса или број уговора поништених из истог разлога. Тренутно је наш систем у шизофреној ситуацији да доноси бројне прописе и стратешке документе на свим нивоима власти који би требало да изађу на крај са сукобом интереса који представља значајан проблем у области јавних набавки, а да од увођења овог института чак и у Устав Републике немамо ниједан поништен уговор или обустављен поступак јавне набавке због утврђеног сукоба интереса. Ретко која илустрација речитије описује ефективност система јавних набавки у Србији. О успеху ће говорити и смањење обима неправилности у јавним набавкама које бележи Државна ревизорска институција и барем понеки кривични поступак који ће тужиоци повести због милијарди незаконито или несврсисходно потрошених динара које ова институција сваке године бележи. Списак индикатора који могу да послуже за мерење успеха у успостављању система јавних набавки који је усклађен са правилима ЕУ може да се настави и ни изблиза није исцрпљен претходним набрајањем. Циљеви који се кроз процес европске интеграције у поглављу 5 остварују имају вредност без обзира на крајњи исход процеса. Зато је важно да се процес европске интеграције разуме као реформска агенда, а не као бирократско испуњавање минималних услова.

Тойлички центар за демократију и људска њрава

ПРОБЛЕМИ У ПРИМЕНИ ЗАКОНА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА СА ПРЕДЛОЗИМА ЗА ИЗМЕНЕ НАЈВАЖНИЈИХ ОДРЕДБИ

Увод

Закон о јавним набавкама („Сл. гласник РС“, бр. 124/2012, 14/2015 и 68/2015) у примени је од 1. априла 2013. године, а до сада је два пута измењен и допуњен. Прве измене и допуне Закона су из фебруара 2015. године, када је донет Закон о изменама и допуни Закона о јавним набавкама („Сл. гласник РС“, 14/15), којим је измењен и допуњен члан 86. ЗЈН (смањена је преференцијална предност за домаћа добра и понуђаче). У августу 2015. године донет је Закон о изменама и допунама Закона о јавним набавкама („Сл. гласник РС“, 68/15) којим су извршене значајне измене и допуне овог закона и које су ступиле на снагу 12.08.2015. године (осим измена и допуна које се односе на план набавки – члан 51. ЗЈН, које су у примени од 01.01.2016. године).

Последњим изменама Закона о јавним набавкама у одређеној мери су обухваћена и правила Директива Европске уније из 2014. године, и то Директиве 2014/24/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. године о јавним набавкама, која замењује Директиву 2004/18/ЕЗ („класични сектор“) и Директиве 2014/25/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. године о набавкама наручилаца који обављају делатност у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга и која замењује Директиву 2004/17/ЕЗ (тзв. „комунална“ директива).

Имајући у виду да Република Србија као држава кандидат од 2012. године, претендује да постане пуноправан члан Европ-

ске уније, постоји обавеза да, на основу препорука из документа Европско партнерство, као и на основу потписаног Споразума о стабилизацији и придруживању (међународни уговор потписан 29. априла 2008. године између Републике Србије и Европске уније, а ступио је на снагу 1. септембра 2013. године и ратификован Законом о потврђивању Споразума („Сл. гласник РС – међународни уговори“, број 83/08), континуирано усклађује своје законодавство са законодавством Европске уније (тзв. *acquis communautaire*).

Због свега наведеног, Влада Републике Србије је донела Стратегију развоја јавних набавки у Републици Србији за период 2014–2018. година, којом је предвиђено даље усклађивање прописа у области јавних набавки с директивама ЕУ, што подразумева и доношење новог Закона о јавним набавкама у 2017. години, којим ће се законодавство из ове области у Републици Србији у потпуности ускладити са законодавством ЕУ.

Будући да важећи ЗЈН није у потпуности усклађен са правилима Директива ЕУ, те да су одређена законска решења изашла из оквира Директива, у овој анализи ће бити приказане одређене препоруке за доношење нових одредби које би требало да буду саставни део новог ЗЈН, у потпуности усклађеног са Директивама ЕУ. Постоји више него очигледна потреба да се одређене одредбе у знатној мери редефинишу како би биле појашњене и како би се омогућила њихова реална примена у пракси. Наиме, изван број одредби ЗЈН су толико нејасне и без конкретних санкција (које би им омогућиле примену) или су у великој мери непримењиве због неусклађености са осталим прописима у правном систему Републике Србије, да су довеле до тога да многи институти које уређује тај закон никада од усвајања ЗЈН нису примењени (рецимо, ниједан прекршајни поступак није спроведен, правила о борби против корупције и спречавању сукоба интереса готово да се не примењују). Све то озбиљно угрожава систем јавних набавки и чини га неефикасним, неекономичним и у великој мери подложним корупцији. Дакле, важећи ЗЈН се чини спектакуларним и у погледу овлашћења надлежних органа, али и по детаљном приступу регу-

лисању многих аспеката јавних набавки, међутим, очигледно је да се за многе од одредби тог закона без икакве дилеме може користити жаргонски израз – „мртво слово на папиру“.

Све наведено смо имали у виду приликом израде ове анализе и управо због тога смо настојали да прикажемо предлоге за измене важећих одредби тако да буду јасне, примењиве и у највећој могућој мери усклађене са прописима Европске уније. У овој Анализи су представљене само најзначајније одредбе за које сматрамо да морају бити другачије регулисане.

Анализа проблема у примени појединих одредби ЗЈН са предлозима за измену

Одредба члана 21. ЗЈН (Опшће мере за сиречавање корупције)

Сматрамо да је непотребно да наручиоци чија је укупна процењена вредност јавних набавки на годишњем нивоу већа од милијарду динара доносе посебан план за борбу против корупције, с обзиром на обавезу прописану чланом 59. Закона о Агенцији за борбу против корупције.¹ Наиме, том одредбом Закона о Агенцији за борбу против корупције прописана је обавеза да државни органи, органи територијалне аутономије и локалне самоуправе, јавне службе и јавна предузећа донесу план интегритета у складу са смерницама за израду и спровођење плана интегритета Агенције за борбу против корупције. План интегритета, на основу одредбе члана 58. Закона о Агенцији за борбу против корупције садржи: оцену изложености институције корупцији; опис процеса рада, начина одлучивања и утврђивање послова који су нарочито подложни корупцији, као и послова или делатности, односно функције које функционер не може да обавља за време вршења јавне функције и начин њихове контроле; превентивне мере за смањење

1 „Сл. гласник РС“, бр. 97/2008, 53/2010, 66/2011 – одлука УС, 67/2013 – одлука УС, 112/2013 – аутентично тумачење и 8/2015 – одлука УС).

корупције; друге делове плана дефинисане у смерницама. Обавезе које имају наручиоци у погледу планова интегритета, и то како приликом доношења истих, тако и приликом њихове примене, надзире и санкционише Агенција за борбу против корупције.

Дакле, непотребно је да поред плана интегритета, наручиоци доносе и посебан план за борбу против корупције у јавним набавкама. То је дуплирање административних обавеза за наручиоца, које не доприноси ефикаснијој борби против корупције у јавним набавкама. Самим тим, није ефикасно да Управа за јавне набавке припрема модел поменутог интерног плана, већ би требало предвидети да предлаже Агенцији за борбу против корупције делове смерница у погледу борбе против корупције у јавним набавкама.

У том смислу, новим ЗЈН би требало предвидети да Управа за јавне набавке предлаже Агенцији за борбу против корупције делове смерница за израду и спровођење плана интегритета у погледу борбе против корупције у јавним набавкама и ти делови садрже конкретне мере за спречавање, откривање и санкционисање корупције.

Одредба члана 23. (Зашићених информација подстица)

Требало би размотрити питање да ли се забрана из члана 23. став 1. ЗЈН (*Лице које је учествовало у планирању јавне набавке, припреми конкурсне документације или јојединих њених делова, и са њим повезано лице не може настојати као понуђач или као подизвођач понуђача, није може сарађивати са понуђачима или подизвођачима ириком припремања понуде. У том случају наручилац је дужан да одбије понуду и да без оглашања обавести надлежне државне органе.*) аутоматски односи на све ситуације у којима понуђач који је изradio пројекат учествује као извођач радова по том пројекту. Наиме, таква аутоматска забрана спречава понуђаче који имају свој пројектни биро, али истовремено и своју грађевинску оперативу да учествују и у поступку јавне набавке за израду пројекта, а касније

и у поступку јавне набавке за извођење грађевинских радова по том пројекту. Дакле, има ситуација у којима наручилац објави (јавни) позив за подношење понуда за израду пројекта, па у широкој конкуренцији неко од понуђача буде изабран да изради тај пројекат. Уколико тај пројекат буде саставни део конкурсне документације (која је објављена на Порталу јавних набавки) у отвореном поступку јавне набавке за извођење радова по истом, те уколико је општег карактера, тако да не садржи неке иновативне технике и технологије изградње који би дали предност ономе ко је израдио пројекат, мишљења смо да нема разлога да се сматра да је понуђач који је израдио пројекат у предности у односу на остале који ће тај пројекат видети у склопу конкурсне документације за поступак јавне набавке извођења радова и имаће довољно времена да се са њим упознају пре подношења понуде за извођење тих радова. Самим тим, сматрамо да би забрану из става 1. требало условно примењивати, односно требало би оставити могућност да уколико пројектом није ограничена конкуренција, онај који га је израдио, ипак, може да учествује у поступку јавне набавке за радове у којем је тај пројекат саставни део конкурсне документације. Поред наведеног, нејасно је који су то надлежни органи које је наручилац дужан да хитно обавести у наведеној ситуацији.

Такође, у ситуацији када је извршен утицај на поступање наручиоца у току поступка јавне набавке, нејасно је који су то надлежни органи које је наручилац дужан да хитно обавести. Исто тако, није прописано шта се дешава са понудом тог понуђача и са целим поступком јавне набавке, односно да ли се та понуда одбија или се цео поступак обуставља уколико је утицај остварен и приликом планирања јавне набавке и израде конкурсне документације. Такође, требало би предвидети да наручилац мора да поседује доказ о извршеном утицају, како би предузео неке санкције и обавестио надлежне органе који би били одређени ЗЈН.

У том смислу, сматрамо да би новим ЗЈН требало предвидети да лице које је учествовало у планирању јавне набавке,

припреми конкурсне документације или појединих њених делова, и са њим повезано лице не може наступати као понуђач или као подизвођач понуђача, нити може сарађивати са понуђачима или подизвођачима приликом припремања понуде, осим уколико су ти делови конкурсне документације израђени на основу претходно спроведеног поступка јавне набавке у којем је објављен позив за подношење понуда и уколико тим деловима ни на који начин није дата предност оном понуђачу који је исте припремио. У том случају наручилац је дужан да одбије понуду и да без одлагања обавести надлежно тужилаштво. Такође, потребно је прецизирати да ако постоји доказ да је понуђач, односно подносилац пријаве непосредно или посредно дао, понудио или ставио у изглед неку корист или покушао да сазна поверљиве информације или да на било који начин утиче на поступање наручиоца у току поступка јавне набавке, наручилац је дужан да одбије понуду тог понуђача и да без одлагања обавести надлежно тужилаштво.

Одредба чана 25. ЗЈН (Забрана радној ангажовања код добављача)

Потребно је истаћи да овом одредбом ЗЈН није прописана јасна санкција за ситуације у којима је дошло до недозвољеног радног ангажовања. Уколико је у питању неко од прописаних кривичних дела, онда би наведене ситуације требало уподобити са елементима бића одређених кривичних дела, да не би било разлика у дефинисању тих ситуација које могу угрозити ефикасност санкционисања. У том случају је оправдано обавестити надлежно тужилаштво, а што се тиче Агенције за борбу против корупције, тај орган може предузимати санкције само према функционерима као представницима наручиоца и тада Агенција, сходно одредбама Закона о Агенцији за борбу против корупције, подноси захтев за покретање прекршајног поступка, јер недозвољено радно ангажовање према одредбама тог закона представља прекршај. Дакле, сматрамо да би ситуације набројане у одредби члана 25. ЗЈН требало санкционисати,

пре свега, као прекршај за који би били кажњени и понуђач који је запослио лице које је претходно било представник наручиоца, али и то лице, а уколико се докаже да је конкретно радно ангажовање уследило као резултат корупције, свакако би требало покренути и кривични поступак. Поред наведеног, указујемо и да би због ефикасног откривања и санкционисања поменуте забране важно дефинисати шта значи „*на било који начин учествовао у јосиуицима јавних набавки*“, како стоји у сада важећој одредби члана 25. ЗЈН. То тренутно није јасно.

Одредба члана 28. ЗЈН (Грађански надзорник)

Пре свега, требало би истаћи да грађански надзорник, према важећим одредбама ЗЈН, има овлашћење да надгледа само поступак јавне набавке, али не и извршење уговора о јавној набавци. Неспорно је да у фази извршења уговора може доћи до низа неправилности које могу да анулирају скоро све ефекте законито спроведеног поступка јавне набавке. Недозвољено повећање цене, продужење рока за извршење уговора, плаћање за неизвршене обавезе из уговора, нереализовање средстава за обезбеђење испуњења обавеза изабраног понуђача (рецимо, нереализовање банкарске гаранције за добро извршење посла), свакако, су неке од појава које се јављају у фази извршења уговора, а које често нису у фокусу контролних државних органа, углавном због недостатка капацитета да се изврши надзор над већим бројем закључених уговора. Баш због тога је сасвим логично да грађански надзорник који надгледа спровођење поступака јавних набавки велике вредности, настави са надгледањем и уговора закључених на основу тих поступака, све док су ти уговори на снази. На тај начин би се увео потпуни грађански надзор у јавним набавкама велике вредности, које су често врло комплексне и од великог су значаја за грађане.

Сматрамо, такође, да би грађанском надзорнику требало дати овлашћење да, поред подношења захтева за заштиту права, подноси и друге иницијалне акте за покретање поступка којима ће бити санкционисане утврђене неправилности у

поступку јавне набавке и у фази извршења конкретног уговора, а то су, пре свега, подношење тужбе за утврђење ништавости уговора и подношење захтева за покретање прекршајног поступка. На тај начин би се омогућило ефикасније санкционисање неправилности, јер без тих овлашћења, грађански надзорник би прво морао да обавештава надлежне органе (Управу за јавне набавке, Републичку комисију за заштиту права у поступцима јавних набавки, Државну ревизорску институцију итд.), а тек онда да ти органи подносе иницијалне акте судовима у сврху покретања одговарајућих поступака.

Исто тако, сматрамо да би требало увести и јаснија, ригорознија правила у вези са разматрањем извештаја грађанског надзорника пред надлежним одбором Народне скупштине. Често се дешавало да се чека и по неколико месеци да се извештај грађанског надзорника уврсти у дневни ред седнице надлежног одбора, те да се на самој седници не приступи конкретнијем разматрању тог извештаја, нити усвајању одређених закључака од стране чланова тог одбора. Тиме се ефекат надзора који спроводи грађански надзорник у приличној мери обесмишљава, јер поред кратког представљања извештаја на седници надлежног одбора и постављања тек по неког питања од стране чланова тог одбора, никакве конкретније провере чињеница које је су утврдили грађански надзорници није било.

Поред наведеног, сматрамо и да коришћење термина „надгледа“ у опису радњи које спроводи грађански надзорник није адекватно, посебно имајући у виду да је у питању „надзорник“, дакле, онај који спроводи надзор, а не надгледа. Такође, сматрамо и да у нормативно-правном смислу надзор подразумева конкретна овлашћења да се прати нечији рад, те да се у случају утврђених неправилности предузимају одређене радње и мере како би се те неправилности отклониле и, по потреби, санкционисале.

У том смислу, у новом ЗЈН би требало предвидети да је грађански надзорник дужан да надзире поступак јавне набавке и да у том циљу он има сталан увид у поступак, документацију и комуникацију наручиоца са заинтересованим лицима,

односно понуђачима. Такође, сматрамо да је неопходно да надлежни одбор има установљену обавезу да се на седници на којој се разматрају извештаји грађанског надзорника изјасни о утврђеним неправилностима у поступку јавне набавке и у извршењу уговора о јавној набавци на које се односи ти извештаји, те да, по потреби, иницира поступке пред надлежним органима и да, после тога, прати поступање тих органа по наведеним иницијативама. Уколико надлежни одбор не иницира покретање поступка за санкционисање утврђених неправилности које су наведене у извештају грађанског надзорника, једна од могућих опција би била могућност да грађански надзорник о томе обавести председника Народне скупштине и да захтева заказивање седнице Народне скупштине на којој ће бити представљен извештај и на којој ће се чланови и заменици чланова надлежног одбора изјаснити о наводима тог извештаја, као и о томе шта је предузето да би се отклониле и санкционисале утврђене неправилности.

Одредба члана 29. ЗЈН (Сукоб инјтереса)

Наведеном одредбом није јасно прописано шта се тачно подразумева под: „*однос њредсјавника наручиоца и њонуђача може ујшицајџи на њџрџсјрасносјџ наручиоца*“. Сматрамо да је потребно је да сви представници наручиоца потпишу изјаву о постојању или непостојању сукоба интереса, те да је без одлагања ажурирају уколико дође до промене. На основу таквих изјава, наручилац би на својој интернет страници објављивао информације о постојању сукоба интереса његових представника са одређеним понуђачима или да таквих понуђача нема, и те информације би био у обавези редовно да ажурира. Такође, исте податке, наручилац би објавио и у конкурсној документацији за конкретан поступак јавне набавке уколико сукоб интереса постоји у вези са потенцијалним понуђачима у том поступку. Сматрамо да је адекватније да поменута изјава буде дата унапред, пре спровођења поступка јавне набавке, те да буде редовно ажурирана.

Одредба члана 30. ЗЈН (Забрана закључења уговора)

Нејасно је шта се подразумева под: „Наручилац не може закључити уговор о јавној набавци са понуђачем у случају постојања сукоба интереса *уколико је постојање сукоба интереса утицало или могло утицати на одлучивање у постојећу јавне набавке*“. Такође, важно је и размотрити питање да ли су потребни ст. 3. и 4. овог члана, јер такво овлашћење немају слични органи у државама чланицама Европске уније. Наиме, Републичкој комисији за заштиту права у поступцима јавних набавки је тим одредбама дато овлашћење да може на захтев наручиоца одобрити закључење уговора иако постоји сукоб интереса, ако наручилац докаже да би забрана закључења уговора проузроковала велике тешкоће у раду или пословању наручиоца које су несразмерне вредности јавне набавке, односно значајно угрозила интерес Републике Србије, да је предузео све мере ради сузбијања штетних последица, да остали понуђачи не испуњавају услове из поступка, односно да је након рангирања њихових понуда разлика у цени већа за 10% или број пондера већи за десет у корист изабраног понуђача. Такав уговор се сматра ништавим, а ништавост уговора подразумева озбиљне недостатке у једном уговору који се не могу никако отклонити тако да уговор поред тих недостатака остане на снази. То, према одредбама Закона о облигационим односима не могу да учине ни надлежни државни органи, па је потребно размотрити брисање става 3. и 4. овог члана Закона.

Одредба члана 115. ЗЈН (Измене током израјања уговора)

Сматрамо да је логично да у случају измена уговора (ситуације из ст. 1. и 2. овог члана) наручилац мора да обавести и грађанског надзорника о измени уговора (уколико поступак надзире грађански надзорник), а имајући у виду предлоге за измену члана 28. ЗЈН из ове анализе, односно увођење надлежности грађанског надзорника и у делу закључења уговора о јавној набавци. На тај начин ће се остварити свеобухватан надзор од стране грађанског надзорника над јавном набавком

у целини, дакле и у фази реализације уговора, што по сада важећој одредби члана 28. ЗЈН није обухваћено.

Одредба члана 146. ЗЈН (Начин рада Републичке комисије)

Нужно је постићи већу извесност у поступцима заштите права путем прописивања обавезе за Републичку комисију да поштује раније донете одлуке у истим или сличним стварима, подразумева се, уколико нису поништене од стране Управног суда. У случају да се догоди да је потребно донети другачију одлуку него у ранијим истим или сличним ситуацијама, Републичка комисија би морала да буде дужна да о томе донесе и објави на својој интернет страници начелни правни став којим се мења дотадашња пракса у одлучивању.

Како би се постигла већа транспарентност у раду и већи степен објективности у поступању, требало би одредити већи број активности које Републичка комисија предузимала на општој седници. Општу седницу би чинила већина чланова Републичке комисије, и на тај начин би се постигло шире сагледавање озбиљнијих правних проблема који се јављају у појединим предметима. Рецимо, одлуке о поднетим захтевима за заштиту права у поступцима јавних набавки процењене вредности преко милијарду динара би требало доносити на општој седници, као и одлуке о наставку активности из члана 150. став 3. Закона, затим у случајевима када Управни суд поништи одлуку и врати на поновно одлучивање, као и када се одлучује о изузимању из одлучивања председника и појединих чланова.

Додатно би требало одредити да општа седница може бити одржана уколико је присутно најмање 2/3 чланова, укључујући и председника, као и да се све опште седнице снимају.

Одредба члана 150. ЗЈН (Последице њоднејшој захїшева за зашїшију їрава и їривремене мере)

На основу одредбе става 2. овог члана ЗЈН, одговорно лице наручиоца може донети одлуку да наручилац предузме активности у поступку јавне набавке (да донесе одлуку о додели

уговора, закључи и почне са извршењем уговора о јавној набавци) пре доношења одлуке о поднетом захтеву за заштиту права, када би задржавање активности наручиоца у поступку јавне набавке, односно у извршењу уговора о јавној набавци проузроковало велике тешкоће у раду или пословању наручиоца које су несразмерне вредности јавне набавке, а која мора бити образложена. Такву одлуку, наручилац без одлагања доставља Републичкој комисији и објављује на Порталу јавних набавки и на својој интернет страници. Дакле, и поред поднетог захтева за заштиту права којим потенцијални понуђач или сам понуђач покушавају да заштите своја права, али и јавни интерес, руководиоца наручиоца може да одлучи да ће наручилац окончати поступак јавне набавке и закључити уговор са изабраним понуђачем без обзира што је тај поступак оспорен и што је указано на неправилности и незаконитости приликом његовог спровођења. Тако су према важећим одредбама Закона могуће ситуације да наручилац уговор о јавној набавци додели понуђачу који је очигледно најскупљи, односно има најнеповољнију понуду или са понуђачем чија понуда има битне недостатке, а да захтев за заштиту права којим је на све то указано не задржава даље активности наручиоца, односно не спречава га да заврши цео посао и изврши исплату јавних средстава таквим понуђачима.

Чланом 36. став 2. Устава Републике Србије је одређено да свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу. Због свега претходно наведеног сматрамо да су одредбе члана 150. ст. 2. и 7. Закона о јавним набавкама у директној супротности са одредбама члана 36. став 2. Устава Републике Србије, јер начин на који је сада, после измена Закона о јавним набавкама из јула 2015. године (које су ступиле на снагу 12. августа 2015. године), уређено суспензивно дејство поднетог захтева за заштиту права у тим одредбама Закона, чини потпуно бесмисленим подношење захтева за заштиту права као правног средства предвиђеног у ЗЈН јер без обзира на подношење истог, наручилац може да спроведе и

оконча јавну набавку, а да нема практично, никакве конкретне санкције за такво његово поступање. То чини поступак заштите права у јавним набавкама неделотворним и несврсисходним. У том погледу, сматрамо да је сасвим довољно што је у члану 150. став 3. ЗЈН прописано да Републичка комисија, на предлог наручиоца, може дозволити наручиоцу да предузме активности пре доношења одлуке о поднетом захтеву за заштиту права, када би задржавање активности наручиоца у поступку јавне набавке, односно у извршењу уговора о јавној набавци значајно угрозило интерес Републике Србије. Дакле, наручилац ако сматра да је потребно да настави са активностима у поступку јавне набавке после поднетог захтева за заштиту права, може да се обрати Републичкој комисији као независном државном органу да донесе одлуку да може да настави са активностима. Сматрамо да је то сасвим довољан, и при томе уставан и легитиман начин да се наручиоцу дозволи да, у изузетним ситуацијама, настави са спровођењем јавне набавке чак и уколико је поднет захтев за заштиту права. Самим тим, непотребне су и неуставне одредбе члана 150. ст. 2. и 7. важећег ЗЈН.

Одредба члана 153. ЗЈН (Послуживање наручиоца после прелиминарне испитивања захтева за заштиту права)

Одговор наручиоца на захтев за заштиту права који он доставља Републичкој комисији за заштиту права се, према важећим одредбама, не доставља подносиоцу захтева. Због тога он није упознат са свим аргументима које ће наручилац представити Републичкој комисији и није у могућности да на исте одговори. Тиме се не остварује у потпуности начело права странке на изјашњавање које је прописано чланом 9. Закона о општем управном поступку.²

Такође, требало би предвидети и могућност допуне захтева за заштиту права уколико наручилац наведе неке нове аргументе у поменутом одговору на тај захтев. Међутим, допуну

2 „Сл. лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/2001 и „Сл. гласник РС“, бр. 30/2010.

захтева би требало омогућити и у случају када наручилац не застане са активностима после подношења захтева за заштиту права поступајући у складу са одредбом члана 150. став 1. ЗЈН. Рецимо, уколико заинтересовано лице оспори конкурсну документацију подношењем захтева за заштиту права, наручилац може да застане са спровођењем поступка јавне набавке, али може и да настави са активностима, тако што ће отворити понуде и извршити стручну оцену понуда, без доношења одлуке о додели уговора. Те радње, које је наручилац предузео после подношења захтева за заштиту права би, према важећим одредбама Закона, морале да буду предмет новог захтева за заштиту права, што значи да би подносилац захтева поново морао да уплаћује таксу која може да буде и велике вредности. Да би били избегнути ти неоправдани трошкови за подносиоца захтева, требало би омогућити допуну првобитног захтева са наводима који би се односили на те нове радње које је предузео наручилац, подразумева се, уколико су биле незаконите. Због тога сматрамо да би у оквиру једног посебног члана требало предвидети могућност допуне захтева за заштиту права.

Одредба члана 155. ЗЈН (Одржавање усмене расправе)

До сада, усмена расправа није одржана ни у једном предмету пред Републичком комисијом. Сматрамо да се та пракса мора променити, а поготову у јако вредним и комплексним јавним набавкама. У том смислу, сматрамо да је потребно увести правило да је у поступцима јавних набавки чија је вредност преко милијарду динара (када поступак надзире грађански надзорник) усмена расправа обавезна, те да истој присуствује и грађански надзорник.

Одредба члана 159. ЗЈН (Право на уйравни сйор)

Уопште узев, управни спор у вези са поступцима јавних набавки, на начин на који је тренутно уређен одредбама Закона о јавним набавкама и Закона о управним споровима, не

представља ефикасан начин да незадовољни учесници поступка јавне набавке заштите своја права. Наиме, покретање управног спора не задржава извршење одлуке Републичке комисије. Поступање у управном спору траје дуго, због оптерећености Управног суда, тако да су забележени и случајеви у којима је прошло и више годину дана до доношења одлуке, а понекад и до заказивања првог рочишта. До тог момента су оспорене јавне набавке већ у потпуности реализоване. Сама та чињеница, ако не дође до значајног повећања ажурности, указује на то да се управни спор не може сматрати адекватним одговором на евентуалне незаконитости у поступку заштите права. У Србији постоји и пример детаљнијег регулисања управног спора, у једној специфичној области. Закон о заштити конкуренције³, одређује посебне рокове за достављање тужбе, достављање одговора на тужбу, за доношење одлуке Управног суда, као и посебно уређење одложеног дејства тужбе, али и одлучивања о ванредним правним средствима⁴. У том смислу, требало би анализирати да ли је потребно да се скрати рок од 30 дана за подношење тужбе Управном суду, како би се целокупна судска контрола законитости одлука Републичке комисије брже одвијала и окончала пре него што буде неблаговремена у односу на период реализације конкретног уговора о јавној набавци. Такође, у том смислу би требало размотрити и скраћење рокова за достављање тужбе туженом органу и достављање одговора на тужбу од стране тог органа, а у односу на рокове тренутно прописане одредбама Закона о управним споровима.⁵ Било би важно размотрити и питање могућности одређивања краћег рока за доношење одлуке Управног суда у управним споровима у поступцима јавних набавки. Пример за то је, поменути, Закон о заштити конкуренције који у одредби члана 72. став 5. прописује да ће Управни суд донети одлуку по

3 „Сл. гласник РС“, бр. 51/2009 и 95/2013.

4 Преузето из *Пракса Управног суда у примени антикорупцијских закона – сажетак анализе*, Транспарентност – Србија, март 2016.

5 „Сл. гласник РС“, бр. 111/2009.

тужби најкасније у року од три месеца од пријема одговора на тужбу, односно од протеча рока за одговор на тужбу.

ЗЈН прописује да покретање управног спора не одлаже извршење одлуке Републичке комисије. Иако је ово прихватљиво решење, оно не би требало да буде и једино могуће. Потребно је размотрити могућност да се пропише да у одређеним случајевима, на пример, преко неких вредносних лимита, поднета тужба, ипак, има суспензивно дејство, осим, уколико Управни суд не одлучи другачије, или да се Управном суду додели јасније овлашћење и одреди краћи рок за увођење привремене мере која би на одређени период суспендовала извршење одлуке Републичке комисије.

Потребно је и прецизније регулисање судске контроле над поступком заштите права у поступцима јавних набавки путем одредби које би се односиле на активну легитимацију за покретање управног спора. Активна легитимација у поступку би морала да се односи на лица која су била странке или споредни учесници у поступку пред Републичком комисијом. Поред тога, право да покрену управни спор би требало дати представнику јавног интереса – наручиоцу или некоме ко је по надлежности виша инстанца од наручиоца (рецимо, оснивач за јавна предузећа, министарства за хијерархијски ниже органе државне управе итд.). Наиме, наручилац нема активну легитимацију за покретање управног спора, будући да је реч о органу који је одлучивао у истом предмету у првом степену.

Требало би размотрити и питање ванредних правних средстава којима би се некој вишој судској инстанци указивало на неправилности у пресудама Управног суда, односно да ли је потребно нешто посебно прописати у вези са тим средствима када су у питању учесници у поступцима јавних набавки, наручиоци, али и сама Републичка комисија као подносилац таквог средства.

Било би важно анализирати могућност да се дају јаснија овлашћења Управном суду у погледу спора пуне јурисдикције. У случајевима покренутог управног спора о законитости одлуке Републичке комисије странке су тужбом захтевале да Управ-

ни суд у спору пуне јурисдикције донесе одлуку и да, практично, тиме замени одлуку Републичке комисије. Такво поступање Управног суда би било оправдано у ситуацијама када је тај суд већ једном поништио одлуку Републичке комисије, па је против нове одлуке тог органа поднете нова тужбе јер нису уважене примедбе Управног суда. Са друге стране, може се бранити и став да би требало потпуно искључити могућност доношења одлуке у спору пуне јурисдикције када су јавне набавке у питању, и да би суштинску (мериторну) одлуку о поступку јавне набавке требало да донесе само специјализован и надлежан орган (у случају Србије Републичка комисија). Проблем се и у садашњем законском оквиру може ублажити специјализацијом судија Управног суда за област јавних набавки.

Поред самог временског оквира у коме би се морао покренути и окончати управни спор, било би важно размотрити могућност усвајања детаљнијих одредби које се тичу процедуре вођења и поступања суда у управном спору, будући да опште одредбе прописане Законом о управним споровима нису у потпуности примењиве на контролу одлука Републичке комисије, односно на процедуру јавних набавки.

Пракса објављивања одлука Комисије и Управног суда се тренутно значајно разликује (обавезно објављивање, анонимизација итд.). Постојећу праксу би требало пажљиво размотрити и донети акте који би отклонили неоправдане разлике у оквиру истог правног система⁶.

Одредба члана 165. ЗЈН (Прекршајни њосћуџак)

Према концепту важећег Закона о прекршајима⁷, прекршајне поступке би требало да воде прекршајни судови, а не неки други органи као што је Републичка комисија. Закон о прекршајима садржи, наиме, одредбе које се односе на судове

6 Преузето из *Пракса Управног суда у примени антикорупцијских закона – сажетак анализе*, Транспарентност – Србија, март 2016.

7 „Сл. гласник РС“, бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016 – одлука УС.

као прекршајне органе. Свега неколико одредби упућује на Републичку комисију и Закон о јавним набавкама, али недовољно да би могао да се спроводи поступак на основу истих. Тако, су Закон о јавним набавкама и Закон о прекршајима у колизији будући да пресуде представљају одлуке о прекршајима према одредбама Закона о прекршајима, док према одредбама Закона о прекршајима то и није дефинисано, али је закључак да би била решења. Поред тога, мора се указати и на немогућност да се извршавају казне које би изрицала Републичка комисија, затим, да се обезбеди присуство окривљеног итд.

Мишљења смо да је адекватније решење да о прекршајима из овог закона одлучују прекршајни судови, а да Републичка комисија буде један од подносилаца захтева за покретање прекршајног поступка пред тим судовима, на основу чињеница и доказа до којих дође одлучујући у предметима заштите права.

Закључак

Овом Анализом су представљене само поједине, најзначајније одредбе важећег Закона које је, по нашем мишљењу, неопходно редефинисати, а од суштинског су значаја за ефикасан систем јавних набавки.

Поред набројаних и анализираних одредби, велики број осталих одредби би морао да претрпи терминолошке, језичке и садржајне измене, због бројних непрецизности, контрадикторности или преклапања са надлежностима других институција, што онемогућава ефикасну контролу и надзор над спровођењем поступака јавних набавки и реализацијом закључених уговора о јавним набавкама, а све у складу са правилима релевантних Директива.

Свеобухватна Анализа свих одредби Закона са предлозима за измену истих је доступна на интернет страници http://www.nadzor.org.rs/predlog_za_izmenu_zjn.htm.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

ISBN 978-86-89227-17-8



9 788689 227178