

Inicijativa ALAC:

Transparentnost Srbija inicirala je u januaru 2015. da se u postupku usvajanju izmena Zakona o javnim nabavkama dodatno reguliše pitanje preferencijala. Među slučajevima kojima se bavilo Antikorupcijsko savetovalište (ALAC) Transparentnosti Srbija, oblast javnih nabavki je pri samom vrhu po brojnosti. Jedan od problema u vezi sa javnim nabavkama je i pitanje preferencijala.

TS je u dopisu upućenom svim poslaničkim grupama u Skupštini Srbije i Odboru za finansije, republički budžet i kontrolu trošenja javnih sredstava, a povodom razmatranja predloga izmena i dopuna Zakona o javnim nabavkama, kojim je bilo predviđeno smanjenje preferencijala, ukazala da bi postojeći predlog treba dopuniti i dodatno obrazložiti. Članom 1. izmena i dopuna je predviđeno da se postojeći preferencijali umanje (sa 10, 15 ili 20 procenata na 5%). TS je predložila da se isključi primena ovih mera u postupcima javnih nabavki (a mere za pomoć domaćoj privredi, u skladu sa ekonomskom politikom za koju se Vlada i Skupština opredele, vrše kroz druge mehanizme državne pomoći, što je i logičnije i transparentnije).

To smo obrazložili time što je sam koncept preferencijala suprotan načelima javnih nabavki koje proklamuje Zakon. Naime, davanjem prednosti za domaće ponuđače ili robu domaćeg porekla država u stvari pristaje da za nabavke koje sprovodi plati više (ili da dobije manje dobara, roba i usluga ili da oni budu slabijeg kvaliteta), kako bi stimulisala domaće firme. Takve mere možda imaju svoje ekonomsko opravdanje (nije nam poznato da je analiza efekata primene takvih mera ikada objavljena). Međutim, smatramo da je sa stanovišta transparentnosti državne intervencije u privrednom životu i merenja efekata takvih mera, daleko bolje da se primenjuju druge mere koje zakoni u Srbiji dopuštaju (npr. subvencije, garancije za kredite, povoljni krediti i slično). Dalje, takav vid državne pomoći stimuliše samo firme koje pružaju usluge, vrše radove i prodaju dobra za koja je javni sektor zainteresovan, a ne i druge, što je takođe nelogično sa stanovišta vođenja privredne politike.

Druga loša strana preferencijala jeste to što se ispunjenost uslova mora dokazivati, pribavljanjem odgovarajućih potvrda, što stvara priliku da dođe do korupcije i dovode do dodatnog administriranja pa samim tim i stvaranja troškova za ponuđače, naručioce i kontrolne organe.

U dopisu smo ukazali i da član 86. st. 2. i 4. Zakona o javnim nabavkama omogućavaju da se u postupku javne nabavke privilegovano tretira "roba domaćeg porekla". Pri tom se ne pravi razlika oko toga da li robu domaćeg porekla nude strane ili domaće firme. Međutim, u st. 10. i 11. istog ovog člana kaže se da će se prednost dati u st. 1-4. ovog člana u postupcima javnih nabavki u kojima učestvuju ponuđači iz država potpisnica CEFTA 2006, odnosno SSP primenjivati "shodno odredbama tog sporazuma".

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju ne govori izričito o primeni preferencijala za "robu domaćeg porekla", pa se javlja pitanje kako treba tumačiti postojeće odredbe Sporazuma u situacijama kada u postupcima javnih nabavki učestvuju ponuđači iz Srbije i oni iz zemalja potpisnica Sporazuma i kada neko od njih nudi robu domaćeg porekla.

U članu 76. Sporazuma se govori o statusu "privrednih društava Zajednice" koja su "osnovana u Srbiji", i o onima koja "nisu osnovana u Srbiji" i pravi se među njima razlika. Cilj pravljenja ove razlike

je verovatno želja da se stimulišu strane firme da otvaraju svoja predstavništva u Srbiji i da na taj način podstaknu domaće zapošljavanje i ostvarivanje prihoda za državu po drugim osnovama. Prva kategorija (st. 3) ima "pristup postupcima za dodelu javnih ugovora pod uslovima ne manje povoljnim od onih koja se primenjuju na srpska privredna društva" počev od 1. septembra 2013. Druga kategorija firmi iz Zajednice (st. 4) imaće isti takav pristup "najkasnije pet godina od stupanja na snagu ovog sporazuma", a u međuvremenu Srbija može primenjivati propisane preferencijale, koji se moraju "pretvoriti u prednost izraženu u ceni".

Prvo pitanje jeste da li se pojam "pristupa privrednih društava postupcima za dodelu javnih ugovora" tumači usko, tako da se odnosi isključivo na konkretne firme ponuđače ili i na privredne subjekte koji proizvode određenu robu?

Ukoliko se odnosi samo na firme - prodavce, a ne i na proizvođače, onda bi se moglo tumačiti da roba domaćeg porekla i dalje uživa prednost na osnovu domaćeg Zakona. Sledstveno tome, trebalo bi smatrati da Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju uopšte ne utiče ni na ukidanje (nakon pet godina) ni na postepeno smanjivanje preferencijala koji važe za robu domaćeg porekla, te da naručioc, kada se javi slučaj da se nudi roba domaćeg porekla i roba koja je proizvedena u nekoj od zemalja potpisnica SSP uopšte ne primenjuju SSP i ne pozivaju se na njega u svojim odlukama, već isključivo na ZJN. Međutim, sporno je da se SSP tumači na ovaj način iz dva razloga. Prvi je taj što se u čl. 86. st. 12. ZJN kaže izričito da se i norme koje se odnose na preferencijale za robu domaćeg porekla primenjuju u skladu sa Sporazumom, iz čega se može zaključiti da je namera bila da se i ti preferencijali isključe ili ograniče na određeni vremenski period. Takav zaključak sledi i iz činjenice da je Zakon usvojen nakon potpisivanja Sporazuma, pa se ne bi moglo tvrditi da je zakonodavac samo otvorio mogućnost da se preferencijali ukinu, ako Sporazumom tako bude određeno. Drugi problem jeste to što se može pretpostaviti da je cilj potpisivanja Sporazuma bio da njegova primena obezbedi jednak tretman svih firmi iz EU u Srbiji (i obrnuto), a ne samo onih koje prodaju određenu robu. Drugim rečima da se obezbedi i jednak tretman proizvođača a ne samo firmi koje prodaju robu u javnim nabavkama.

Ukoliko bi se pojam "pristupa privrednih društava postupcima za dodelu javnih ugovora" tumačio šire, to jest, tako da se odnosi na privredne subjekte iz EU, a ne samo konkretne ponuđače, onda bi to značilo da firme proizvođači iz EU u Srbiji imaju potpuno jednak tretman u postupcima javnih nabavki sa domaćim privrednim subjektima, te da domaća roba ne može uživati preferencijale ili da je ta prednost vremenski ograničena. Međutim, takvo tumačenje bi stvorilo probleme i praktične i pravne prirode. U tom slučaju bi se pravila iz SSP primenjivala tako da bi se u slučaju da firma proizvođač iz EU ima registrovano privredno društvo u Srbiji primenjivao st. 3. člana 76, a u slučaju da nema registrovano privredno društvo u Srbiji stav 4 istog člana. Ova pravila bi važila bez obzira na to da li je firma koja se javlja kao ponuđač iz Srbije, iz EU i da li je registrovana i u Srbiji ili ne. To bi dalje otvorilo praktične probleme (npr. da firma ponuđač pribavlja i dostavlja dokaze o tome da firma proizvođač ima registrovan privredni subjekt na teritoriji Srbije).

TS je predložila da se norme ovih međunarodnih sporazuma (SSP i CEFTA) razrade u samom ZJN i da se na taj način otklone sve dileme na koje mogu naići naručioc u primeni ovih akata.

Prilog: Dopis upućen parlamentu



НАРОДНА СКУПШТИНА

ПОСЛАНИЧКЕ ГРУПЕ

**ОДБОР ЗА ФИНАНСИЈЕ, РЕПУБЛИЧКИ БУЏЕТ И КОНТРОЛУ
ТРОШЕЊА ЈАВИХ СРЕДСТАВА**

БЕОГРАД

Поштовани народни посланици,

пред Вама се данас налази предлог Владе за измене и допуне Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС”, број 124/12). На почетку, желимо да истакнемо да Транспарентност – Србија подржава ове измене. Разлози за подршку су следећи:

Смањење преференцијала као очекивани ефекат би требало да има повећање конкуренције у поступцима јавних набавки (веће учешће фирми из иностранства), а последично и уштеде које произлазе из те повећане конкуренције. Сам концепт преференцијала је супротан начелима јавних набавки које прокламује овај закон. Наиме, давањем предности за домаће понуђаче или робу домаћег порекла држава у ствари пристаје да за набавке које спроводи плати више (или да добије мање добара, роба и услуга или да они буду слабијег квалитета), како би стимулисала домаће фирме. Такве мере можда имају своје економско оправдање (није нам познато да је анализа ефеката примене таквих мера икада објављена). Међутим, сматрамо да је са становишта транспарентности државне интервенције у привредном животу и мерења ефеката таквих мера, далеко боље да се примењују друге мере које закони у Србији допуштају (нпр. субвенције, гаранције за кредите, повољни кредити и слично). Наиме, нема доброг разлога који би оправдао субвенционисање нпр. пољопривредних произвођача из Србије од стране нпр. предшколских установа које набављају храну за децу – ако пољопривредни произвођачи треба да се стимулишу, о томе треба да се стара Министарство пољопривреде. Даље, такав вид државне помоћи стимулише само фирме које пружају услуге, врше радове и продају добра за која је јавни сектор заинтересован, а не и друге, што је такође нелогично са становишта вођења привредне политике.

Друга лоша страна преференцијала јесте то што се испуњеност услова мора доказивати, прибављањем одговарајућих потврда, што ствара прилику да дође до корупције и доводе до додатног администрирања па самим тим и стварања трошкова за понуђаче, наручиоце и контролне органе.

Међутим, сматрамо да постојећи предлог измена и допуна закона треба допунити и додатно образложити. Чланом 1. измена и допуна је предвиђено да се постојећи



преференцијали умање (са 10, 15 или 20 процената на 5%). Из разлога које смо претходно изнели, сматрамо да би било упутније искључити примену ових мера у поступцима јавних набавки (а мере за помоћ домаћој привреди, у складу са економском политиком за коју се Влада и Скупштина одреде, вршити кроз друге механизме државне помоћи, што је и логичније и транспарентније).

У образложењу овог предлога закона се каже да се „очекује се да ће предложено законско решење у поступцима јавних набавки у јавном сектору довести до уштеда од око 1,5 милијарди РСД на годишњем нивоу“. Пошто је Влада дошла до закључка да се двоструким, троструким, односно четвороструким смањењем преференцијала постиже толика уштеда у јавним набавкама, онда би се, применом исте логике, могло очекивати да би се те уштеде повећале (за још неколико стотина милиона динара), уколико се преференцијали у потпуности укину.

У овом члану предложена је и још једна корисна измена, уношење новог става 13, који би гласио: „Начин примене предности изражене у цени, у поступцима у којима је критеријум економски најповољнија понуда ближе уређује Влада“. Потреба за уношењем ове одредбе није објашњена, што би требало учинити у скупштинској дискусији. Тренутно постоји проблем када у поступцима јавних набавки учествују фирме из Србије и фирме из земаља ЕУ, те би стога требало применити и норме из Споразума о стабилизацији и придруживању¹. Наиме, на основу Споразума, предност за домаће фирме или за робу домаћег порекла може се изразити као предност „у цени“. С обзиром на то да се код јавних набавки може применити и критеријум „економски најповољније понуде“, који, као елементе, поред цене може имати и друго (нпр. рок испоруке, дужина гаранције), у пракси се јавља питање на који начин би се у тим случајевима израчунавали преференцијали за домаће фирме или робу домаћег порекла.

Подзаконски акт, чије се доношење предлаже, требало би да разреши ову дилему. Наравно, било би примереније да се ова питања разреше у самом Закону о јавним набавкама.

¹ **ЗАКОН О ПОТВРЂИВАЊУ СПОРАЗУМА О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ ИЗМЕЂУ ЕВРОПСКИХ ЗАЈЕДНИЦА И ЊИХОВИХ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА, СА ЈЕДНЕ СТРАНЕ, И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, СА ДРУГЕ СТРАНЕ** ("Сл. гласник РС - Међународни уговори", бр. 83/2008) је потписан 29. априла 2008. године у Луксембургу, ратификован је од стране надлежног органа РС 10. септембра 2008. године, а ступио је на снагу 1. септембра 2013. године на основу Обавештења о датуму ступања на снагу Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије са друге стране, које је објављено у "Сл. гласнику РС - Међународни уговори", бр. 11/2013 од 24. септембра 2013. године.



Сматрамо да је разматрање ових измена добра прилика да се упознате са још једним проблемом који произлази из неусаглашености или недоречености актуелних одредаба Закона о јавним набавкама и Споразума о стабилизацији и придруживању.

Члан 86. ст. 2. и 4. Закона о јавним набавкама омогућавају да се у поступку јавне набавке привилеговано третира "роба домаћег порекла". При том се не прави разлика око тога да ли робу домаћег порекла нуде стране или домаће фирме. Међутим, у ст. 10. и 11. истог овог члана каже се да ће се предност дата у ст. 1-4. овог члана у поступцима јавних набавки у којима учествују понуђачи из држава потписница ЦЕФТА 2006, односно ССП примењивати "сходно одредбама тог споразума".

Споразум о стабилизацији и придруживању не говори изричито о примени преференцијала за "робу домаћег порекла", па се јавља питање како треба тумачити постојеће одредбе Споразума у ситуацијама када у поступцима јавних набавки учествују понуђачи из Србије и они из земаља потписница Споразума и када неко од њих нуди робу домаћег порекла.

У члану 76. Споразума се говори о статусу "привредних друштава Заједнице" која су "основана у Србији", и о онима која "нису основана у Србији" и прави се међу њима разлика. Циљ прављења ове разлике је вероватно жеља да се стимулишу стране фирме да отварају своја представништва у Србији и да на тај начин подстакну домаће запошљавање и остваривање прихода за државу по другим основама. Прва категорија (ст. 3) има "приступ поступцима за доделу јавних уговора под условима не мање повољним од оних која се примењују на српска привредна друштва" почев од 1. септембра 2013. Друга категорија фирми из Заједнице (ст. 4) имаће исти такав приступ "најкасније пет година од ступања на снагу овог споразума", а у међувремену Србија може примењивати прописане преференцијале, који се морају "претворити у предност изражену у цени".

Прво питање јесте да ли се појам "приступа привредних друштава поступцима за доделу јавних уговора" тумачи уско, **тако да се односи искључиво на конкретне фирме понуђаче** или и на привредне субјекте који производе одређену робу?

Уколико се **односи само на фирме - продавце, а не и на произвођаче**, онда би се могло тумачити да роба домаћег порекла и даље ужива предност на основу домаћег Закона. Следствено томе, требало би сматрати да Споразум о стабилизацији и придруживању уопште не утиче ни на укидање (након пет година) ни на постепено смањивање преференцијала који важе за робу домаћег порекла, те да наручиоци, када се јави случај да се нуди роба домаћег порекла и роба која је произведена у некој од земаља потписница ССП уопште не примењују ССП и не позивају се на



њега у својим одлукама, већ искључиво на ЗЈН. Међутим, спорно је да се ССП тумачи на овај начин из два разлога. Први је тај што се у чл. 86. ст. 12. ЗЈН каже изричито да се и норме које се односе на преференцијале за робу домаћег порекла примењују у складу са Споразумом, из чега се може закључити да је намера била да се и ти преференцијали искључе или ограниче на одређени временски период. Такав закључак следи и из чињенице да је Закон усвојен након потписивања Споразума, па се не би могло тврдити да је законодавац само отворио могућност да се преференцијали укину, ако Споразумом тако буде одређено. Други проблем јесте то што се може претпоставити да је циљ потписивања Споразума био да његова примена обезбеди једнак третман свих фирми из ЕУ у Србији (и обрнуто), а не само оних које продају одређену робу. Другим речима да се обезбеди и једнак третман произвођача а не само фирми које продају робу у јавним набавкама.

Уколико би се појам "приступа привредних друштава поступцима за доделу јавних уговора" тумачио шире, то јест, тако да се **односи на привредне субјекте из ЕУ, а не само конкретне понуђаче**, онда би то значило да фирме произвођачи из ЕУ у Србији имају потпуно једнак третман у поступцима јавних набавки са домаћим привредним субјектима, те да домаћа роба не може уживати преференцијале или да је та предност временски ограничена. Међутим, такво тумачење би створило проблеме и практичне и правне природе. У том случају би се правила из ССП примењивала тако да би се у случају да фирма произвођач из ЕУ има регистровано привредно друштво у Србији примењивао ст. 3. члана 76, а у случају да нема регистровано привредно друштво у Србији став 4 истог члана. Ова правила би важила без обзира на то да ли је фирма која се јавља као понуђач из Србије, из ЕУ и да ли је регистрована и у Србији или не. То би даље отворило практичне проблеме (нпр. да фирма понуђач прибавља и доставља доказе о томе да фирма произвођач има регистрован привредни субјект на територији Србије.

Појам "приступа привредних друштава поступцима за доделу јавних уговора" се може тумачити шире и на други начин, то јест тако да **је Србија ступањем на снагу ССП у ствари преузела обавезу да одмах или постепено укине сваки вид преференцијала код јавних набавки**, када у тим поступцима учествују фирме из ЕУ, било да се односи на привредна друштва из Србије или за робу домаћег порекла. То би у ствари значило да се одредбе члана 86. ст. 2. и ст. 4. Закона о јавним набавкама, као акта ниже правне снаге у односу на ССП, уопште не примењују у случајевима када се у поступку јавне набавке као понуђач јавља фирма из ЕУ. Када је реч о привредном друштву из ЕУ које је такође регистровано и у Србији, директно би се применио члан 76, ст. 3. Споразума, те не би важили преференцијали ни по основу националне припадности предузећа, ни по основу порекла робе (алтернативно: такви би преференцијали важили и ЗЈН би се применио али само у случају да се као понуђач јави и неко привредно друштво које потиче ван ЕУ). Када се пак као понуђач јавља фирма из ЕУ која нема



регистровано привредно друштво у Србији, примењивао би се члан 76. ст. 4. ССП, па би домаће фирме уживале преференцијале до 31. августа 2018, према предвиђеној диманици. Међутим, ти преференцијали би се примењивали само на основу члана 86. ст. 1. и 3. ЗЈН, по основу националне припадности фирме-понуђача код набавки радова и услуга, а не и по основу порекла робе која се нуди, код набавки добара (чл. 86, ст. 2. и 4.), јер се преференцијал, како је дефинисан у ССП-у, односи на порекло фирме а не на порекло робе коју та фирма нуди.

Како разрешити дилему? При тумачењу овог важног питања треба узети у обзир и начин тумачења ових одредаба унутар ЕУ, јер је реч о уговору који обезбеђује иста права и обавезе и државама чланицама ЕУ као и Србији, те би требало обезбедити да и предузећа из Србије, односно роба из Србије, имају једнак третман код јавних набавки које се спроводе у државама чланицама ЕУ у складу са њиховим законодавством. Због тога сматрамо да је за давање мишљења о примени ових норми неопходно укључити и друге надлежне органе осим Управе за јавне набавке (Министарство спољних послова, Канцеларија за придруживање ЕУ), јер није само реч о давању мишљења о примени Закона о јавним набавкама, за које је Управа надлежна, већ и мишљења о домету и примени Споразума.

Такође сматрамо да би пре доношења одлуке требало размотрити досадашњу праксу и проблеме у примени ових одредаба, од стране наручилаца, Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки и других државних органа. Наиме, према подацима које смо добијали од понуђача у пракси наручиоци ове норме примењују на неједнак начин, што ствара правну несигурност и омета остваривање циљева због којих су закључени међународни споразуми, али и повећање конкуренције код јавних набавки, као предуслова за остваривање већих уштеда у тим поступцима.

Сматрамо да је узрок ове неусаглашености чињеница да Закон о јавним набавкама, у члану 86, није детаљно разрадио примену ССП и ЦЕФТА споразума већ је извршио упућивање на њих. ССП и ЦЕФТА су акти више правне снаге од Закона о јавним набавкама и нема разлога да Закон упућује на њихову примену. На против, имајући у виду да се терминологија у овим споразумима разликује од оне која се користи у ЗЈН, што ствара дилеме о томе како применити норме, **сматрамо да би једини исправни приступ био да се норме ових међународних споразума разраде у самом ЗЈН** и да се на тај начин отклоне све дилеме на које могу наићи наручиоци у примени ових аката.

Транспарентност – Србија, Београд, 30.1.2015.