

Бојана ТОДОРОВИЋ, LL.M.*

Никола ИЛИЋ, LL.M.**

ПРАВНО-ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА КОРУПЦИЈЕ У ЈАВНИМ НАБАВКАМА: СЛУЧАЈ СРБИЈЕ У ПРОЦЕСУ ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА¹

Резиме

Предмет рада су појавни облици и економске последице корупције у јавним набавкама. У првом делу рада изложен је важећи нормативни оквир борбе против корупције у Србији. Следи централни део рада у којем је фокус на појединим законским решењима која су се у пракси показала нарочито проблематичним у овом контексту, а тичу се изузетака од примене ЗЈН, техничких спецификација и преференција за домаће понуђаче. Последњи део рада бави се економским последицама анализираних законских решења, након чега следе закључна разматрања и предлози за унапређење позитивних законских решења у циљу ефикасније превенције корупције у јавним набавкама и омогућавања даљег усклађивања са прописима Европске уније.

Кључне речи: *Корупција. – Закон о јавним набавкама. – Економске последице. – Република Србија – Европске интеграције.*

І Увод

Јавне набавке представљају кључни инструмент помоћу којег државе обезбеђују економичну употребу јавних средстава ради задовоље-

* Асистент на Правном факултету Универзитета у Београду

** Сарадник у настави на Правном факултету Универзитета у Београду

1 Чланак је настао као резултат рада на научном пројекту Правног факултета Универзитета у Београду, „Идентитетски преображај Србије“. Захваљујемо Борису Беговићу, Добросаву Миловановићу и Ани Одоровић на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, одговорност за евентуалне преостале грешке и за изнете вредносне судове сносе искључиво аутори овог рада.

ња потреба од општег интереса. Ефикасан систем јавних набавки омогућава континуирано пружање квалитетних јавних услуга, изградњу инфраструктуре, привлачење инвестиција, као и несметану конкуренцију на тржишту добара и услуга, а све то уз „постизање највеће вредности за новац“.² Предуслов за постизање тих циљева је сузбијање различитих облика злоупотреба које могу знатно да умање позитивне ефекте јавних набавки – међу тим злоупотребама се посебно издваја корупција.

Према недавно објављеним подацима *Transparency International* о заступљености корупције у јавном сектору у 2017. години, Србија је од укупно 180 земаља које су биле под лупом те међународне организације заузела 77. место, са индексом перцепције корупције 41, чиме је назадовала у поређењу са претходном годином.³ Штавише, управо је област јавних набавки означена као „жариште“ корупције у Србији.⁴ О томе сведочи и последњи Извештај Европске комисије о напретку Србије, у којем се истиче да је „потребно уложити веће напоре за спречавање корупције у поступцима јавних набавки.“⁵ Имајући у виду значај јавних набавки за развој домаће привреде, као и стратешко опредељење Србије за чланство у Европској унији (ЕУ), које подразумева „усаглашавање прописа са директивама и другим актима Европске уније у области јавних набавки и њихово спровођење у пракси“,⁶ предузимање адекватних нормативних и

2 Добросав Миловановић, Вук Цуцић, Блаженка Стојановић, „Унапређење система јавних набавки у циљу побољшања пословног окружења“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ – 2016* (уредник Вук Радовић), Београд, 2016, 148.

3 Реч је о организацији посвећеној борби против корупције на глобалном нивоу. Заступљеност корупције у јавном сектору се мери на скали од 0 до 100, при чему је 100 најбољи резултат. Транспарентност Србија, Индекс перцепције корупције (CPI) 2017: Деценија стагнације, доступно на: <http://www.transparency.org.rs>, 23.02.18.

4 Наташа Тањевић, Марко Шпилер, „Кључни ризици за корупцију у јавним набавкама и против мере у правном оквиру Републике Србије“, *Безбедност* 58 (2), Београд, 2016, 132.

5 Д. Миловановић, В. Цуцић, Б. Стојановић, 154.

6 Стратегија развоја јавних набавки у Србији за период 2014–2018. године, *Службени гласник РС*, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12–УС, 72/12, 7–14–УС и 44/14, 2; Спречавање корупције у јавним набавкама је предмет два преговарачка поглавља – Поглавље 5 које се односи на јавне набавке и Поглавље 23 – Правосуђе и основна права. Србија је на трећој Међувладиној конференцији одржаној 18. јула 2016. године у Бриселу отворила преговарачко Поглавље 23, док је Поглавље 5 отворено на наредној, четвртој, Међувладиној конференцији, одржаној 13. децембра 2016. године, Влада Републике Србије, Канцеларија за европске интеграције, *Водич кроз преговоре Србије са Европском унијом*, Београд, 2017, 45, 86.

практичних мера за сузбијање корупције у јавним набавкама чини се императивним.

Циљ рада је предлагање одговарајућих измена важеће законске регулативе, на основу спроведене правно-економске анализе, како би се спречио настанак корупције у поступку јавних набавки. Циљу рада је уподобљена његова структура. Прво се разматра позитивно-правни оквир за сузбијање корупције у поступцима јавних набавки (II), након чега се анализирају кључни узроци корупције, а пре свега одредбе Закона о јавним набавкама (ЗЈН)⁷ које се односе на набавке које су изузете од примене ЗЈН, техничке спецификације и преференцијални третман домаћих понуђача (III). Посебно су размотрене економске последице корупције у јавним набавкама (IV), како би након свеобухватног објашњења законских одредби и њихових последица била изнета закључна разматрања и конкретни предлози за измену ЗЈН (V).

II Позитивно-правни оквир за сузбијање корупције у јавним набавкама

Упркос глобално распрострањеној свести о штетности корупције и потреби да се она искорени, не постоји њена универзално прихваћена дефиниција. То је последица изузетне сложености тог друштвеног феномена, као и чињенице да се у различитим правним системима под тим појмом подразумевају различити облици непожељног понашања.⁸

Због довољне ширине и флексибилности, у овом раду прихваћена је дефиниција Светске банке (СБ), према којој корупција подразумева „злоупотребу јавних овлашћења у циљу стицања личне користи“.⁹ У контексту јавних набавки, корупција се може означити и као „вертикална веза између јавног службеника који делује као купац у трансакцији и једног или више понуђача, који иступају као продавци“.¹⁰

7 Закон о јавним набавкама, *Сл. гласник РС*, 124/2012, 14/2015 и 68/2015.

8 The World Bank Group, *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the WB*, Corruption and Economic Development, note 1, доступно на: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anti-corrupt/corruptn/cor02.htm#note1>, 10.02.18; Наведену дефиницију користи и Transparency International, *What is Corruption?*, доступно на: <https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>, 10.02.18.

9 The World Bank Group, *Helping Countries Combat Corruption*.

10 Д. Миловановић, В. Цуцић, Б. Стојановић, 157; Више о различитим дефиницијама и елементима корупције вид. Борис Беговић, *Економска анализа корупције*, ЦЛДС, Београд, 2007, 49–75.

Иако не постоји сфера друштвеног живота која је у потпуности имуна на корупцију, област јавних набавки је нарочито подложна коруптивном деловању, из неколико разлога. Најпре, поступак јавних набавки је дуготрајан и сложен, обухватајући различите фазе од закључења до реализације уговора – што знатно отежава надзор и ствара погодно тло за развој агенцијског проблема.¹¹ Уз то, уговори који се закључују у поступцима јавних набавки по правилу су велике вредности, што додатно подстиче корупцију.¹² Најзад, на могућност настанка корупције утиче и мноштво ангажованих актера у поступку јавних набавки, а посебно блиска сарадња државних службеника и приватних партнера (јавног и приватног сектора).¹³ То нарочито имајући у виду да је одређивање критеријума за процену најповољнијег понуђача – као и одабир приватног партнера – неретко у домену дискреционих овлашћења државних службеника, што их чини „подложним“ различитим приватним, али и политичким утицајима.¹⁴

У националним оквирима, борба против корупције на нормативном фронту оличена је у бројним стратешким, законским и подзаконским актима.¹⁵ У том контексту, посебна пажња посвећена је управо спречавању злоупотреба у вези са поступцима јавних набавки. Тако, Национална стратегија за борбу против корупције јавне набавке третира као кључну област за „изградњу и јачање системских антикорупционих механизма“, због чега изискује приоритетно деловање.¹⁶ Осим тога, Стратегија развоја јавних набавки у Републици Србији за период 2014 – 2018, као главне стратешке циљеве у вези са јавним набавкама прописује унапређење мера за сузбијање нерегуларности у поступцима јавних

11 Вид. Calogero Guccio *et al.*, „Institutional and Social Quality of Local Environment and Efficiency in Public Works Execution”, *Global Public Procurement Theories and Practices* (ур. Khi V. Thai), Springer International Publishing, Cham, 2017, 205–210.

12 У 2016. години, укупна регистрована вредност јавних набавки у Србији, на државном и локалном нивоу, је износила 335,2 милијарди динара, што је чинило 7,98% бруто домаћег производа. Вид. Извештај Управе за јавне набавке за период 1.1.2016 – 31.12.2016. године (Извештај УЈН), доступно на: <http://www.ujn.gov.rs/>, 26.03.18.

13 OECD, *Preventing Corruption in Public Procurement*, 2016, 6.

14 Више о дискреционим овлашћењима, вид.: Мирјана Дреновак Ивановић, *Дискрециона оцена у управном праву Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, 36-40.

15 Вид. Далиборка Срећков, Данијела Бојовић, Милица Малетић, *Коментар измењеног и допуњеног Закона о јавним набавкама*, PublicAktiv, Београд 2015, 106.

16 Национална стратегија за борбу против корупције у Републици Србији за период од 2013. до 2018. године, *Сл. гласник РС*, бр. 57/2013.

набавки и борбу против корупције.¹⁷ Штавише, кривично законодавство посебно инкриминише корупцију у јавним набавкама.¹⁸

Најважнији пропис у области јавних набавки свакако је Закон о јавним набавкама. У примени од 1. априла 2013. године, ЗЈН је до сада мењан два пута, ради усклађивања са директивама ЕУ.¹⁹ Горе поменути стратешки циљеви су конкретизовани кроз велики број законских одредаби, при чему је посебно тежиште стављено на превенцију корупције, о чему сведочи и Поглавље II Закона – „Спречавање корупције и сукоба интереса“, које обухвата десет чланова (чл. 21 – 30). Цело поглавље је прожето захтевима за обезбеђивањем ефикасности, заштите конкуренције и веће транспарентности – три темељна начела ЗЈН.²⁰ Поред тих, значајне су и друге одредбе ЗЈН које су посредно усмерене на превенцију и сузбијање корупције. Ту спадају, примера ради, одредбе о електронској лицитацији (чл. 42 – 46 ЗЈН); оне којима се наручилац обавезује да пре покретања преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда прибави мишљење Управе за јавне набавке (УЈН) о основаности тог поступка (чл. 36) или оне које предвиђају дужи рок застарелости прекршаја у јавним набавкама (чл. 171).

Ипак, поједини аутори указују на то да амбициозно постављен нормативни оквир борбе против корупције у јавним набавкама није увек праћен жељеним резултатима у пракси.²¹ Наиме, истиче се да су поједине одредбе непрецизне услед чега су остале „мртво слово на папиру“ или се

17 Стратегија развоја јавних набавки, 20 – 21.

18 Кривични законик Републике Србије познаје кривично дело „Злоупотреба у вези са јавним набавкама“, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016, чл. 228.

19 Реч је о Директиви 2014/24/ЕУ о јавним набавкама (која уређује тзв. „класични сектор“) и Директиви 2014/25/ЕУ о набавкама од стране субјеката који послују у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга (тзв. „комунални сектор“). Обе директиве су донете 2014. године, али је рок за њихово „транспоноване“ у национална законодавства држава чланица био 18. април 2016. године. У контексту материје јавних набавки, значајна је и Директива 2014/23/ЕУ којом су прописана правила за доделу уговора о концесији у ЕУ, с тим што су у Србији јавне набавке у области концесија и јавно-приватних партнерстава (ЈПП) регулисане посебним Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама.

20 Вид. чл. 9, 10 и 11 ЗЈН.

21 Вид. *Предлог за измену Закона о јавним набавкама*, Топлички центар за демократију и људска права, доступно на: <https://transformator.bos.rs/vesti/254/predlog-za-izmenu-zakona-o-javnim-nabavkama.html>, 06.04.18.

не примењују у довољној мери.²² Осим тога, усклађивање са прописима ЕУ у овој материји није до краја успешно реализовано – док се у погледу извесних одредби неоправдано одступа од европских норми, у погледу других се врши пуко преписивање солуција из релевантних директива, без анализе њихове оправданости и практичне применљивости у домаћем правном амбијенту. Све то умањује ефикасност система јавних набавки и чини га, парадоксално, „у великој мери подложним корупцији“²³ – о чему ће бити више речи у наредном поглављу.

III Кључни разлози за настанак корупције у систему јавних набавки и механизми за њено сузбијање

Већ је указано на то да се корупција може јавити у свим фазама поступка јавних набавки – од планирања и закључења, па све до реализације уговора. Међутим, домаћа и упоредна пракса су показале да нарочито велики ризик за настанак корупције постоји у погледу набавки изузетих од примене строгих правила поступка за спровођење јавних набавки, у вези са формулисањем техничких спецификација предмета набавке, као и у погледу увођења преференцијала за домаће понуђаче.

1. Изузеци од примене Закона о јавним набавкама

Члановима 7, 7а, 122, 128 и 131е ЗЈН дефинисане су набавке добара, услуга или радова на које се не примењују одредбе Закона и има их укупно 17.²⁴ Реч је о веома хетерогеним случајевима у којима постоје оправдани разлози за ограничење правних дејстава Закона и поред тога што уговоре закључују квалификовани наручиоци²⁵ – нпр. због чињенице да у одређеној области свакако не постоји конкуренција у Србији, због потребе за хитним поступањем у ванредним ситуацијама или у циљу заштите безбедности и других важних јавних интереса.²⁶

Упркос томе што је реч о *изузетима*, пракса је показала да су набавке које су изузете од примене ЗЈН чиниле чак 32% укупне уговорене вредности

22 Као пример се наводе одредбе о прекршајном поступку или овлашћењима Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки да изриче новчане санкције. Вид. *Ibid.*, 06.04.18, 2.

23 *Ibid.*

24 Д. Срећков, Д. Бојовић, М. Малетић, 49.

25 Наручилац у поступку јавних набавки је дефинисан чланом 2 ЗЈН.

26 Детаљније о појединим изузетима од примене ЗЈН вид. Д. Срећков, Д. Бојовић, М. Малетић, 46-68, 433, 451-453.

у Србији током 2015. и 28% у току 2016. године.²⁷ У просеку, у последњих 10 година за које постоје статистички подаци (2007-2016), готово једна трећина укупне уговорене вредности у Србији је била изузета од примене закона којим је уређен поступак јавних набавки. Тај податак посебно забрињава имајући у виду чињеницу да се у тим случајевима у потпуности суспендују законом прописане процедуре јавних набавки, чиме се отвара широк простор за различите облике злоупотреба.

У појединим студијама је указано на потребу за смањењем броја изузетака које Закон тренутно предвиђа, како би се спречиле злоупотребе.²⁸ Нарочито проблематичним се сматра то што ЗЈН прописује три додатна изузетка која Директива 2014/24/ЕУ не познаје. Реч је о набавкама у случајевима елементарних непогода, набавкама добара од Републичке дирекције за робне резерве и набавкама добара и услуга у вези са израдом новчаница, идентификационих докумената и акцизних маркица.²⁹ Међутим, треба имати у виду да број изузетака није од кључног значаја за превенцију и сузбијање корупције, већ њихово правилно тумачење и примена у пракси. Неколико је предуслова за то.

Прво, неопходно је да се прописани изузеци тумаче рестриktivно, у складу са принципом *exceptiones non sunt extendendae*, при чему би терет доказивања да одређени случај треба да буде изузет од поступка јавне набавке требало да буде на квалификованом наручиоцу. Друго, потребно је да се у случајевима када је набавка добара или услуга изузета од примене ЗЈН обезбеди примена Законом прописаних начела – нарочито начела транспарентности – о чему у прилог говори и пракса Суда правде ЕУ.³⁰

27 Набавке на које се није примењивао ЗЈН биле су најзаступљеније код државних јавних предузећа (40%), јавних предузећа у локалној самоуправи (29%) и органа државне и општинске управе (17%), који су збирно учествовали са 86% у укупној вредности набавки изузетих од примене ЗЈН, Вид. Извештај УЈН, 06.04.18.

28 Вид. Саша Варинац, Иван Нинић, *Корупцијска мапа система јавних набавки у Србији*, Организација за европску безбедност и сарадњу Мисија у Србији, Београд 2014, 13–15.

29 ЗОН, чл. 7, ст. 1, т. 3, 5 и 7; Вид. Бојан Терзић, „Анализа начина дефинисања и тумачења изузетка од примене Директиве 2004/18/ЕЗ и Директиве 2014/24/ЕУ и начина примене тих изузетака у домаћој пракси са Предлогом измена одређених одредби Закона о јавним набавкама“, *Билтен правне праксе бр. 2 – 3/2015*, Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки, Београд 2015, 157 – 161.

30 Вид. С-157/06 *Комисија против Италије* или С-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi*, СИГМА, Одабране пресуде Суда правде Европске уније у области јавних набавки (2008 – 2014), јун 2014, стр. 27

Треће, постојеће изузетке је потребно прецизније дефинисати, како би се избегле недоумице приликом њиховог тумачења и опсега примене у пракси. С тим у вези, посебно проблематичним у домаћој пракси сматра се изузетак који је прописан чланом 128 ЗЈН у вези са набавкама у области одбране и безбедности. Наиме, поставља се питање када би спровођење поступка јавне набавке „довело до откривања информација које се сматрају кључним за безбедност“.³¹ У том контексту се чини корисним став Суда правде ЕУ да није довољна процена да су безбедносни интереси угрожени, већ да у сваком конкретном случају треба испитати да ли предметни случај потпада под прописани изузетак, да ли је неопходно предузети мере да би се заштитили безбедносни интереси, као и да ли је могуће предузети мере које су „мање интрузивне или мање рестриктивне по трговину“.³²

Потреба за додатним прецизирањем изузетака јавила се и у погледу набавки које су наручиоци у обавези да спроведу у складу са поступцима установљеним међународним уговором или другим актом на основу којег је настала међународна обавеза (чл. 7, ст. 1, т. 2, подт.1-3), као и набавки које се спроводе у складу са правилима утврђеним од стране међународних организација или међународних финансијских институција – уколико се у целини или већим делом финансирају од тих тела (чл. 7, ст. 1, т. 2а). Наиме, неспорно је да ратификовани међународни уговори у домаћем праву имају већу правну снагу од закона, због чега би први изузетак могао да се примени и да није као такав експлицитно наведен.³³ Међутим, у пракси се јавила дилема да ли је овај изузетак могуће применити у случају да међународни уговор није ратификован,³⁴ као и шта се подразумева под „другим актом на основу којег је настала међународна обавеза“.³⁵ Осим тога, поставило се питање на који начин се одређују правила набавке које финансирају међународне организације/финансијске институције и када ће се сматрати да су предметне набавке у *већем делу*

31 Вид. ЗЈН, чл. 128, ст. 1, т. 5.

32 Правила ЕУ за набавке у области одбране и безбедности нарочито су рестриктивна. Наиме, након доношења Директиве 2009/81/ЕЗ о набавкама у области одбране и безбедности 2009. године, изузетак од примене правила за спровођење јавних набавки примењује се само ако наручилац докаже да чак и специфично прилагођена правила Директиве 2009/81/ЕЗ нису применљива због „потребе заштите кључних безбедносних интереса државе чланице“. Вид. Одабране пресуде Суда правде Европске уније у области јавних набавки, 28.

33 Д. Срећков, Д. Бојовић, М. Малетић, 53.

34 Б. Терзић, 95.

35 Вид. Топлички центар за демократију и људска права, 06.04.18, 13-14.

финансиране од тих организација/институција.³⁶ То нас доводи до последњег предуслова за обезбеђивање интегритета поступка набавке у случају примене изузетака.

Наиме, потребно је темељно (пре)испитати да ли су сви изузеци из Директиве 2014/24/ЕУ применљиви у домаћем праву, односно да ли би у сваком од тих случајева могли да се обезбеде одговарајући контролни механизми како би се спречиле потенцијалне злоупотребе. Примера ради, државе чланице ЕУ имају обавезу да обавесте Европску комисију о међународним инструментима којима се налаже обавеза примене другачијих правила од оних која су прописана релевантним директивама, а она даље може предузети адекватне мере како би се спречило непотребно одступање од стандарда које прописују директиве.³⁷ Насупрот томе, држави кандидату за чланство у ЕУ описани механизам не стоји на располагању. Решење изложених дилема би требало да нађу своје место у изменама законских решења, имајући у виду честу праксу да се велики инфраструктурни пројекти спроводе управо на основу међународних уговора, а с обзиром на то да у датим случајевима постоји значајан ризик за настанак корупције.³⁸ О томе да је реч о посебно важном питању, говори и чињеница да је оно истакнуто као један од приоритета у предстојећем периоду, у Преговарачкој позицији за поглавље 5 – Јавне набавке.³⁹

2. Техничке спецификације као узрок корупције у јавним набавкама

На основу праксе Комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, може се закључити да су техничке спецификације један од нај-

36 *Ibid.*

37 Тако, Европска комисија може тражити мишљење тзв. Саветодавног комитета за јавне уговоре, тела основаног у циљу разјашњења појединих питања у вези са закључивањем и реализацијом јавних уговора у пракси, а може покренути и поступак пред Судом правде ЕУ. вид. Б. Терзић, 87.

38 Вид. Транспарентност Србија, Што пре унапредити јавне набавке, доступно на интернет адреси: <http://www.transparentnost.org.rs/index.php/sr/aktivnosti-2/saoptenja>, 07.04.2018.

39 Истиче се да ће „посебна пажња бити усмерена на усклађивање посебних изузећа која нису у складу са правним тековинама ЕУ, попут изузећа од примене ЗЈН која се спроводе у складу са међународним споразумима, која су према ЕУ дозвољена само изузетно. До уласка у ЕУ међународни споразуми ће се ускладити, ревидирати, по потреби изменити“, Влада Републике Србије, Преговарачка позиција Републике Србије за Међувладину конференцију о приступању ЕУ за преговарачко Поглавље број 5 – јавне набавке, доступно на: <http://www.mei.gov.rs/srl/dokumenta/eu-dokumenta/pristupni-pregovori-sa-eu/>, 07.04.2018.

чешћих узрока неправилности у поступцима јавних набавки.⁴⁰ Као саставни део конкурсне документације, техничке спецификације представљају техничке захтеве – у погледу обима, квалитета, сигурности, амбалаже и др. – чији је циљ да омогуће набављање робе или услуга „на начин који је објективан и који одговара потребама наручиоца“.⁴¹

Имајући у виду да су одредбе о техничким спецификацијама у највећој мери усклађене са прописима ЕУ, решење изложеног проблема треба тражити у одговарајућој примени права. Наиме, потребно је обезбедити да техничке спецификације буду довољно јасне и прецизне како би понуђачи могли да сачине понуду, а да то истовремено не буде учињено на начин који ће довести до фаворизовања одређених понуђача – што би било противно начелима конкуренције и забране дискриминације. Међутим, велике проблеме у пракси ствара чињеница да нема ближих критеријума за утврђивање потреба наручиоца, а самим тим и објективности начина на који су техничке спецификације дефинисане. Увек када су добра или услуге дефинисани прецизније него што то налажу потребе наручиоца, постоји ризик да ће доћи до злоупотребе јавних овлашћења у циљу стицања личне користи. Уз то, без обзира на то да ли ће доћи до корупције у датом случају, прекомерно дефинисање увек има негативне економске последице по конкуренцију и представља одступање од општег начела економичности и ефикасности употребе јавних средстава, које прописује ЗЈН. У том смислу, похвална је пракса Комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, која је у више случајева оценила као основан захтев подносиоца који се односио на техничке спецификације које се нису могле оправдати са становишта објективне потребе наручиоца.⁴² Илустративан пример је одлука Комисије којом је установљено ограничење конкуренције злоупотребом техничких стандарда приликом набављања радара за потребе саобраћајне полиције. Наиме, у поступку одлучивања о поднетом захтеву за заштиту права понуђача установљено је да су техничке карактеристике радара, уз мања одступања, биле доступне на интернет страници правног лица

40 Вид. *Билтен правне праксе Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки*, бр. 6–7/2017 (Билтен 2017), 11.

41 Вид. ЗЈН, чл. 70, ст. 1; Закон ближе одређује техничке спецификације и њихово коришћење члановима 70, 71 и 72.

42 Вид. Билтен 2017, стр. 47–73; За сличне случајеве у Европској унији, вид. Christopher Bovis, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham 2007, 123–126.

из Новог Сада, које је једино могло да понуди производ са таквим карактеристикама.⁴³

Осим тога, позитиван помак је учињен и на нормативном плану, прописивањем да свако позивање на српске, европске или међународне техничке стандарде у конкурсној документацији мора да буде праћено додатком „или одговарајуће“.⁴⁴ Ипак, у циљу додатног унапређења законских одредаба, требало би обезбедити прецизније дефинисање начина на који се утврђује испуњеност услова који се тичу техничких спецификација (конкретних доказа који би понуђачи приложили). Осим тога, у стручним студијама се препоручује увођење законске одредбе на основу које би на наручиоцу набавке био терет доказивања да предмет уговора није могао да се опише на начин да спецификације буду довољно разумљиве понуђачима без прецизног навођења посебних елемената као што су робна марка, патент или слично.⁴⁵ Како би се додатно умањио ризик злоупотребе техничких спецификација од стране наручиоца и омогућила правилна примена права, неопходно је створити подстицаје између самих учесника на тржишту да уклоне асиметрију информација. То би се могло постићи кроз већу транспарентност конкурсне документације и кроз даље унапређење рада Комисије.⁴⁶ Као што је наведено у домаћој литератури, Комисија има кратке рокове за одлучивање о поднетим захтевима за заштиту права и често недовољно капацитета и стручног знања. Због тога је изнет предлог за формирање листе стручњака који би могли као спољни сарадници да буду ангажовани од стране Комисије и који би допринели ефикаснијој примени права.⁴⁷ Ипак, чини се да су одговарајући подстицаји једноставније и ефикасније решење. Због тога би требало размотрити и могућност повећања износа новчаних казни које се могу изрећи наручиоцу и одговорном лицу наручиоца, као и могућности за подношење захтева за накнаду штете од стране понуђача, у случајевима

43 Вид. Решење Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, бр. 4–00–2980/2015.

44 Вид. ЗЈН, чл. 71, став 1; Рестрикције које се односе на коришћење техничких спецификација у поступку јавних набавки додатно су дефинисане члановима 72 и 73 ЗЈН.

45 Топлички центар за дипломатију и људска права, *Проблеми у примени Закона о јавним набавкама и предлози грађанског друштва за измене и унапређење постојећих решења*, 66.

46 Вид. Irena Georgieva, „Using Transparency Against Corruption in Public Procurement“, *Studies in European Economic Law and Regulation* (ур. Josephine van Zeben), Springer, Cham 2017, 259–262.

47 Вид. С. Варинац, И. Нинић, 33.

када Комисија утврди да је наручилац злоупотребио правила о употреби техничких спецификација.⁴⁸

3. Дискриминација страних понуђача у поступку јавних набавки

Посебно важан узрок корупције могу бити одредбе Закона које се односе на учешће страних понуђача у домаћим поступцима јавних набавки. Укупна вредност уговора који су додељени страним понуђачима у 2015. години износила је свега 2% укупне уговорене вредности у Србији, а у 2016. години 5%.⁴⁹ Без обзира на тај пораст вредности уговора који су додељени страним понуђачима, Србија је и даље далеко од европских стандарда који не предвиђају преференцијални третман.⁵⁰ Закон формално не дискриминише стране понуђаче приликом подношења понуде, међутим, члан 86 ЗЈН експлицитно предвиђа дискриминацију приликом разматрања и оцене понуде страног понуђача. Тако, на пример, приликом примене критеријума најниже цене: „наручилац мора изабрати понуду домаћег понуђача под условом да његова цена није већа од 5% у односу на најнижу понуђену цену страног понуђача“.⁵¹ При томе, у цену страних понуђача се увек урачунавају царинске дажбине, чиме се додатно умањује њихова конкурентност у односу на домаће понуђаче.⁵² Другим речима, ЗЈН омогућава посредно субвенционисање домаћих произвођача и, самим тим, ствара подстицаје за злоупотребу овлашћења од стране наручиоца у поступку јавних набавки. Уколико наручилац и понуђач знају да домаћа понуда мора бити прихваћена чак и ако садржи

48 Више о накнади штете у случају повреде прописа у поступку јавних набавки, вид. Hanna Schebesta, „Damages in EU Public Procurement Law“, *Studies in European Economic Law and Regulation* (ур. Josephine van Zeben), Springer, Cham 2016, 20–21.

49 Повећање учешћа страних понуђача у целини се заснива на расту учешћа понуђача из Европске уније које је повећано са 1% на 4%, док се учешће понуђача ван уније задржало на нивоу од 1% Вид. Извештај УЈН, 27.03.18.

50 Суштински посматрано, преференцијални третман у поступку јавних набавки у ЕУ се може добити само на основу субвенција. У Србији пак, истовремено постоје државне субвенције и преференцијални третман домаћих понуђача у поступку јавних набавки, што мултипликује алокативну неефикасност.

51 ЗЈН, чл. 86, ст. 3; Уколико је критеријум економски најповољнија понуда, наручилац мора изабрати понуду домаћег понуђача под условом да разлика у коначном збиру пондера није већа од 5 одсто у корист понуде страног понуђача; Важно је напоменути да се правила о преференцијалном третману не примењују у односу на стране понуђаче из земаља које су чланице ЦЕФТА споразума.

52 ЗЈН, чл. 86, ст. 5.

5% већу цену, стварају се снажни подстицаји за сарадњу између наручиоца и домаћег понуђача, што може резултирати у још мањој заступљености страних понуђача, у односу на то каква би била да нема простора за корупцију.

Имајући у виду чињеницу да страни понуђачи углавном имају веће трансакционе трошкове и да последично могу да конкуришу домаћим понудима само ако су знатно ефикаснији, нема потребе за додатним отежавањем њиховог положаја. Уз то, без обзира на то да ли ће доћи до корупције или не, посредним субвенционисањем домаћих понуђача се одступа од начела економичности и, нарушавањем конкуренције, ствара алокативна и производна неефикасност. Уколико би Закон био измењен тако да не дозвољава дискриминацију страних понуђача, биле би умањене могућности за корупцију у јавним набавкама, а укупно друштвено благостање би било увећано, не само због сужавања простора за коруптивне радње, већ и услед увећања конкурентског притиска и умањења укупне алокативне и производне неефикасности.

IV Економске последице важећих законских решења

Поред могућности за настанак корупције које су већ размотрене, посебно је важно сагледати шири контекст и размотрити какве су економске последице корупције у јавним набавкама на нивоу домаће привреде. Правно-економском анализом је утврђено да услед корупције долази до увећања јавне потрошње и смањења ефикасности јавног сектора. Међутим, поставља се питање квантификације – у којој мери се увећава јавна потрошња услед корупције у поступцима јавних набавки, односно, колики део бруто домаћег производа (БДП-а) одлази на корупцију у поступцима јавних набавки, уместо да буде искоришћен у друге сврхе?

Према подацима Управе за јавне набавке, у периоду од 2007. до 2016. године, просечна укупна вредност јавних набавки на годишњем нивоу је износила 273 милијарде динара.⁵³

Укупне вредности јавних набавки за сваку годину у посматраном периоду од десет година су следеће:

53 Извештај УЈН, 27.03.18.

Табела 1.

Укупна вредност јавних набавки на годишњем нивоу ⁵⁴									
2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
187,6	234	190,7	273,1	293,3	303,7	262,9	298,4	354,9	335,3

У истом периоду, просечна вредност БДП-а у Србији је износила 3.412,94 милијарде динара,⁵⁵ док су на годишњем нивоу забележене следеће вредности:

Табела 2.

Бруто домаћи производ по годинама ⁵⁶							
2007	2.355,1		2011	3.407,6		2015	4.043,5
2008	2.744,9		2012	3.584,2		2016	4.261,9
2009	2.880,1		2013	3.876,4			
2010	3.067,2		2014	3.908,5			

Поређењем вредности јавних набавки и БДП-а на годишњем нивоу, може се одредити њихов удео у бруто домаћем производу у посматраном периоду.

Табела 3.

Удео вредности јавних набавки у бруто домаћем производу									
2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
7,97%	8,52%	6,62%	8,90%	8,61%	8,47%	6,78%	7,63%	8,78%	7,88%

Уколико се упоредно посматрају сви изнети подаци, може се закључити и да је у периоду од 2007. до 2016. године, вредност јавних набавки у просеку чинила 8,02 % бруто домаћег производа.

На основу тих података, чак и ако се занемаре поједине штетне последице корупције у јавним набавкама и посматрају само трошкови у виду претпостављеног увећања цене коју плаћа наручилац – за само 10 %

54 Вредност јавних набавки је изражена у милијардама динара. Подаци су доступни на интернет страници Управе за јавне набавке, <http://www.ujn.gov.rs/>, 27.03.18.

55 Износ бруто домаћег производа је изражен у милијардама динара. Подаци су доступни на интернет страници Републичког завода за статистику, <http://www.stat.gov.rs>, 28.03.18.

56 Износ бруто домаћег производа је изражен у милијардама динара.

већу цену, јавна потрошња би била увећана за око 27,37 милијарди динара годишње, што износи 0,8 % БДП-а.⁵⁷ Поређења ради, према пројекцији Министарства финансија, постигнута уштеда у трогодишњем периоду примене Закона о смањењу плата и пензија износи око 60 милијарди динара, односно 1,5 % БДП-а (што је уштеда од око 20 милијарди динара годишње).⁵⁸ Стога, на макроекономском плану, нема сумње да корупција у поступцима јавних набавки у великој мери потиже мере фискалне консолидације и доводи до успоравања привредног раста.⁵⁹

Имајући у виду ту симулацију, јасно је и да дискриминација страних понуђача, то јест прихватање до 5% веће цене домаћих понуђача доводи до директног увећања јавне потрошње. Корупција која може настати том приликом, као и корупција услед изузимања јавних набавки од примене Закона и злоупотребе техничких спецификација, може додатно допринети увећању јавне потрошње, смањењу ефикасности јавног сектора у пружању услуга и успоравању привредног раста. На основу расположивих података није могуће поуздано утврдити колико се сваке године увећа јавна потрошња у Србији услед кумулативног дејства сва три анализирана узрока корупције у јавним набавкама (изузети од примене ЗЈН, техничке спецификације и дискриминација страних понуђача),⁶⁰ али је на основу спроведене симулације јасно да то увећање није занемарљиво и да је потребно предузети одговарајуће правне мере у циљу спречавања корупције. На крају, рационализација јавне потрошње је свакако битан разлог за измену законске регулативе у области јавних набавки, али би требало имати у виду и дугорочне економске последице

57 Добијени износи су израчунати на основу просечних вредности БДП-а и учешћа јавних набавки у БДП-у, у посматраном периоду од 10 година (2007-2016).

58 Вид. Образложење у Предлогу закона о привременом уређењу основица за обрачун и исплату плата, односно зарада и других сталних примања код корисника јавних средстава, стр. 9. Доступно на:
http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/3796-14Lat.pdf, 10.04.2018.

59 Привредни раст је увећање реалног бруто домаћег производа одређене економије у односу на његову величину у претходном временском интервалу. Више о утицају корупције на привредни раст вид.: Peter Rangazas *et al.*, *The Macroeconomics of Corruption: Governance and Growth*, Springer International Publishing, Cham, 2018, 18–19, 159–191.

60 Између осталог, методолошки није могуће изоловати утицај корупције на повећање цене јавних набавки јер постоје и случајеви у којима долази до сарадње (дослуха) између понуђача. У тим случајевима долази до повећања цене коју плаћа наручилац, али основ повећања није постојање корупције већ повреда прописа о заштити конкуренције. Више о картелима и повреди права конкуренције, вид. Борис Беговић, Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 44-55.

спречавања корупције у тој области, а пре свега повећање конкурентског притиска и последично већу ефикасност учесника на домаћем тржишту, што би даље повољно утицало на привредни раст.

V Закључак

Корупција онемогућава остваривање основних законских начела која се односе на поступак јавних набавки, а пре свих економичности и конкуренције. Због тога што погађа основна начела јавних набавки, корупција знатно утиче на смањење ефикасности јавног сектора и на увећање јавне потрошње. Правно-економском анализом је установљено да важећа законска решења у Србији нису у потпуности усклађена са прописима ЕУ у области јавних набавки и да би поједине одредбе требало изменити, не само због формалног поступка хармонизације у процесу европских интеграција, већ и због рационализације јавне потрошње.

Када су у питању изузеци од примене ЗЈН, препоручљиво је истовремено увести прецизније дефиниције и преиспитати потребу за постојећим бројем изузетака, како би удео јавних набавки на које се Закон не примењује био рационализован, што представља предуслов за смањење ризика од настанка корупције. За разлику од изузетака које предвиђа Закон, одредбе о техничким спецификацијама су у потпуности усклађене са релевантним директивама ЕУ и Комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки је успоставила завидну праксу у погледу тумачења и примене тих одредби. Ипак, уз одговарајуће подстицаје за учеснике у јавним набавкама, резултати би могли да буду бољи. Повећање износа новчаних казни које се могу изрећи наручиоцу и одговорном лицу наручиоца, као и дефинисање могућности за подношење захтева за накнаду штете од стране понуђача, у случајевима када се утврди да је наручилац злоупотребио техничке спецификације, могли би да допринесу одговорнијем понашању свих учесника у поступку јавних набавки и смањењу корупције. Најзад, норме Закона које се односе на третман страних понуђача нису у складу са европским прописима и штетне су *per se*, јер умањују конкурентски притисак на домаћем тржишту и увећавају јавну потрошњу. Истовремено, због стварања правних баријера уласку, те норме стварају подстицаје за коруптивно понашање, пре свега наручилаца и домаћих понуђача. Тренутно се правила о преференцијалном третману не примењују једино на понуђаче из држава чланица ЦЕФТА споразума, а било би препоручљиво да домаћи законодавац у што краћем року суспендује одредбе о преференцијалном третману и у односу на понуђаче из других

држава. На тај начин би подстицаји за корупцију у јавним набавкама били умањени у великој мери, уз истовремено хармонизовање домаћих прописа са европским и смањење јавне потрошње.

Bojana TODOROVIĆ, LL.M.

Teaching Assistant at the University of Belgrade Faculty of Law

Nikola ILIĆ, LL.M.

Teaching Assistant at the University of Belgrade Faculty of Law

**THE LEGAL-ECONOMIC ANALYSIS OF CORRUPTION
IN PUBLIC PROCUREMENT: THE CASE OF SERBIA
IN THE PROCESS OF EUROPEAN INTEGRATION**

Summary

This paper analyzes the instances and economic consequences of corruption in public procurement. In the first part of this paper, the authors give an outline of the normative framework of the Republic of Serbia in this field. The central part of this paper focuses on examining certain aspects of the legal framework, considered particularly problematic in this regard – namely, derogations from the Public Procurement Act, rules on technical specifications and those pertaining to the discriminatory treatment of foreign bidders in public procurement procedures. The final part of the paper deals with economic consequences of the analyzed legislation, and the authors conclude by suggesting the appropriate modifications to the existing framework in order to enhance the prevention of corruption in public procurement and accomplish full alignment with the EU acquis.

Keywords: *Corruption. – Public Procurement Act. – Economic Consequences. – The Republic of Serbia. – European Integration.*